

# **WEKO swisscom-wan-anbindung-2015-09-21 vom 21. September 2015**

WEKO, 2015-09-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko\\_swisscom-wan-anbindung-2015-09-21](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko_swisscom-wan-anbindung-2015-09-21)

FR: WEKO swisscom-wan-anbindung-2015-09-21 du 21 septembre 2015

IT: WEKO swisscom-wan-anbindung-2015-09-21 del 21 settembre 2015

## **Volltext**

Wettbewerbskommission WEKO Commission de la concurrence COMCO Commissione della concorrenza COMCO Competition Commission COMCO

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425

Diese Verfügung ist noch nicht in Rechtskraft erwachsen, da das Verfahren vor dem Bundes- verwaltungsgericht hängig ist. Verfügung vom 21. September 2015

in Sachen Untersuchung 32-0244 gemäss Art. 27 KG betreffend Swisscom WAN-Anbindung wegen unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG

gegen 1. Swisscom (Schweiz) AG 2. Swisscom AG

Besetzung Vincent Martenet (Präsident, Vorsitz), Stefan Bühler, Andreas Heinemann (Vizepräsidenten), Evelyne Clerc, Winand Emons, Andreas Kellerhals, Daniel Lampart, Jürg Niklaus, Thomas Pletscher, Armin Schmutzler, Henrique Schneider, Johann Zürcher

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 2

## **Inhaltsverzeichnis A Sachverhalt**

.....	6 A.1 Gegenstand
der Untersuchung .....	6 A.2 Verfahren
.....	7 A.2.1
Marktbeobachtung.....	7 A.2.2
Vorabklärung .....	11 A.2.3
Untersuchung .....	12 A.3
Erhebungen .....	16 A.3.1
Begriffsdefinitionen .....	16 A.3.2
Anforderungen der Post im Rahmen der Ausschreibung .....	18 A.3.2.1
Zwingende Anforderungen für die Einreichung von Offerten .....	18
A.3.2.2 Anforderungen an die technische Lösung .....	19
A.3.3 Vorleistungsprodukte von Swisscom .....	21
A.3.3.1 Teilnehmeranschluss (TAL) .....	21
A.3.3.2 Bitstrom Zugang (BSA) .....	25
A.3.3.3 Carrier Ethernet Services (CES) .....	28
A.3.3.4 Broadband Connectivity Service (BBCS) .....	31
A.3.3.5 Kosten für die Anbindung ans Backbone-Netz .....	34
A.3.3.6 Fazit aus der Analyse der Vorleistungsprodukte von Swisscom .....	34
A.3.4 Möglichkeiten der Erschliessung .....	35
A.3.4.1 Bandbreite und Reichweite unterschiedlicher DSL-Technologien .....	36
A.3.4.2 Distanz zwischen Anschlusszentralen und Poststandorten .....	39

A.3.5 Erschliessungskosten .....	39
A.3.5.1 Szenario TAL bis 2 Mbit/s .....	39
A.3.5.2 Szenario Swisscom .....	40
A.3.5.3 Szenario Sunrise.....	40
A.3.5.4 Szenario BAKOM .....	40
A.3.5.5 Szenario alle Standorte mit BBCS und CES erschlossen .....	41
A.3.5.6 Fazit .....	41
A.3.6 Weitere bei der FDA anfallende Kosten .....	42
A.3.7 Preise der Vorleistungsprodukte in zeitlicher Hinsicht .....	43
A.3.8 Gebote im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens .....	44
A.3.8.1 Angebot von [...]	45
A.3.8.2 Angebot von Sunrise .....	46
A.3.8.3 Angebot von Swisscom .....	47
A.3.9 Kostenschätzung Swisscom für das Angebot gegenüber der Post .....	47
A.4 Ermittlungsergebnis .....	51
A.5 Stellungnahme BAKOM zu den Kostenberechnungen und Würdigung durch die WEKO .....	51
Zur Vorgehensweise der WEKO im Allgemeinen .....	51
32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 3	
A.5.2 Zu den berücksichtigten Kostenkomponenten .....	52
A.5.3 Zum Szenario BAKOM .....	53
A.5.4 Zu den weiteren Anmerkungen des BAKOM .....	53
A.6 Stellungnahmen von Swisscom betreffend die Ermittlungsergebnisse und Würdigung durch die WEKO .....	54
A.6.1 Stellungnahmen von Swisscom zur Vorabklärung .....	54
A.6.2 Stellungnahmen von Swisscom zum Bieterverhalten .....	55
A.6.3 Stellungnahmen von Swisscom zu den Vorleistungspreisen .....	56
A.6.4 Stellungnahme Swisscom zum nachgefragten Vorleistungsmix von Sunrise .....	57
A.6.5 Stellungnahme Swisscom zu den Szenario-Berechnungen .....	57
A.6.6 Stellungnahme Swisscom zu den weiteren Kosten.....	60
A.6.7 Stellungnahme Swisscom zum Ermittlungsergebnis .....	61
A.6.8 Stellungnahme Swisscom zur Eingabe BAKOM vom 10. Juli 2015 .....	62
B Erwägungen .....	64
Geltungsbereich .....	64
Persönlicher Geltungsbereich .....	64
Sachlicher Geltungsbereich .....	65
Räumlicher Geltungsbereich .....	65
Vorbehaltene Vorschriften .....	65
B.2.1 Verhältnis zwischen Kartell- und Fernmelderecht .....	65
B.3 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen .....	67
B.3.1 Marktbeherrschende Stellung .....	67
B.3.1.1 Relevanter Markt.....	67
B.3.1.1.1. Sachlich relevante Märkte .....	68
B.3.1.1.2. Räumlich relevanter Markt .....	72
B.3.1.2 Beurteilung der Marktstellung.....	73
B.3.1.2.1. Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten	

Übertragungsgeschwindigkeiten .....	74
Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich .....	76
B.3.1.2.3. Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich .....	82
B.3.1.2.4. Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffend die Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung .....	85
B.3.1.2.5. Ergebnis der Analyse der Marktstellung .....	87
B.3.2 Unzulässige Verhaltensweisen und Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung	87
B.3.2.1 Erzwingung unangemessener Preise .....	88
B.3.2.1.1. Rechtliche Grundlagen .....	88
B.3.2.1.2. Erzwingung unangemessener Preise durch Swisscom im Rahmen der Angebotsgestaltung .....	89
B.3.2.1.3. Stellungnahme Swisscom zur Erzwingung unangemessener Preise im Rahmen der Angebotsgestaltung .....	96
B.3.2.1.4. Erzwingung unangemessener Preise durch Swisscom gegenüber Nachfragern nach Vorleistungsprodukten, die in der vorliegenden Ausschreibung gleichzeitig Wettbewerber waren .....	97
32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 4	
B.3.2.1.5. Stellungnahme Swisscom zur Erzwingung unangemessener Preise gegenüber Nachfragern nach Vorleistungsprodukten, die in der vorliegenden Ausschreibung gleichzeitig Wettbewerber waren .....	100
B.3.2.1.6. Erzwingung unangemessener Preise gegenüber der Post .....	100
B.3.2.1.7. Stellungnahme Swisscom zur Erzwingung unangemessener Preise gegenüber der Post.....	101
B.3.2.1.8. Mögliche sachliche Gründe .....	102
B.3.2.2 Diskriminierung von Handelspartnern .....	103
B.3.2.2.1. Rechtliche Grundlagen .....	103
B.3.2.2.2. Stellungnahme Swisscom zu den rechtlichen Grundlagen betreffend die Diskriminierung von Handelspartnern .....	104
B.3.2.2.3. Diskriminierung von Handelspartnern durch Swisscom im Rahmen der Ausschreibung .....	105
B.3.2.2.4. Stellungnahme Swisscom zur Diskriminierung von Handelspartnern im Rahmen der Ausschreibung .....	108
B.3.2.3 Kosten-Preis-Schere .....	112
B.3.2.3.1. Grundlagen .....	112
B.3.2.3.2. Stellungnahme von Swisscom zu den Grundlagen einer Kosten-Preis-Schere	114
B.3.2.3.3. Realisierung einer Kosten-Preis-Schere im Rahmen der Ausschreibung .....	115
B.3.2.3.4. Stellungnahme Swisscom zur Realisierung einer Kosten-Preis-Schere im Rahmen der Ausschreibung .....	116
B.3.2.4 Fazit .....	119
B.3.3 Ergebnis .....	119
B.4 Massnahmen .....	120
B.4.1 Sanktionierung .....	120
B.4.1.1 Unternehmen .....	120
B.4.1.2 Unzulässige Verhaltensweise .....	121
B.4.1.3 Vorwerfbarkeit .....	121

B.4.1.3.1. Unangemessene Preise .....	123
B.4.1.3.2. Diskriminierung von Handelspartnern .....	124
B.4.1.3.3. Kosten-Preis-Schere .....	125
B.4.1.3.4. Stellungnahme von Swisscom zur Vorwerfbarkeit .....	126
B.4.1.4 Verjährung .....	127
B.4.1.5 Bemessung .....	130
B.4.1.5.1. Maximalsanktion .....	130
B.4.1.5.2. Konkrete Sanktionsberechnung .....	131
B.4.1.5.3. Dauer des Verstosses .....	134
B.4.1.5.4. Erschwerende und mildernde Umstände .....	135
Mutmasslicher Gewinn .....	135
Erschwerende Umstände .....	136
Mildernde Umstände .....	136
B.4.1.6. Verhältnismässigkeitsprüfung .....	137
B.4.1.7. Ergebnis .....	137
C Kosten .....	138

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 5

D Ergebnis .....	138
Dispositiv .....	139

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 6

A Sachverhalt A.1 Gegenstand der Untersuchung 1. Die schweizerische Post (nachfolgend: Post) schrieb am 21. April 2008 die Errichtung eines Wide Area Network (nachfolgend: WAN) im Bereich Anlagentechnik / Informationstechnologie / Dienstleistungen IT mit dem Vermerk „WAN-Anbindung“ aus.<sup>1</sup> Bei einem WAN handelt es sich um ein Rechnernetzwerk, das sich über einen grossen geographischen Bereich erstreckt.<sup>2</sup> Über das WAN sollten die einzelnen Poststandorte in der Schweiz breitbandig miteinander verbunden werden. Der anschliessende Betrieb des Netzwerkes war für vier Jahre ab dem 1. Januar 2010 vorgesehen, mit der Option seitens der Post, die Laufzeit um ein Jahr zu verlängern. Die Post teilte den gesamten Beschaffungsumfang in zwei Lose auf.<sup>3</sup> In Los 1 wurden 305 Standorte der Post (Agglomerationsstandorte) mit den grösseren Bandbreitenanforderungen bzw. erhöhten Service-Level-Anforderungen (SLA) zusammengefasst.<sup>4</sup> Los 2 beinhaltete das übrige schweizweite Filialnetz der Post mit 2'067 Poststandorten. Die Anbieter hatten die Möglichkeit, sich entweder für ein Los oder aber für beide Lose zu bewerben.<sup>5</sup> 2. Für diesen Auftrag kamen nach Angaben der Post die Unternehmen [...], Sunrise Communications AG (nachfolgend: Sunrise) und Swisscom (Schweiz) AG (nachfolgend: Swisscom), in die engere Auswahl.<sup>6</sup> Da für die Erbringung der Dienstleistung gegenüber der Post nur Swisscom über eine ausreichende Netzwerkinfrastruktur verfügte, mittels welcher eine entsprechende Anbindung realisiert werden konnte, waren andere FDA auf Vorleistungsprodukte angewiesen.<sup>7</sup> 3. Im nachfolgenden Bieterwettbewerb erhielt Swisscom am 28. November 2008 den Zuschlag für die WAN-Anbindung von Poststandorten für beide Lose ab dem 1. Oktober 2009 für vier Jahre, nach einer dreimonatigen Migrationsphase.<sup>8</sup> 4. Mit Anzeige vom 30. April 2009 machte Sunrise das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) auf ein möglicherweise unzulässiges Verhalten von Swisscom im Rahmen des

Bieterwettbewerbs aufmerksam, da Swisscom – nach Angaben von Sunrise – zu einem um 45 % niedrigeren Preis als Sunrise anbot.<sup>9</sup> Dabei habe der von Swisscom gegenüber der Post gebotene Preis sogar unter dem Vorleistungspreis, den Sunrise an Swisscom zu entrichten gehabt hätte, gelegen.<sup>10</sup> Es bestünde daher die Möglichkeit, dass Swisscom eine marktbeherrschende Stellung gemäss Art. 7 des Bundesgesetzes über

1 SHAB 126/76, Öffentliches Beschaffungswesen, S. 9. 2 Vgl. (07.10.2013). 3 Eingabe Sunrise vom 30. April 2009 (act. 1), Beilage 4. 4 Eingabe Sunrise vom 30. April 2009 (act. 1), Rz 13. 5 Eingabe Sunrise vom 30. April 2009 (act. 1), Rz 14. 6 Antwort der Post vom 1. Dezember 2010 (act. 11), S.1. 7 Eingabe Sunrise vom 30. April 2009 (act. 1), Rz 3, sowie Antwort der Post vom 1. Dezember 2010 (act. 11), Beilage: Feinevaluationsbericht im Vergabeverfahren „WAN-Anbindung von Poststandorten“, S. 10. 8 Eingabe Sunrise vom 30. April 2009 (act. 1), Rz 3 und Rz 22. 9 Eingabe Sunrise vom 30. April 2009 (act. 1), Rz 22. 10 Eingabe Sunrise vom 30. April 2009 (act. 1), Rz 5.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 7

Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) ausnutze, indem sie über eine sogenannte „Kosten-Preis-Schere“ ihre Handelspartner behindere.<sup>11</sup> 5. Im Rahmen der Untersuchung wurde geprüft, ob Swisscom bei der Ausschreibung für die Errichtung eines Wide Area Networks für die Post ihre marktbeherrschende Stellung ausgenutzt hat, um Wettbewerber durch eine „Kosten-Preis-Schere“ zu behindern. Aufgrund der Untersuchung kommt die WEKO wie nachfolgend dargelegt zu dem Schluss, dass Swisscom im Rahmen der WAN-Ausschreibung der Post ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich gegenüber der Post und auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich in kartellrechtlich unzulässiger Weise missbraucht hat. Swisscom hat in der Ausschreibung der Post für die Errichtung eines Wide Area Networks eine „Kosten-Preis-Schere“ angewendet und somit andere Marktteilnehmer in der Ausübung des Wettbewerbs behindert und gleichzeitig gegenüber der Post unangemessene Preise verlangt und somit die Marktgegenseite benachteiligt. A.2 Verfahren 6. Am 30. April 2009 reichte Sunrise eine Anzeige gegen Swisscom ein, wonach Swisscom im Wholesale-Markt für Breitbanddienste über eine marktbeherrschende Stellung verfüge und diese missbrauche, indem sie in der Ausschreibung „WAN-Anbindung von Poststandorten“ der Post vom 21. April 2008 Fernmeldedienstanbieterinnen (nachfolgend: FDA) mittels Kosten-Preis-Schere im Zusammenhang mit den zum Wiederverkauf angebotenen, drahtgebundenen Breitbandzugängen für Geschäftskunden diskriminiere.<sup>12</sup> 7. Das Sekretariat erbat mit Schreiben vom 7. Mai 2009 um eine geschäftsgeheimnisbereinigte Version der Anzeige mit dem Hinweis, dass diese Swisscom zur Stellungnahme zugesandt werden würde.<sup>13</sup> Sunrise reichte daraufhin am 26. Mai 2009 eine geschäftsgeheimnisbereinigte Version ihrer Anzeige ein.<sup>14</sup> A.2.1 Marktbeobachtung 8. Nachdem das Sekretariat eine Marktbeobachtung eingeleitet hatte, wurde Swisscom mit Schreiben vom 28. Mai 2009 aufgefordert, zur Anzeige von Sunrise Stellung zu nehmen.<sup>15</sup> 9. Mit Schreiben vom 23. Juni 2009 reichte Swisscom ein Fristerstreckungsgesuch ein.<sup>16</sup> Das Gesuch wurde vom Sekretariat am 25. Juni 2009 gutgeheissen, und eine Fristerstreckung wurde bis zum 17. August 2009 gewährt.<sup>17</sup> Am 5. August 2009 reichte Swisscom ein zweites Fristerstreckungsgesuch ein.<sup>18</sup> Mit Schreiben vom 6. August 2009 wurde die Frist bis am 31. August 2009 erstreckt.<sup>19</sup>

11 Eingabe Sunrise vom 30. April 2009 (act. 1), Rz 8. 12 Eingabe Sunrise vom 30. April 2009 (act. 1), S. 2. 13 Schreiben Sekretariat an Sunrise vom 7. Mai 2009 (act. 3). 14 Eingabe Sunrise vom 26. Mai 2009 (act. 4 und 5). 15 Schreiben Sekretariat an Swisscom vom 28. Mai 2009 (act. 6). 16 Schreiben Swisscom vom 23. Juni 2009 (act. 8 und 9). 17 Schreiben Sekretariat an Swisscom vom 25. Juni 2009 (act. 10). 18 Schreiben Swisscom vom 5. August 2009 (act. 11 und 12). 19 Schreiben Sekretariat an Swisscom vom 6. August 2009 (act. 13).

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 8

10. Am 28. August 2009 nahm Swisscom zu den Vorwürfen Stellung<sup>20</sup> und beantragte, dass auf die Anzeige nicht einzutreten sei.<sup>21</sup> 11. Sunrise wurde daraufhin am 9. Oktober 2009 durch das Sekretariat aufgefordert, zu den Ausführungen von Swisscom Stellung zu nehmen, insbesondere zu den vom Sekretariat aufgelisteten Punkten.<sup>22</sup> 12. Mit Schreiben vom 5. November 2009 reichte Sunrise ein Gesuch um Fristerstreckung ein,<sup>23</sup> das am 6. November 2009 durch das Sekretariat gutgeheissen wurde. Die Frist wurde bis am 9. Dezember 2009 erstreckt.<sup>24</sup> 13. Mit Schreiben vom 6. November 2009 teilte Sunrise dem Sekretariat mit, dass sie für die Beantwortung der Frage 8, gemäss welcher Swisscom anhand einer Kostenrechnung aufgezeigt habe, dass Sunrise in der Lage gewesen wäre, der Post ein konkurrenzfähiges Angebot zu unterbreiten, Einsicht in die von Swisscom als Geschäftsgeheimnis deklarierte Kostenrechnung (Beilage 24 der Swisscom-Eingabe) benötige.<sup>25</sup> 14. Am 8. Dezember 2009 reichte Sunrise aufgrund von Arbeitsauslastung ein zweites Fristerstreckungsgesuch ein,<sup>26</sup> das mit Schreiben vom 9. Dezember 2009 bis zum 8. Januar 2010 erstreckt wurde.<sup>27</sup> Ausserdem teilte das Sekretariat mit, dass Sunrise über das weitere Vorgehen betreffend das Gesuch vom 6. November 2009 sobald als möglich informiert werde. 15. Sunrise reichte in der Folge am 6. Januar 2010 aufgrund der anhaltenden Arbeitsauslastung ein drittes Fristerstreckungsgesuch ein,<sup>28</sup> das mit Schreiben vom 8. Januar 2010 bis zum 8. Februar 2010 gutgeheissen wurde.<sup>29</sup> 16. Am 4. Februar 2010 erfolgte ein viertes Fristerstreckungsgesuch,<sup>30</sup> das gleichentags gutgeheissen wurde. Die Frist wurde bis zum 10. März 2010 erstreckt.<sup>31</sup> 17. Mit Schreiben vom 9. März 2010 gelangte Sunrise mit einem fünften Gesuch um Fristerstreckung an das Sekretariat mit der Begründung der Arbeitsauslastung sowie der Unmöglichkeit der Beantwortung der erwähnten Frage 8 aufgrund der als Geschäftsgeheimnis definierten Beilage 24 der Swisscom-Eingabe.<sup>32</sup> Am 11. März 2010 erstreckte das Sekretariat die Frist zur Eingabe bis zum 9. April 2010 mit der Mitteilung, dass Swisscom um eine erneute Geschäftsgeheimnisvereinbarung aufgefordert werde.<sup>33</sup> 18. Am 7. April 2010 reichte Sunrise ein sechstes Fristerstreckungsgesuch ein mit der Begründung, dass sie für die Beantwortung der Frage 8 auf die Einsicht in die Beilage 24 der

20 Schreiben Swisscom vom 28. August 2009 (act. 14). 21 Schreiben Swisscom vom 28. August 2009 (act. 14), S. 21. 22 Schreiben Sekretariat an Sunrise vom 9. Oktober 2009 (act. 15). 23 Schreiben Sunrise vom 5. November 2009 (act. 16 und 17). 24 Schreiben Sekretariat an Sunrise vom 9. November 2009 (act. 18). 25 Schreiben Sunrise vom 6. November 2009 (act. 19 und 20). 26 Schreiben Sunrise vom 8. Dezember 2009 (act. 21 und 22). 27 Schreiben Sekretariat an Sunrise vom 9. Dezember 2009 (act. 23). 28 Schreiben Sunrise vom 6. Januar 2010 (act. 24 und 25). 29 Schreiben Sekretariat an Sunrise vom 8. Januar 2010 (act. 26). 30 Schreiben Sunrise vom 4. Februar 2010 (act. 27 und 28). 31 Schreiben Sekretariat an Sunrise vom 4. Februar 2010 (act. 29). 32 Schreiben Sunrise vom 9. März 2010 (act. 30 und 31). 33 Schreiben Sekretariat an Sunrise vom 11. März 2010 (act.

32).

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 9

Swisscom-Eingabe angewiesen sei.<sup>34</sup> Die Frist wurde am 13. April 2010 bis am 10. Mai 2010 erstreckt.<sup>35</sup> 19. Mit Schreiben vom 6. Mai 2010 wurde ein siebtes Fristerstreckungsgesuch seitens Sunrise eingereicht.<sup>36</sup> Dieses wurde am 7. Mai 2010 gutgeheissen und die Frist bis am 9. Juli 2010 erstreckt mit dem Hinweis, dass Sunrise gebeten werde, bis dahin zu den Ausführungen von Swisscom Stellung zu nehmen, soweit dies ohne Einsicht in die erwähnte Beilage 24 möglich sei.<sup>37</sup> 20. Am 8. Juni 2010 erreichte das Sekretariat ein achttes Fristerstreckungsgesuch von Sunrise aufgrund Ferienabwesenheiten des Rechtsvertreters.<sup>38</sup> Mit Schreiben vom 10. Juni 2010 wurde die Frist bis am 9. Juli 2010 erstreckt mit der Bitte, die Fragen 1 bis 7 und 9 zu beantworten, da im Rahmen der weiteren Untersuchungen vorerst nicht auf die Kostenkalkulationsrechnung von Swisscom abgestellt werde und damit die Beantwortung der Frage 8 obsolet geworden sei.<sup>39</sup> Sunrise werde zu den Kostenstrukturen und einem möglichen alternativen Mix der Vorleistungsprodukte von Swisscom zu einem späteren Zeitpunkt befragt. 21. Mit Schreiben vom 8. Juli 2010 beantwortete Sunrise sodann den Fragekatalog des Sekretariats.<sup>40</sup> Sunrise machte im Wesentlichen geltend, dass die Vorbringen von Swisscom nicht der Realität entsprächen und Sunrise in keiner Weise in der Lage gewesen sei, ein konkurrenzfähiges Angebot zu unterbreiten. 22. Sunrise wurde mit Schreiben vom 28. Juli 2010 durch das Sekretariat zum Ausbaustatus befragt.<sup>41</sup> Insbesondere wurde Sunrise aufgefordert die Standorte zu nennen, an welchen Sunrise den entbündelten Teilnehmeranschluss als Vorleistungsprodukt einsetzen könne. Ausserdem wurde Sunrise gebeten, die zu den Vorleistungskosten hinzukommenden Kosten für die Bereitstellung der Dienstleistung abzuschätzen. 23. Am 29. Juli 2010 sandte das Sekretariat Swisscom einen Fragebogen betreffend die Wholesale-Produkte von Swisscom im Bereich Breitbandanbindungen, die Ausschreibung der Post sowie das Angebot von Swisscom an die Post.<sup>42</sup> 24. Am 2. August 2010 wurde sowohl Swisscom<sup>43</sup> wie auch Sunrise<sup>44</sup> auf Anfrage der Fragebogen in elektronischer Version zugesandt. 25. Am 13. August 2010 übersandte das Sekretariat per E-Mail zwei Excel-Tabellen in elektronischer Form an Swisscom mit dem Hinweis, dass die Frage der Akteneinsicht zu den von Sunrise eingereichten Antworten in den nächsten Tagen entschieden werde.<sup>45</sup> Am 17. August 2010 teilte das Sekretariat Swisscom per E-Mail mit, dass im Rahmen der Marktbeobachtung keine Akteneinsicht in die von Sunrise eingereichten Antworten gegeben werden könne.

34 Schreiben Sunrise vom 7. April 2010 (act. 33 und 34). 35 Schreiben Sekretariat an Sunrise vom 13. April 2010 (act. 35). 36 Schreiben Sunrise vom 6. Mai 2010 (act. 36). 37 Schreiben Sekretariat an Sunrise vom 7. Mai 2010 (act. 37). 38 Schreiben Sunrise vom 8. Juni 2010 (act. 38). 39 Schreiben Sekretariat an Sunrise vom 10. August 2010 (act. 39). 40 Schreiben Sunrise vom 8. Juli 2010 (act. 40). 41 Schreiben Sekretariat an Sunrise vom 28. Juli 2010 (act. 42). 42 Schreiben Sekretariat an Swisscom vom 29. Juli 2010 (act. 41). 43 Schreiben Sekretariat an Swisscom vom 2. August 2010 (act. 43). 44 Schreiben Sekretariat an Sunrise vom 2. August 2010 (act. 45). 45 Schreiben Sekretariat an Swisscom vom 17. August 2010 (act. 44).

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 10

26. Mit Schreiben vom 20. August 2010 beantragte Swisscom die vorab per E-Mail angekündigte Fristerstreckung,<sup>46</sup> welche am 23. August 2010 bis zum 22. September 2010 er-

streckt wurde.<sup>47</sup> 27. Mit Schreiben vom 25. August 2010 beantwortete Sunrise die vom Sekretariat gestellten Fragen vom 28. Juli 2010 betreffend die Standorte von Sunrise.<sup>48</sup> 28. Swisscom beantwortete am 22. September 2010 die an sie gestellten Fragen betreffend die Wholesale-Produkte von Swisscom im Bereich Breitbandanbindungen, zur Ausschreibung der Post sowie zum Angebot von Swisscom an die Post.<sup>49</sup> 29. Am 4. November 2010 befragte das Sekretariat die Post betreffend die vorliegende Problematik der WAN-Ausschreibung.<sup>50</sup> Insbesondere wurde gefragt, welche Fernmeldedienstanbieter an der Ausschreibung teilgenommen hatten. Zudem wurden die eingereichten Angebote ediert. Letztlich wurde um die Begründung ersucht, warum sich die Post für das Angebot von Swisscom entschieden hatte. 30. Die Post antwortete mit Schreiben vom 1. Dezember 2010 auf die am 4. November 2010 gestellten Fragen.<sup>51</sup> Sie übermittelte insbesondere die Offerten von Swisscom, Sunrise und [...] sowie die Evaluationsberichte. 31. Am 21. November 2011 fragte Swisscom nach dem Verfahrensstand mehrerer beim Sekretariat hängiger Verfahren, unter anderem nach dem des vorliegenden Verfahrens.<sup>52</sup> Das Sekretariat teilte daraufhin am 3. Januar 2012 mit, dass sich das Verfahren zu diesem Zeitpunkt noch im Status der Marktbeobachtung befinde und Swisscom zu gegebener Zeit über das weitere Vorgehen informiert werde.<sup>53</sup> 32. Mit Schreiben vom 29. November 2011 ersuchte das Sekretariat Sunrise wie auch Swisscom um weitere Auskünfte im Verfahren.<sup>54</sup> 33. Am 22. Dezember 2011 beantragte Swisscom eine Fristerstreckung bis zum 31. Januar 2012,<sup>55</sup> welche am 23. Dezember 2012 gutgeheissen wurde.<sup>56</sup> Zudem präzisierte das Sekretariat auf Antrag von Swisscom die Frage 3 des Fragebogens vom 29. November 2011 und verzichtete vorläufig auf die Angabe der Distanzen zwischen den Poststandorten und den jeweiligen Anschlusszentralen. 34. Am 27. Dezember 2011 beantragte Sunrise eine Fristerstreckung,<sup>57</sup> welche bis zum 15. Februar 2012 bewilligt wurde. 35. Mit Schreiben vom 15. Februar 2012 nahm Sunrise zu den vom Sekretariat gestellten Fragen vom 29. November 2011 Stellung.<sup>58</sup> Insbesondere führte Sunrise aus, dass sie zum

46 Schreiben Swisscom vom 20. August 2010 (act. 47 und 48). 47 Schreiben Sekretariat an Swisscom vom 23. August 2010 (act. 49). 48 Schreiben Sunrise vom 25. August 2010 (act. 46). 49 Schreiben Swisscom vom 22. September 2010 (act. 10). 50 Schreiben Sekretariat an Post vom 4. November 2010 (act. 11). 51 Schreiben Post vom 1. Dezember 2010 (act. 12). 52 Schreiben Swisscom vom 22. November 2011 (act. 13). 53 Schreiben Sekretariat an Swisscom vom 3. Januar 2012 (act. 19). 54 Schreiben Sekretariat an Sunrise vom 29. November 2011 (act. 14); Schreiben Sekretariat an Swisscom vom 29. November 2011 (act. 15). 55 Schreiben Swisscom vom 22. Dezember 2011 (act. 16). 56 Schreiben Sekretariat an Swisscom vom 23. Dezember 2011 (act. 17). 57 Schreiben Sunrise vom 27. Dezember 2011 (act. 18).

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 11

Zeitpunkt der Ausschreibung die Anzahl zukünftig entbündelter Anschlusszentralen nur in begrenztem Ausmass hatte abschätzen können.<sup>59</sup> A.2.2 Vorabklärung 36. Am 3. Juli 2012 eröffnete das Sekretariat eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG und teilte dies gleichentags Swisscom<sup>60</sup> und nachfolgend Sunrise<sup>61</sup> schriftlich mit. Zugleich wurde Swisscom zu den Anschlusszentralen sowie zur internen Projektabrechnung WAN-Anbindung befragt. 37. Am 25. Juli 2012 ersuchte das Sekretariat das Bundesamt für Kommunikation (nachfolgend: BAKOM) um Auskunft im Hinblick auf die Übertragungsgeschwindigkeiten von Kupferleitungen. 38. Am 26. Juli 2012 antwortete Swisscom auf die am 3. Juli 2012 gestellten Fragen nur teilweise. Bezüglich der Fragen zu den Anschlusszentralen brachte

Swisscom vor, dass der Aufwand, um die verlangten Angaben zu liefern, unverhältnismässig sei. Im Hinblick auf die interne Projektabrechnung WAN-Anbindung brachte Swisscom vor, dass diese Fragen nicht beantwortet werden könnten, da entsprechende interne Projektabrechnungen nicht erstellt würden. 39. Mit Schreiben vom 2. August 2012 ermahnte das Sekretariat Swisscom, die Fragen bezüglich der Anschlusszentralen zu beantworten. Das Sekretariat grenzte zudem die Fragen nochmals ein.<sup>62</sup> 40. Mit Schreiben vom 14. August 2012 ersuchte das BAKOM um eine Fristerstreckung,<sup>63</sup> welche mit Schreiben vom 15. August 2012 gewährt wurde.<sup>64</sup> 41. Mit Schreiben vom 28. August 2012 ersuchte Swisscom um eine Fristerstreckung bis zum 21. September 2012,<sup>65</sup> welche mit Schreiben vom 29. August 2012 gewährt wurde.<sup>66</sup> 42. Am 30. August 2012 reichte das BAKOM seine Stellungnahme ein.<sup>67</sup> 43. Mit Schreiben vom 21. September 2012 reichte Swisscom ihre Antworten auf den Fragebogen vom 2. August 2013 ein.<sup>68</sup> 44. Am 10. Juli 2013 ersuchte das Sekretariat den Präsidenten der WEKO um Zustimmung für die Eröffnung einer Untersuchung gegen Swisscom AG und Swisscom (Schweiz) AG.<sup>69</sup>

58 Schreiben Sunrise vom 15. Februar 2012 (act. 61). 59 Schreiben Sunrise vom 15. Februar 2012 (act. 61), S. 2 ff. 60 Schreiben Sekretariat an Swisscom vom 3. Juli 2012 (act. 62). 61 Schreiben Sekretariat an Sunrise vom 5. Juli 2012 (act. 63). 62 Schreiben Sekretariat an Swisscom vom 2. August 2012 (act. 66). 63 Schreiben BAKOM vom 14. August 2012 (act. 68). 64 Schreiben Sekretariat an BAKOM vom 15. August 2012 (act. 69). 65 Schreiben Swisscom vom 28. August 2012 (act. 70). 66 Schreiben Sekretariat an Swisscom vom 29. August 2012 (act. 71). 67 Schreiben BAKOM vom 30. August 2012 (act. 72). 68 Schreiben Swisscom vom 21. September 2012 (act. 73), Rz 3 und 4. 69 Schreiben vom 10. Juli 2013 an den Präsidenten der WEKO (act. 76).

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 12

A.2.3 Untersuchung 45. Am 18. Juli 2013 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit dem Präsidenten der WEKO eine Untersuchung gegen Swisscom.<sup>70</sup> 46. Am 19. Juli 2013 informierte das Sekretariat die Öffentlichkeit mittels Pressemitteilung über die Eröffnung einer Untersuchung gegen Swisscom (Schweiz) AG und Swisscom AG. Der Schlussbericht wurde zudem Swisscom zugesandt mit der Aufforderung, zu dieser Stellung zu nehmen.<sup>71</sup> 47. Am 30. Juli 2013 veröffentlichte die WEKO die Untersuchungseröffnung im Schweizerischen Handelsamtsblatt sowie im Bundesblatt.<sup>72</sup> 48. Mit Schreiben vom 24. Juli 2013 meldete Sunrise ihre Teilnahme als Beteiligte im Sinne von Art. 43 KG am Verfahren an.<sup>73</sup> 49. Mit Schreiben vom 24. Juli 2013 richtete das Sekretariat ein Auskunftsbegehren an Swisscom, mittels welchem Swisscom insbesondere dazu aufgefordert wurde, zu den vom Sekretariat angestellten Berechnungen betreffend die Poststandorte und den daraus resultierenden Kosten Stellung zu nehmen und weitere Fragen zu beantworten.<sup>74</sup> 50. Mit Schreiben vom 24. Juli 2013 stellte das Sekretariat Swisscom das Passwort zur Entschlüsselung des Datenträgers, auf welchem sich die Berechnungen befinden, zu.<sup>75</sup> 51. Mit Schreiben vom 29. Juli 2013 bestätigte das Sekretariat gegenüber Sunrise die Teilnahme am Verfahren als Beteiligte im Sinne von Art. 43 KG.<sup>76</sup> 52. Mit Schreiben vom 31. Juli 2013 richtete das Sekretariat ein Auskunftsbegehren an Sunrise und forderte Sunrise auf, zu den Berechnungen des Sekretariats Stellung zu nehmen.<sup>77</sup> Per E-Mail vom 4. September 2013 verlangte Sunrise eine elektronische Version des Fragebogens<sup>78</sup>, welchen das Sekretariat Sunrise am 5. September 2013 zustellte.<sup>79</sup> 53. Mit Schreiben vom 31. Juli 2013 stellte das Sekretariat

Sunrise das Passwort zur Entschlüsselung des Datenträgers, auf welchem sich die Berechnungen befinden, zu.80 54. Mit Schreiben vom 31. Juli 2013 richtete das Sekretariat ein Auskunftsersuchen an das BAKOM, in welchem das BAKOM dazu aufgefordert wurde, mitzuteilen, ob ein Abstellen auf die TAL als Näherungswert für die internen Kosten von Swisscom zur Bereitstellung der

70 Schreiben vom 18. Juli 2013 an Swisscom (act. 77). 71 Pressemitteilung vom 19. Juli 2013 (act. 78). 72 Meldung des Schweizerischen Handelsregisteramtsblatts Nr. 7223998 vom 30. Juli 2013; Bundesblatt Nr. 29 vom 30. Juli 2013 (Meldung BBl 2013 6191) 73 Schreiben Sunrise vom 24. Juli 2013 (act. 79). 74 Schreiben vom 24. Juli 2013 an Swisscom (act. 80). 75 E-Mail vom 24. Juli 2013 an Swisscom (act. 81). 76 Schreiben vom 29. Juli 2013 an Sunrise (act. 82). 77 Schreiben vom 31. Juli 2013 an Sunrise (act. 83). 78 E-Mail Sunrise vom 4. September 2013 (act. 89). 79 E-Mail Sekretariat an Sunrise vom 5. September 2013 (act. 90). 80 E-Mail vom 31. Juli 2013 an Sunrise (act. 84).

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 13

Dienstleistungen gegenüber der Post herangezogen werden könne.81 Mit Schreiben vom 5. September 2013 antwortete das BAKOM auf das Auskunftsbegehren.82 55. Vorab per E-Mail vom 30. August 201383 sowie mit Schreiben vom 30. August 201384 und 2. September 201385 gab Swisscom dem Sekretariat der Wettbewerbskommission einen Vertretungswechsel bekannt und verlangte Akteneinsicht. 56. Mit Schreiben vom 5. September 2013 forderte das Sekretariat Sunrise zur Geschäftsgeheimnisbereinigung der beigefügten Dokumente auf.86 Gleichtags gewährte das Sekretariat Swisscom Akteneinsicht in diejenigen Akten, welche keine Geschäftsgeheimnisse beinhalten.87 57. Am 12. September 2013 stellte Sunrise ein Gesuch um Fristerstreckung88, welches mit Schreiben vom 13. September 2013 gewährt wurde.89 58. Am 17. September 2013 reichte Swisscom eine Zusammenfassung des am 16. September 2013 mit dem Sekretariat geführten Telefongesprächs ein.90 59. Mit Schreiben vom 19. September 2013 verlangte Swisscom erneut Akteneinsicht und beantragte eine Fristerstreckung.91 Mit Schreiben vom 20. September 2013 gewährte das Sekretariat die Fristerstreckung.92 60. Per E-Mail vom 20. September 2013 bat Swisscom um einen Gesprächstermin betreffend die Beantwortung der vom Sekretariat gestellten Fragen.93 61. Per E-Mail vom 24. September 2013 präzisierte das Sekretariat die von Swisscom eingereichte Zusammenfassung vom 17. September 2013 betreffend das Telefongespräch mit dem Sekretariat vom 16. September 2013.94 62. Mit Schreiben vom 24. September 2013 gewährte das Sekretariat Swisscom Akteneinsicht und überstellte Swisscom weitere Erläuterungen zu den vom Sekretariat vorgenommenen Berechnungen.95 63. Mit Schreiben vom 26. September 2013 bestätigte Sunrise, dass in den ihr zugestellten Unterlagen keine Geschäftsgeheimnisse gegenüber Swisscom beinhaltet sind.96 Am 17. September 2013 übersandte das Sekretariat Swisscom die entsprechenden Aktenstücke.97

81 Schreiben vom 31. Juli 2013 an das BAKOM (act. 85). 82 Eingabe BAKOM vom 5. September 2013 (act. 92). 83 E-Mail Swisscom vom 30. August 2013 (act. 86). 84 Eingabe Swisscom vom 30. August 2013 (act. 87). 85 Eingabe Swisscom vom 2. September 2013 (act. 88). 86 Schreiben Sekretariat an Sunrise vom 5. September 2013 (act. 91). 87 Schreiben Sekretariat an Swisscom vom 5. September 2013 (act. 95). 88 Eingabe Sunrise vom 12. September 2013 (act. 94). 89 Schreiben Sekretariat an Sunrise vom 13. September 2013 (act. 95). 90 Eingabe Swisscom vom 17. September 2013 (act. 96). 91 Eingabe Swisscom vom 19. September 2013 (act. 97). 92 Schreiben Sekretariat an Swisscom vom

20. September 2013 (act. 98). 93 E-Mail Swisscom vom 20. September 2013 (act. 99). 94 E-Mail Sekretariat an Swisscom vom 24. September 2013 (act. 100). 95 Schreiben Sekretariat an Swisscom vom 24. September 2013 (act. 101). 96 Eingabe Sunrise vom 26. September 2013 (act. 102).

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 14

64. Mit Schreiben vom 2. Oktober 2013 bat Swisscom um Erläuterung für die vom Sekretariat angestellten Berechnungen.<sup>98</sup> Das Sekretariat der WEKO übersandte Swisscom daraufhin weitere Erklärungen zu den Kostenberechnungen.<sup>99</sup> 65. Mit Schreiben vom 9. Oktober 2013 verlangte Sunrise eine weitere Fristerstreckung.<sup>100</sup> Diese gewährte das Sekretariat mit Schreiben vom 14. Oktober 2013.<sup>101</sup> 66. Mit Schreiben vom 17. Oktober 2013<sup>102</sup> und E-Mail vom 21. Oktober 2013<sup>103</sup> stellte Sunrise dem Sekretariat die Fragebogenantworten zu. Hierzu stellte das Sekretariat mit Schreiben vom 25. Oktober 2013 noch Rückfragen<sup>104</sup>, auf welche Sunrise mit Schreiben vom 8. November 2013 antwortete.<sup>105</sup> 67. Mit Schreiben vom 25. Oktober 2013 nahm Swisscom zum Schlussbericht und den Berechnungen des Sekretariats Stellung.<sup>106</sup> 68. Mit Schreiben vom 6. Januar 2014 befragte das Sekretariat die Post betreffend die Standortlisten.<sup>107</sup> Hierauf antwortete die Post am 14. Januar 2014.<sup>108</sup> 69. Mit Schreiben vom 13. Januar 2014 stellte das Sekretariat weitere Ergänzungsfragen an Swisscom<sup>109</sup>, welche Swisscom mit Schreiben vom 28. Januar 2014 teilweise beantwortete.<sup>110</sup> Für die nicht beantworteten Fragen beantragte Swisscom Fristerstreckung<sup>111</sup>, welche das Sekretariat mit Schreiben vom 29. Januar 2014 gewährte.<sup>112</sup> Mit Schreiben vom 14. März 2014 antwortete Swisscom auf diese Zusatzfragen.<sup>113</sup> 70. Swisscom bat am 14. Januar 2014 um Akteneinsicht.<sup>114</sup> Per E-Mail übersandte das Sekretariat Swisscom die Antworten der Post inklusive eines aktualisierten Aktenverzeichnisses.<sup>115</sup> Per E-Mail fragte Swisscom am 15. Januar 2014 diverse Aktenstücke an<sup>116</sup>, welche vom Sekretariat in elektronischer Form und per Post an Swisscom gesendet wurden.<sup>117</sup>

97 Schreiben Sekretariat an Swisscom vom 27. September 2013 (act. 103). 98 Schreiben Swisscom vom 2. Oktober 2013 (act. 104). 99 Schreiben Sekretariat an Swisscom vom 7. Oktober 2013 (act. 105). 100 Schreiben Sunrise vom 9. Oktober 2013 (act. 106). 101 Schreiben Sekretariat an Sunrise vom 14. Oktober 2013 (act. 107). 102 Eingabe vom 17. Oktober 2013 (act. 108). 103 E-Mail vom 21. Oktober 2013 (act. 109). 104 Schreiben Sekretariat an Sunrise vom 25. Oktober 2013 (act. 110). 105 Eingabe Sunrise vom 8. November 2013 (act. 112). 106 Stellungnahme Swisscom vom 25. Oktober 2013 (act. 111). 107 Schreiben Sekretariat an Post vom 6. Januar 2014 (act. 113). 108 Eingabe Post vom 14. Januar 2014 (act. 116). 109 Schreiben Sekretariat an Swisscom vom 14. Januar 2014 (act. 114). 110 Schreiben Swisscom vom 28. Januar 2014 (act. 121). 111 Schreiben Swisscom vom 28. Januar 2014 (act. 121). 112 Schreiben Sekretariat vom 29. Januar 2014 (act. 122). 113 Schreiben Swisscom vom 14. März 2014 (act. 127). 114 Akteneinsichtsgesuch Swisscom vom 14. Januar 2014 (act. 115). 115 Schreiben Sekretariat an Swisscom vom 15. Januar 2014 (act. 117). 116 E-Mail Swisscom vom 15. Januar 2014 (act. 118). 117 Gewährung Akteneinsicht vom 17. Januar 2014 (act. 119 und 120).

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 15

71. Am 18. Februar 2014 stellte das Sekretariat Zusatzfragen an Swisscom zum Bonding<sup>118</sup>, welche Swisscom nach verlangter<sup>119</sup> und gewährter Fristerstreckung<sup>120</sup> am 28. Februar 2014 beantwortete.<sup>121</sup> 72. Mit Fragebogen vom 30. April 2014 stellte das

Sekretariat ergänzende Zusatzfragen zu Umsatzzahlen an Swisscom.<sup>122</sup> Diese beantwortete Swisscom mit Eingabe vom 15. Mai 2014.<sup>123</sup> 73. Per Auskunftsersuchen vom 17. Juni 2014 verlangte das Sekretariat Auskunft zu weiteren Projekten von Swisscom.<sup>124</sup> Diese Frist wurde Swisscom auf Antrag<sup>125</sup> zwei Mal erstreckt.<sup>126</sup> Mit Schreiben vom 1. September 2014 wies Swisscom das Auskunftsersuchen als unverhältnismässig und ihrer Meinung nach nicht vom Untersuchungsgegenstand gedeckt zurück, ohne die Fragen vom 17. Juni 2014 zu beantworten.<sup>127</sup> Swisscom lieferte im Schreiben vom 1. September 2014 stattdessen eine Schätzung des Aufwands, der für die Bereitstellung der angefragten Informationen anfallen würde. Hierauf verzichtete das Sekretariat vorläufig auf weitere Auskünfte. 74. Mit Schreiben vom 4. Juli 2014 stellte Swisscom ein Gesuch um Akteneinsicht<sup>128</sup>, welches vom Sekretariat mit Schreiben vom 8. Juli 2014 beantwortet wurde.<sup>129</sup> 75. Mit Schreiben vom 19. Dezember 2014 stellte das Sekretariat Swisscom seinen Antrag an die Wettbewerbskommission im Sinne von Art. 30 Abs. 1 KG zur Stellungnahme zu.<sup>130</sup> Die Beilagen wurden Swisscom auf telefonische Anfrage zusätzlich in elektronischer Form am 22. Dezember 2014 per E-Mail zugestellt.<sup>131</sup> 76. Mit Schreiben vom 26. Januar 2015<sup>132</sup> und 2. März 2015<sup>133</sup> wurde Swisscom die Frist zur Stellungnahme antragsgemäss<sup>134</sup> bis zum 17. April 2015 erstreckt. 77. Am 1. Juni 2015 fand eine Anhörung von Swisscom durch die WEKO statt.<sup>135</sup>

118 Schreiben Sekretariat an Swisscom vom 18. Februar 2014 (act. 123). 119 Schreiben Swisscom vom 26. Februar 2014 (act. 124). 120 Schreiben Sekretariat vom 27. Februar 2014 (act. 125). 121 Schreiben Swisscom vom 28. Februar 2014 (act. 126). 122 Schreiben Sekretariat an Swisscom vom 30. April 2014 (act. 128). 123 Eingabe Swisscom vom 15. Mai 2014 (act. 129). 124 Schreiben Sekretariat an Swisscom vom 17. Juni 2014 (act. 130). 125 Fristerstreckungsgesuche von Swisscom vom 17. Juli 2014 (act. 133) und vom 29. Juli 2014 (act. 135). 126 Gewährung Fristerstreckung an Swisscom vom 18. Juli 2014 (act. 134) und vom 30. Juli 2014 (act. 136). 127 Schreiben Swisscom vom 1. September 2014 (act. 137). 128 Schreiben Swisscom vom 4. Juli 2014 (act. 131). 129 Schreiben Sekretariat an Swisscom vom 8. Juli 2014 (act. 132). 130 Schreiben Sekretariat an Swisscom vom 19. Dezember 2014 (act. 138). 131 E-Mail des Sekretariats vom 22. Dezember 2014 (act. 140). 132 Schreiben Sekretariat an Swisscom vom 26. Januar 2015 (act. 143). 133 Schreiben Sekretariat an Swisscom vom 2. März 2015 (act. 145). 134 Schreiben Swisscom vom 23. Januar 2015 (act. 142) und vom 27. Februar 2015 (act. 144). 135 Protokoll der Anhörung vom 1. Juni 2015 (act. 154).

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 16

78. Mit Schreiben vom 4. Juni 2015 stellte das Sekretariat im Namen der WEKO ein Amtshilfegesuch an das BAKOM<sup>136</sup> und informierte Swisscom gleichentags hierüber.<sup>137</sup> Das BAKOM beantwortet das Amtshilfegesuch mit Schreiben vom 10. Juli 2015.<sup>138</sup> 79. Mit Schreiben vom 13. Juli 2015 stellte das Sekretariat die Amtshilfe des BAKOM Swisscom zur Stellungnahme zu.<sup>139</sup> Swisscom nahm hierzu am 28. August 2015 Stellung.<sup>140</sup> A.3 Erhebungen 80. Für den relevanten Sachverhalt ist es im vorliegenden Verfahren von zentraler Bedeutung zu ermitteln, welche Vorleistungsprodukte von Swisscom für die Erbringung der Dienstleistungen gegenüber der Post von FDA eingesetzt werden konnten. Aufgrund der mitunter recht grossen Preisunterschiede der einzelnen Vorleistungsprodukte von Swisscom kann daher eine unterschiedliche Zusammenstellung der Vorleistungsprodukte zu unterschiedlichen Vorleistungskosten führen. 81. Die Ausschreibung der Post ist ein typischer Geschäftsfall auf dem Markt für Breit-

bandanbindungen im Geschäftskundenbereich und ist daher exemplarisch für verschiedene Ausschreibungen von unterschiedlicher Grösse.<sup>141</sup> Daher stellen sich für sämtliche Ausschreibungen im Markt für FDA, welche auf Vorleistungsprodukte angewiesen sind, dieselben Anforderungen an einen optimalen Mix an Vorleistungsprodukten, wie dies bei der Ausschreibung der Post der Fall war.

A.3.1 Begriffsdefinitionen

82. Nachfolgend werden die wichtigen Begriffsdefinitionen aufgeführt. Auf eine vollständige Liste an Begriffsdefinitionen wurde verzichtet, da einige der in diesem Dokument verwendeten Begriffe für die Beurteilung des relevanten Sachverhalts nur von untergeordneter Bedeutung sind.

83. Anschlussnetz: Das Anschlussnetz umfasst den Netzabschnitt zwischen Hauptverteiler und den Teilnehmeranschlüssen.

84. Backbone-Netz: Das Backbone-Netz umfasst den Kernbereich eines Telekommunikationsnetzes, der sehr hohe Bandbreiten für die Datenübertragung zulässt und mit welchem die Hauptstandorte, über welche beispielsweise Internetdienste einer FDA bereitgestellt werden, miteinander verbunden werden.

85. Bitstream Access (BSA): Gemäss Art. 3 Bst. dter FMG wird unter dem schnellen Bitstrom-Zugang die Herstellung einer Hochgeschwindigkeitsverbindung zur Teilnehmerin oder zum Teilnehmer von der Anschlusszentrale zum Hausanschluss auf der Doppelader-Metalleitung durch eine Anbieterin von Fernmeldediensten und Überlassung dieser Verbindung an eine andere Anbieterin zur Bereitstellung von Breitbanddiensten verstanden.

86. Broadband Connectivity Service (BBCS): Als Broadband Connectivity Service (BBCS) bezeichnet Swisscom ihre Layer-3 Dienstleistung zur Herstellung einer Hochgeschwindigkeitsverbindung zur Teilnehmerin oder zum Teilnehmer.

136 Schreiben an BAKOM vom 4. Juni 2015 (act. 155). 137 Schreiben an Swisscom vom 4. Juni 2015 (act. 156). 138 Schreiben BAKOM vom 10. Juli 2015 (act. 158). 139 Schreiben an Swisscom vom 13. Juli 2015 (act. 159). 140 Schreiben Swisscom vom 28. August 2015 (act. 164). 141 Vgl. Eingabe Swisscom vom 28. August 2009 (act. 14), S. 4.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 17

87. Carrier Ethernet Service (CES): Als Carrier Ethernet Service (CES) bezeichnet Swisscom ihre Layer-2 Dienstleistung zur Herstellung einer Hochgeschwindigkeitsverbindung zur Teilnehmerin oder zum Teilnehmer bzw. zwischen den einzelnen Teilnehmern.

88. Customer Premise Equipement (CPE): Mit CPE wird das meist von der FDA dem Endkunden zur Verfügung gestellte Netzabschlussgerät (z.B. DSL-Modem) bezeichnet, mittels welchem die Datenübertragung zum Endkunde stattfindet.

89. Digital Subscriber Line (xDSL): Unter Digital Subscriber Line (DSL) wird die digitale Datenübertragung nach bestimmten Übertragungsstandards für Breitbanddatenverkehr bezeichnet. Hier lassen sich grob die verschiedenen Varianten Asymmetric (ADSL), Symmetric (SDSL) und Very high Speed (VDSL) unterscheiden.

90. Fernmeldedienstanbieterin (FDA): Als Fernmeldedienstanbieterin wird eine Unternehmung bezeichnet, die fernmeldetechnische Übertragungsdienstleistungen von Informationen für Dritte anbietet.

91. Interkonnektion: Gemäss Art. 3 Bst. e FMG bezeichnet Interkonnektion die Herstellung des Zugangs durch die Verbindung der Anlagen und Dienste zweier Anbieterinnen von Fernmeldediensten, damit ein fernmeldetechnisches und logisches Zusammenwirken der verbundenen Teile und Dienste sowie der Zugang zu Diensten Dritter ermöglicht wird. Die Interkonnektion umfasst daher die Netzzusammenschaltung im traditionellen Sinn und stellt eine notwendige Voraussetzung dafür dar, dass Informationen zwischen Kommunikationsnetzen ausgetauscht werden können.

92. Internet Service Provider (ISP): Ein Internet Service Provider (nachfolgend: ISP) bezeichnet ganz allgemein einen Anbieter von

Internetdiensten. Diese können den Zugang zum Internet, den Transit von Daten, Hosting von Internetseiten etc. beinhalten. Nicht jeder ISP bietet zwingend sämtliche dieser Dienste an. 93. Kollokation (KOL): Unter Kollokation wird die Miete von Raum innerhalb einer Anschlusszentrale eines Netzbetreibers bezeichnet. 94. Long Run Incremental Costs (LRIC): Als LRIC wird ein Berechnungsmodell bezeichnet, basierend auf welchem das BAKOM die regulierten Preise berechnet. Hierbei werden die langfristigen Wiederbeschaffungswerte einer modernen äquivalenten Netzwerkinfrastruktur zur Berechnung herangezogen. 95. Modern Equivalent Asset (MEA): Als MEA wird eine moderne äquivalente Infrastruktur bezeichnet, welche für die Berechnung der regulierten Preise herangezogen wird. Im Bereich Netzwerkanbindungen ist dies heute eine Glasfaserinfrastruktur. 96. Service Access Point (SAP): Unter dem Service Access Point wird ein Netzzugangspunkt verstanden, an welchem bestimmte Datenübertragungsdienstleistungen erbracht werden und bei welchem in der Regel die Übergabe des Dienstes von einer FDA zu einer anderen stattfindet. 97. Service Level Agreement (SLA): Mit dem Service Level Agreement wird eine Vereinbarung über den von der FDA gewährleisteten Supportservices bezeichnet. Hierin wird vereinbart, wie schnell und in welchem Umfang die FDA im Falle eines Ausfalls des Systems zu reagieren und die Funktionsfähigkeit des Systems wieder herzustellen hat. 98. Vollständig entbundelter Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung (TAL): Der vollständig entbundene Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung ist in Art. 3 Bst. dbis FMG definiert und umfasst die Bereitstellung des Zugangs zum Teilnehmeranschluss für eine andere Anbieterin von Fernmeldediensten zur Nutzung des gesamten Frequenzspektrums der Doppelader-Metalleitung.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 18

99. Virtual Private Network (VPN): Unter VPN wird ein auf einer bestimmten Verschlüsselungstechnik basiertes virtuell erschaffenes Subnetzwerk von verschiedenen Rechnern verstanden. Über ein VPN ist es möglich ein eigenes Subnetzwerk auf einem physischen Netzwerk zu erschaffen und abzugrenzen. 100. Wide Area Network (WAN): Ein Wide Area Network (nachfolgend: WAN) ist ein Netzwerk zwischen räumlich weit auseinanderliegenden Rechnern bzw. lokalen Rechnernetzwerken. Über ein WAN werden in der Regel verschiedene Unternehmensstandorte miteinander verbunden. Demgegenüber spricht man von einem lokalen Rechnernetzwerk (LAN), wenn das Netzwerk an einem Standort (z.B. innerhalb eines Gebäudes) gemeint ist. A.3.2 Anforderungen der Post im Rahmen der Ausschreibung 101. Die Post betreibt ein über die gesamte Schweiz verzweigtes Filialnetz für den Bereich Poststellen und Verkauf. Diese Poststellen sind über ein Netzwerk miteinander verbunden. Der Servicevertrag zur Vernetzung der Poststellen mit dem damaligen Provider lief per Ende 2009 aus.<sup>142</sup> Die Post beabsichtigte, den bestehenden Vertrag abzulösen und die Beschaffung der WAN-Services neu zu regeln. Daher schrieb sie das vorliegend relevante Projekt aus. Da die Post ihre Standorte grob in zwei Klassen unterteilte, wurden insgesamt zwei Lose ausgeschrieben.<sup>143</sup> 102. Das erste Los betraf in der ursprünglichen Ausschreibung 305 Standorte mit erhöhten Bandbreiten- und Service-Level-Anforderungen in eher gut erschlossenen Gebieten. Je nach Standort fragte die Post symmetrische Bandbreiten zwischen 1 Mbit/s und 1 Gbit/s (zentral 10 Gbit/s), eine Service- und Supportzeit von 7x24 Stunden, eine maximale Ausfallzeit von 1-8 Stunden pro Monat sowie die Technologie Multi Protocol Label Switching (nachfolgend: MPLS/IP-VPN) mit Quality of Service (nachfolgend: QoS) nach.<sup>144</sup> 103.

Das zweite Los betraf ursprünglich 2'067 Standorte mit geringeren Bandbreiten- und Service-Level-Anforderungen in zum Teil abgelegenen Gebieten. Je nach Standort fragte die Post symmetrische Bandbreiten zwischen 1 Mbit/s und 6 Mbit/s, eine Service- und Supportzeit von 7x24h, eine maximale Ausfallzeit von 4-8 Stunden pro Monat sowie die Technologie MPLS/IP-VPN mit QoS im Rahmen einer any-to-any Konnektivität<sup>145</sup> nach. Neben den Leistungen mit entsprechender Bandbreite mussten die WAN-Services auch die an den Standorten installierten Modems bzw. Router (nachfolgend: CPE) und deren Management und Maintenance beinhalten.<sup>146</sup> A.3.2.1 Zwingende Anforderungen für die Einreichung von Offerten 104. Als zwingende Anforderungen für die Einreichung von Offerten hat die Post Nachfolgendes definiert:<sup>147</sup> ■ Der Betrieb der WAN-Services an den Standorten des jeweiligen Loses muss vom Anbieter sichergestellt werden.

142 Anzeige Sunrise vom 30. April 2009 (act. 1), Beilage 3, S. 5. 143 Anzeige Sunrise vom 30. April 2009 (act. 1), Beilage 3, S. 6. 144 Anzeige Sunrise vom 30. April 2009 (act. 1), Beilage 3, S. 9. 145 Any-to-any Verbindungen zeichnen sich dadurch aus, dass den einzelnen Rechnern nicht nur eine Anbindung ans Internet offen steht, sondern dass sämtliche in dem jeweiligen Netzwerk verbundenen Rechner direkt untereinander kommunizieren können. 146 Anzeige Sunrise vom 30. April 2009 (act. 1), Beilage 3, S. 10. 147 Anzeige Sunrise vom 30. April 2009 (act. 1), Beilage 3, S. 11.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 19

■ Die von der Post eingesetzte WAN-Optimierungslösung muss durch den Anbieter unterstützt werden. ■ Der Anbieter ist verpflichtet, das von der Post bereitgestellte Trasse für die Leitungsführung zu nutzen. ■ Der Anbieter muss sicherstellen und bestätigen, dass weder zum Zwecke der Transition und Migration noch während der Betriebsphase eine IP-Readressierung bei der Post erforderlich ist. ■ Die Service- und Supportzeiten der SLA Typen 1–4 müssen durch den Anbieter eingehalten werden können. ■ Die je Los geforderten Bandbreiten gemäss Standortlisten müssen als Minimalanforderungen eingehalten werden. 105. Da grundsätzlich in der Schweiz nur Swisscom mittels eigener Infrastruktur zum Zeitpunkt der Ausschreibung sämtliche dieser Anforderungen erfüllen konnte, waren weitere FDA, die sich an der Ausschreibung beteiligen wollten, auf Vorleistungsprodukte von Swisscom angewiesen. A.3.2.2 Anforderungen an die technische Lösung 106. Zu den oben aufgeführten zwingenden Anforderungen an den Service wurden die nachfolgenden zusätzlichen technischen Anforderungen durch die Post definiert: ■ Netzwerktopologie: Die offerierten Services müssen auf der Technologie MPLS basieren und alle Standorte müssen am MPLS Backbone des Anbieters angeschlossen werden, wobei jeder angeschlossene Standort mit allen anderen Standorten im gleichen Virtual Private Network (nachfolgend: VPN) kommunizieren können muss (any-to-any, fully meshed).<sup>148</sup> ■ Sicherheit: Der Service muss auf Basis MPLS/IP-VPN zur Verfügung gestellt werden und logisch von anderen Kunden des Anbieters getrennt sein. Eine Verschlüsselung der Verbindungen innerhalb des privaten Netzwerkes muss möglich sein.<sup>149</sup> Alle Übergabepunkte müssen im Hoheitsgebiet der Post liegen und die Routing-Protokolle müssen durch eine MD5 Authentication geschützt werden. ■ Verbindungsarten: In ihrer Ausschreibung unterscheidet die Post drei verschiedene Standortklassen.<sup>150</sup> Die Standortklasse 1 muss vollredundant erschlossen werden, wobei auch im Failover-Fall (Ausfall einer der beiden Leitungen) 100 % der Bandbreite zur Verfügung stehen muss. Die Redundanz hat zwingend mit zwei CPE zu erfolgen. Bei Standortklasse 2 muss die Redundanz mit zwei gleichwertigen Leitungen realisiert werden,

wobei auch im Failover-Fall 100 % der Bandbreite zur Verfügung stehen muss. Die Redundanz kann nach eigenem Ermessen mit einem oder zwei CPE realisiert werden. Die Standortklasse 3 beinhaltet eine einfache Leitung ohne Redundanz und Backup. Es handelt sich um eine einfache Anbindung. ■ Modems (CPE): Die CPE-Ressourcen dürfen maximal zu 80 % dauerhaft belastet werden.151

148 Anzeige Sunrise vom 30. April 2009 (act. 1), Beilage 3, S. 11. 149 Anzeige Sunrise vom 30. April 2009 (act. 1), Beilage 3, S. 12. 150 Anzeige Sunrise vom 30. April 2009 (act. 1), Beilage 3, S. 12 f. 151 Anzeige Sunrise vom 30. April 2009 (act. 1), Beilage 3, S. 14.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 20

■ Ausfallsicherheit: Es muss gewährleistet werden, dass im Störfall der Hauptleitung für Standortklasse 1 und 2 100 % der Servicebandbreiten zur Verfügung stehen.152 ■ Serviceklassen: Der Datenverkehr der Post wird mittels DSCP/IP Precedence klassifiziert.153 Diese Werte sind vom Provider zu übernehmen und transparent durch das MPLS/IP-VPN Netzwerk zu transportieren. Die Post benötigt insgesamt vier Serviceklassen mit der Option, zusätzliche Serviceklassen zu aktivieren, wobei eine der vier Klassen als Priority Queue definiert wird, welche bis zu einer definierten Bandbreite direkt vor allen anderen Queues abgehandelt wird. Als Serviceklassen definiert die Post: a.) Strict prio (EF), b.) Multimedia (AF4x), c.) Best Effort (AF3x), d.) Low Prio (DF). ■ Service-Levels: Die Post hat im Rahmen ihrer Ausschreibung insgesamt sechs Service-Level-Typen definiert.154 Diese beinhalten eine Kombination aus der Servicezeit, der Supportzeit und der maximalen Ausfalldauer pro Standort. Die Servicezeit beschreibt die Zeit, während der die Leistungserbringerin alle zumutbaren Vorkehrungen nach neuesten Erkenntnissen und Best Practices der Telekom-Branche trifft, um die Verfügbarkeit des WAN-Services sicherzustellen. Für sämtliche Service-Levels verlangt die Post eine Servicezeit von 24 Stunden für jeden Tag eines Kalenderjahres. Die Supportzeit bezeichnet die Zeit, während der die maximale Service Down Time pro Monat (maximale Ausfallzeit der Netzwerkverbindung in Stunden pro Monat) und Standort innerhalb der Servicezeiten definiert ist und die durch den Leistungserbringer einzuhalten ist. Als Ausfall gewertet wird, wenn an einem Standort die Services länger als 30 Sekunden nicht verfügbar sind. In der nachfolgenden Tabelle werden die jeweiligen von der Post geforderten Service-Levels zusammengefasst: Service-Level Servicezeit Supportzeit Maximaler Ausfall p. M. überschritten, wenn ... SLA-Typ 1 24h, täglich 24h, täglich ... ein einzelner Ausfall von  $\geq 1$ h. ... mehr als ein Ausfall mit einer summierten Ausfalldauer von  $\geq 1/2$  h ... mehr als vier (4) einzelne Ausfälle SLA-Typ 2 24h, täglich 24h, täglich ... ein einzelner Ausfall von  $\geq 4$ h. ... mehr als ein Ausfall mit einer summierten Ausfalldauer von  $\geq 1/2$  h. ... mehr als vier (4) einzelne Ausfälle SLA-Typ 3 24h, täglich 24h, täglich ... ein einzelner Ausfall von  $\geq 8$ h. ... mehr als ein Ausfall mit einer summierten Ausfalldauer von  $\geq 4$  h. ... mehr als vier (4) einzelne Ausfälle SLA-Typ 4 24h, täglich Mo–Sa, 06:00– ... ein einzelner Ausfall von  $\geq 8$ h. ... mehr als ein Ausfall mit einer summierten

152 Anzeige Sunrise vom 30. April 2009 (act. 1), Beilage 3, S. 14. 153 Anzeige Sunrise vom 30. April 2009 (act. 1), Beilage 3, S. 15. 154 Anzeige Sunrise vom 30. April 2009 (act. 1), Beilage 6, S. 5 ff.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 21

20:00 Uhr Ausfalldauer von  $\geq 4$  h. ... mehr als zehn (10) einzelne Ausfälle SLA-Typ 5 24h, täglich Mo–Fr, 07:00– 18:00 Uhr ... ein einzelner Ausfall von  $\geq 8$ h. ... mehr als ein

Ausfall mit einer summierten Ausfalldauer von  $\geq 4$  h. ... mehr als zehn (10) einzelne Ausfälle SLA-Typ 6 24h, täg- lich Mo–Fr, 07:00– 18:00 Uhr ... ein einzelner Ausfall von  $\geq 24$ h. ... mehr als ein Ausfall mit einer summierten Ausfalldauer von  $\geq 11$ h. Tabelle 1: Definierte Service-Levels der Post A.3.3 Vorleistungsprodukte von Swisscom 107. Neben den gesetzlich regulierten Vorleistungsprodukten des entbündelten Teilnehmeranschlusses (nachfolgend: TAL) und dem schnellen Bitstrom Zugang (nachfolgend: BSA) bietet Swisscom Carrier Ethernet Services (nachfolgend: CES) und Broadband Connectivity Services (BBCS) als Vorleistungsprodukte zur Realisierung von Breitbandan- bindungen an. Für jedes dieser Produkte existiert von Swisscom eine Leistungsbeschreibung und ein Price Manual, aus welchen die Leistungen und Preise für den Bezug des Produktes ersichtlich sind. Nachfolgend werden diese Vorleistungsprodukte auf Basis der jeweiligen Leistungsbeschreibung und dem jeweiligen Price Manual von Swisscom beschrieben und es wird analysiert, ob und inwiefern diese zur Leistungserbringung für die Ausschreibung der Post geeignet sind. A.3.3.1 Teilnehmeranschluss (TAL) 108. Bei der TAL wird der nachfragenden FDA der vollständig entbündelte Teilnehmeran- schluss, also das zweidrahtige Kupferkabel zwischen der Anschlusszentrale und der End- kundensteckdose des Kunden, zur alleinigen Nutzung überlassen. Damit die FDA das zwei- drahtige Kupferkabel zur Übertragung von Signalen nutzen kann, muss sie die Anschlusszentrale, von welcher die Kupferkabelleitungen ausgehen, erschliessen und dort Sende- und Empfangsgeräte installieren. Mit diesen Sende- und Empfangsgeräten kann die FDA jeden einzelnen Haushalt über das Kupferkabel ansteuern und Daten übertragen. Sie ist für die Aufteilung der gebündelten Signale, welche von ihrem Backbone-Netz kommen, auf die einzelnen Kupferdrähte, welche ihrerseits zu den einzelnen Haushalten führen, selbst verantwortlich. Hierzu muss die FDA entsprechende Räumlichkeiten innerhalb oder in der Nähe der Swisscom-Anschlusszentrale mieten, um die entsprechenden Gerätschaften zu in- stallieren. Diese Dienstleistungen werden als Kollokation (nachfolgend: KOL) bezeichnet. Zudem muss die FDA die Anschlusszentrale an ihr Backbone-Netz anschliessen. Hierfür be- nötigt die FDA eine Leitung bis zu ihrer eigenen Anschlusszentrale bzw. zu ihrem eigenen Backbone-Netz, welche sie meist in einer Kabelkanalisation von Swisscom verlegt. Daher kommen für die Nutzung der TAL die monatlichen Kosten für die Nutzung der Kabelkanalisa- tion hinzu. 109. Der Preis des entbündelten Teilnehmeranschlusses ist reguliert und setzt sich aus einmaligen und wiederkehrenden Kosten zusammen. Die einmaligen Kosten fallen für die Neuschaltung und die Annullierung an. Die wiederkehrenden Kosten fallen für die Miete des Kupferkabels an. Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung wird auf die zum Zeitpunkt

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 22

der Ausschreibung geltenden Preise<sup>155</sup> abgestellt, da diese die Basis für die Angebote dar- stellten. Beschreibung wiederkehrende Kosten Preis pro Monat Überlassung der Teilnehmeranschlussleitung CHF 18.80 Tabelle 2: Monatliche Mietkosten für die TAL Beschreibung einmalige Kosten Preis einmalig Neuschaltung TAL auf einer zuvor aktiven Leitung CHF 45.40 Neuschaltung TAL auf einer zuvor inaktiven Leitung CHF 41.– Annullierung einer TAL Bestellung nach Status „Accepted“ CHF 19.30 Tabelle 3: Einmalige Kosten für die TAL 110. Neben den Kosten für die Miete des Kupferkabels kommen zusätzliche Kosten für die Miete der Räumlichkeiten in den Anschlusszentralen von Swisscom hinzu, um die eigenen Geräte zu installieren. Hierfür benötigt die FDA einen Schaltkasten (nachfolgend: Rack), in welchem die von ihr nachgefragten TAL an ihr

Backbone-Netz angeschlossen werden. Für die Erschliessung der Anschlusszentrale an das Backbone-Netz ist die FDA selbst verantwortlich. Hierfür entstehen der FDA zusätzliche Kosten für den Ausbau und die Erschliessung der jeweiligen Anschlusszentrale (vgl. Rz 184). Auch für die KOL fallen sowohl einmalige als auch wiederkehrende Kosten an.

Beschreibung wiederkehrende Kosten Einheit Preis pro Einheit Energie 48 V DC kW CHF 253.70 Zuschlag Lüftungsausbauten kW CHF 12.40 Energie/Lüftung kW CHF 266.10

Miete der Fläche (Mindestbezug Raum 10m<sup>2</sup>/Rack 2m<sup>2</sup>) 2m<sup>2</sup> CHF 99.60

Tabelle 4: Monatliche Mietkosten für die KOL

Beschreibung einmalige Kosten Einheit Preis pro Monat Machbarkeitsabklärung Kollokation FDV Pauschal CHF 308.40 Bereitstellung Kollokation FDV Pauschal CHF 2'440.– Kupferkabelage 2-Draht zum Hauptverteiler 192 Aderpaare CHF 4'205.– Ausbau Kupferkabelage 2-Draht zum Hauptverteiler 192 Aderpaare CHF 3'737.70

Tabelle 5: Einmalige Kosten für die TAL / die KOL

155 Handbuch Preise: Teilnehmeranschlussleitung, Version 1–4 vom 27.11.2008.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 23

111. In ihrer Beispielsrechnung gibt Swisscom, umgerechnet auf die Anzahl Standorte, die monatlichen Kosten für die Kollokation mit CHF 0.94 pro Poststandort und die Einmalkosten mit CHF 24.59 an.<sup>156</sup> Zudem fallen gemäss der Beispielrechnung von Swisscom einmalig für die Endkundenmodems Kosten von CHF 150.– und Netzwerkkosten in Höhe von CHF 52.– an. Für die Zwecke der vorliegenden Erhebung wird zu Gunsten von Swisscom auf diese Kosten abgestellt, ohne diese einer nochmaligen Überprüfung unterzogen zu haben.

112. Damit die entbündelten Teilnehmeranschlüsse genutzt werden können, muss die FDA zusätzlich Sende- und Empfangsgeräte in der Anschlusszentrale (meist in einem Rack) installieren und entsprechend warten. Für den Anschluss des Racks an ihr Backbone-Netz muss die FDA eine Glasfaserleitung zu ihrer Anschlusszentrale über die Kabelkanalisation von Swisscom legen. Die Kabelkanalisationen werden pro laufendem Meter berechnet. Hierzu werden von Swisscom in ihrer Beispielrechnung die nachfolgenden Kosten berechnet:<sup>157</sup>

Beschreibung wiederkehrende Kosten Preis pro m und Monat Überlassung der Kabelkanalisation CHF 0.206

Tabelle 6: monatliche Mietkosten für Nutzung der Kabelkanalisation

113. Grundsätzlich hat die Nutzerin der physischen Kupferkabelnetzwerkinfrastruktur die grösstmöglichen Freiheitsgrade und kann sämtliche nicht mit der physischen Infrastruktur festgelegten Nutzungsmöglichkeiten gemäss ihren Wünschen definieren. Von der physischen Infrastruktur vorgegeben sind lediglich die maximale Durchleitungskapazität und die Verfügbarkeit der Infrastruktur selbst.

114. Für die Störungsbehebung bei der TAL sieht Swisscom vor, dass ein Auftrag zur Störungsbehebung während 7x24 Stunden erteilt werden kann, die Supportzeiten für Störungsbehebungen bei der TAL laufen allerdings nur von Montag bis Freitag von 08:00 bis 17:00 Uhr.<sup>158</sup>

115. Sämtliche Störungen, welche nicht unmittelbar mit der physischen Kupferleitung zu tun haben, kann die FDA, welche die TAL nutzt, selbst in der von ihr definierten Zeit beheben. Auch der Zutritt zur Anschlusszentrale, in welcher die TAL zur Verfügung gestellt wird, kann von Swisscom rund um die Uhr gewährt werden.

116. In der nachfolgenden Tabelle wird zusammengefasst, inwieweit die TAL für die Leistungserbringung gegenüber der Post genutzt werden kann und inwieweit die FDA bei der Erfüllung der jeweiligen Anforderung von Swisscom (nachfolgend in den Tabellen: SCS) abhängig ist. Anforderungskriterium Erfüllbarkeit Abhängig von SCS Netzwerktopologie Möglich, abhängig vom Backbone-Netz des Anbieters Nein Sicherheit Möglich, abhängig von der Konfiguration des Anbieters Nein

156 Eingabe Swisscom vom 28. August 2009 (act. 14), S. 13. 157 Eingabe Swisscom vom 28. August 2009 (act. 14), Beilage 24. 158 Leistungsbeschreibung Teilnehmeranschluss, S. 22, (04.10.2013).

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 24

Verbindungsarten Möglich, abhängig von der Konfiguration des Anbieters Nein Modems Möglich, abhängig von der Wahl des Anbieters und der Zulassung durch den Netzbetreiber Nein Ausfallsicherheit Abhängig von der Gewährleistung des physischen Netzes durch den Netzbetreiber, ansonsten möglich Ja Serviceklassen Möglich, abhängig von der Konfiguration des Anbieters Nein Bandbreiten Bis maximal 2 Mbit/s symmetrisch, abhängig von der Distanz zur Anschlusszentrale Nein Tabelle 7: Zusammenfassung Eignung TAL 117. Die relevanten Kosten für die Bereitstellung der Dienstleistungen für die Post werden in der nachfolgenden Tabelle dargestellt:

Beschreibung Kosten pro Monat Überlassung der Teilnehmeranschlussleitung 159 CHF 18.80 Kollokation 160 CHF 0.94 einmalig Neuschaltung TAL auf einer zuvor aktiven Leitung 161 CHF 45.40 Einmalkosten Kollokation 162 CHF 24.59 Endkundenmodem (CPE) 163 CHF 150.– Netzwerkkosten 164 CHF 52.– Tabelle 8: Zusammenfassung Kosten für die TAL 118. Abhängig von den Service-Levels, welche Swisscom bei der Bereitstellung des physischen Kupferkabels garantiert, kann die TAL für die gegenüber der Post zu erbringenden Leistungen eingesetzt werden. Entsprechen die von Swisscom garantierten Supportzeiten zur Störungsbehebung (vgl. z. B. Rz 114) nicht den von einer FDA (welche das jeweilige Vorleistungsprodukt von Swisscom nutzt) gegenüber der Post zugesicherten Supportzeiten (vgl. z. B. Tabelle 8), so geht die FDA das Risiko ein, dass es zu einer Verletzung der Service-Level Agreements kommen kann. Ist die FDA bereit, dieses Risiko einzugehen, kann sie die TAL als Vorleistungsprodukt einsetzen.

159 Handbuch Preise: Teilnehmeranschlussleitung, Version 1–4 vom 27.11.2008, S. 3. 160 Eingabe Swisscom vom 28. August 2009 (act. 14), S. 13. 161 Handbuch Preise: Teilnehmeranschlussleitung, Version 1–4 vom 27.11.2008, S. 3. 162 Eingabe Swisscom vom 28. August 2009 (act. 14), S. 13. 163 Eingabe Swisscom vom 28. August 2009 (act. 14), S. 13. 164 Eingabe Swisscom vom 28. August 2009 (act. 14), S. 13.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 25

A.3.3.2 Bitstrom Zugang (BSA) 119. Bei der Nutzung des BSA wird die Aufteilung des Signals aus dem Backbone-Netz der FDA auf die einzelnen Kupferdrähte, welche zum Endkundenhaushalt führen, von Swisscom erbracht. 165 Hierzu muss die FDA in der Anschlusszentrale von Swisscom eine Leitung zu ihrem Backbone-Netz bereitstellen, also eine Glasfaser von ihrem Backbone-Netz in die Anschlusszentrale von Swisscom ziehen. 166 Hierbei kann die FDA grundsätzlich zwischen zwei Varianten wählen. 167 Bei der ersten Variante mietet die FDA in der Anschlusszentrale ein Rack und stellt in diesem die Leitungsanbindung bereit. Diese Variante wird die FDA wählen, wenn sie bereits einige Teilnehmeranschlüsse in der Anschlusszentrale entbündelt und die Anschlusszentrale bereits an ihr Backbone-Netz angeschlossen hat bzw. plant, die Anschlusszentrale zu entbündeln. Bei der zweiten Variante kann die FDA lediglich eine Leitung in die Anschlusszentrale legen, welche dann von Swisscom entsprechend angebunden wird. Für die Zuführung der Leitung muss die FDA zusätzlich die Kabelkanalisation von ihrem Backbone-Netz bis zur Anschlusszentrale von Swisscom nutzen, um hier eine entsprechende Leitung (in der Regel Glasfaser) zu verlegen. 120. Swisscom bietet BSA

damit in zwei Varianten an. In der Shared-Variante wird lediglich eine Durchleitungskapazität verkauft. Die Leitung kann daher parallel noch für weitere Dienstleistungen (TDM Voice) genutzt werden. In der Naked-Variante wird ebenfalls eine Durchleitungskapazität verkauft, diese ist allerdings zur exklusiven Nutzung der FDA bestimmt, so dass durch Swisscom oder andere FDA keine weiteren Dienstleistungen genutzt werden können. Daher werden zusätzlich zu den Kosten für die Nutzung der BSA-Dienstleistung von Swisscom die Kosten für die exklusive Miete des Kupferkabels (TAL) berechnet. 121. BSA wird zudem in zwei Bandbreiten angeboten, welche auf unterschiedlichen Technologien basieren. 168 Dies sind Anbindungen über ADSL und VDSL. Hieraus ergeben sich folgende Kosten: Beschreibung Bandbreiten monatlicher Preis pro Einheit BSA shared max. 5000/500 kbps (ADSL) CHF 10.90 max. 20000/1000 kbps (VDSL) CHF 13.40 BSA naked max. 5000/500 kbps (ADSL) CHF 29.30 max. 20000/1000 kbps (VDSL) CHF 31.80 Tabelle 9: Monatliche Mietkosten für den BSA

165 Vgl. Handbuch Leistungsbeschreibung Bitstrom-Zugang, S. 3, (10.07.2013). 166 Vgl. Handbuch Leistungsbeschreibung Bitstrom-Zugang, S. 4, (10.07.2013). 167 Vgl. Handbuch Leistungsbeschreibung Bitstrom-Zugang, S. 5 f., (10.07.2013). 168 Vgl. Handbuch Preise schneller Bitstrom-Zugang, S. 3 f., (10.07.2013).

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 26

Zusätzlich werden die nachfolgenden einmaligen Kosten berechnet: Beschreibung einmalige Kosten Preis einmalig Neuschaltung einer Leitung ohne manuelle Intervention in der Zentrale CHF 46.– Neuschaltung einer Leitung mit manueller Intervention in der Zentrale CHF 88.– Bereitstellung der BSA Anbindung CHF 528.– Profilwechsel von ADSL zu VDSL und zurück CHF 52.– Tabelle 10: Einmalige Kosten für den BSA 122. Neben den Kosten für die Nutzung der Dienstleistung BSA kommen zusätzliche Kosten für die Miete der Räumlichkeiten in den Anschlusszentralen von Swisscom hinzu, wenn die FDA ein Rack benutzt. Auch für die Kollokation fallen sowohl wiederkehrende als auch einmalige Kosten an, wobei die variablen Kosten für die Miete der Fläche nur dann anfallen, wenn auch tatsächlich eine Fläche gemietet wird. 169 Die monatlichen Mietkosten fallen bei einem Direktanschluss nicht an. Beschreibung wiederkehrende Kosten Einheit monatlicher Preis pro Einheit Miete der Fläche (Mindestbezug Raum 10 m<sup>2</sup>/Rack 2 m<sup>2</sup>) 2 m<sup>2</sup> CHF 99.60 Tabelle 11: monatliche Mietkosten für BSA/KOL Beschreibung einmalige Kosten Einheit Preis einmalig Glasfaserkabelage zum optischen Hauptverteiler Swisscom Pro Faserpaar CHF 822.– Upgrade long-haul Laser Pro Stück CHF 1'967.– Zuschlag nachträgliche Anpassung long-haul Laser Pauschal CHF 286.– Tabelle 12: Einmalige Kosten für BSA/KOL 123. Für den Anschluss des Racks oder der Glasfaserleitung an ihr Backbone-Netz muss die FDA eine Glasfaserleitung zu ihrer Anschlusszentrale über die Kabelkanalisation von Swisscom legen. Die Kabelkanalisationen werden pro laufendem Meter berechnet. Hierzu werden die nachfolgenden Kosten berechnet: Beschreibung wiederkehrende Kosten Preis pro m und Monat Überlassung der Kabelkanalisation CHF 0.206 Tabelle 13: Monatliche Mietkosten für Anbindung BSA

169 Vgl. Handbuch Preise Kollokation FDV, S. 3 f., (10.07.2013).

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 27

124. Weitere Kosten für den Unterhalt von Geräten in der Anschlusszentrale von Swisscom fallen nicht an, da solche nicht unterhalten werden müssen bzw. da diejenigen von Swisscom genutzt werden. 125. BSA wird nur in der Serviceklasse „Best effort“ angeboten.

Es ist nicht möglich bei diesem Produkt Serviceklassen zu wählen oder diese zu verändern. Damit ist BSA für die Leistungserbringung im Hinblick auf die von der Post definierten Anforderungen nicht einsetzbar, wie zudem nachfolgend aufgezeigt wird: 126. Im Hinblick auf die Supportzeiten ist beim Bitstrom-Zugang eine Meldung an Swisscom während 24 Stunden an 7 Tagen der Woche über das gesamte Jahr möglich.<sup>170</sup> Die Störungsbehebung durch Swisscom erfolgt im Rahmen der technischen und betrieblichen Möglichkeiten während Bürozeiten.<sup>171</sup> Damit können grundsätzlich keine der von der Post vorgegebenen Service-Levels garantiert werden. Bietet eine FDA dennoch ein Angebot über den Bitstrom-Zugang an, so besteht hierbei das Risiko, dass sie die Service-Levels zwar anbietet, aber nicht garantieren kann. 127. In der nachfolgenden Tabelle wird zusammengefasst, inwieweit BSA für die Leistungserbringung für die Post genutzt werden kann und ob die FDA bei der Erfüllung der jeweiligen Anforderung von Swisscom abhängig ist: Anforderungskriterium Erfüllbarkeit Abhängig von SCS Netzwerktopologie Möglich, abhängig vom Backbone-Netz des Anbieters Nein Sicherheit Möglich, abhängig von der Konfiguration des Anbieters Nein Verbindungsarten Möglich, abhängig von der Konfiguration des Anbieters Nein Modems Möglich, abhängig von der Wahl des Anbieters und der Zulassung durch den Netzbetreiber Nein Ausfallsicherheit Abhängig von Swisscom und dem Anbieter. Swisscom bietet allerdings keine ausreichende Ausfallsicherheit, daher nicht möglich. Ja Serviceklassen Es steht lediglich die Serviceklasse „Best effort“ zur Verfügung, daher ist die Erfüllung der Anforderung nicht möglich. Ja Bandbreiten Die maximal garantierte Bandbreite beträgt Download 8 Mbit/s und Upload 1 Mbit/s. Ja Tabelle 14: Zusammenfassung Eignung BSA 128. Über den Bitstrom-Zugang können verschiedene für den Einsatz bei der Post zentrale Anforderungskriterien nicht erfüllt werden. Insbesondere sind hierbei die Ausfallsicherheit und die Serviceklassen zu nennen. Da die garantierte Bandbreite auf 1 Mbit/s beschränkt ist,

170 Vgl. Handbuch Betrieb Bitstrom-Zugang, S. 10, (10.07.2013). 171 Vgl. Handbuch Betrieb Bitstrom-Zugang, S. 9, (10.07.2013).

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 28

könnte der Bitstrom-Zugang zudem nur bei den entsprechenden Poststellen eingesetzt werden. 129. Insgesamt muss daher gefolgert werden, dass das Vorleistungsprodukt Bitstrom-Zugang für die Leistungserbringung gegenüber der Post ungeeignet ist. Auch für den Einsatz bei anderen Projekten im Geschäftskundenbereich ist BSA aufgrund der geringen zur Verfügung stehenden garantierten Bandbreite sowie der fehlenden Ausfallsicherheit und Serviceklassen in der Regel nicht geeignet. A.3.3.3 Carrier Ethernet Services (CES) 130. CES ist eine Dienstleistung von Swisscom, mittels welcher FDA zwischen verschiedenen Interkonnektionspunkten Daten auf dem Layer 2 übertragen können.<sup>172</sup> Hierbei nutzen sie die Infrastruktur, welche von Swisscom bereitgestellt wird. Durch diese Dienstleistung wird auf der Netzwerkinfrastruktur von Swisscom ein virtuelles Netzwerk (nachfolgend: VLAN) zwischen den einzelnen Anschlüssen erstellt. Hierdurch wird quasi ein separates Netzwerk zwischen den einzelnen Anschlüssen simuliert, welches vom Kunden genutzt werden kann. 131. CES kann entweder als Punkt-zu-Punkt VLAN (EPL, EVPL) oder als Multipunkt VLAN (ELAN) bereitgestellt werden.<sup>173</sup> Die hierzu notwendige Infrastruktur (Leitungen sowie Send- und Empfangsgeräte) betreibt und stellt Swisscom zur Verfügung. Die FDA erhält über einen speziellen Service Access Point (nachfolgend: SAP) Zugang zur Dienstleistung von Swisscom. 132. Das Angebot CES unterscheidet sich im Wesentlichen nach Regionen (Preiselement 1), nach der zur

Verfügung gestellten Bandbreite (Preiselement 2), nach der Verbindungsart (Punkt-zu-Punkt oder Multipunkt) (Preiselement 3) sowie nach den zur Verfügung gestellten Service-Levels (Preiselement 4). Hierbei unterscheidet Swisscom zwischen der sogenannten Core Usage, welche die Anbindung der Netzwerke zwischen zwei Metro-Regionen bezeichnet und den Angeboten für bestimmte Metro-Regionen, welche in die Zonen A, B und C unterteilt werden. Eine Core Usage müssen FDA lediglich dann in Anspruch nehmen, wenn sie über keine eigene Backbone-Infrastruktur verfügen. 133. Die Preise ergeben sich aus den Kundenanforderungen, welche sich im Wesentlichen anhand von vier Anforderungskategorien (Preiselemente 1-4) unterteilen lassen. Beispielsweise kostet eine Anbindung an ein Multipunkt VLAN über den Service ELAN (Preiselement 3) mit der Dienstqualität Basic (Preiselement 4), der Nutzung von CPE und einer Bandbreite von 2 Mbit/s (Preiselement 2) in der Zone A (Preiselement 1) pro Monat CHF 490.–. 174 134. Darüber hinaus fallen die nachfolgenden Einmalkosten für die Nutzung von CES an: 175 Beschreibung Preis Einrichtung des Zugangs CHF 2'500.–

172 Eingabe Swisscom vom 22. September 2010 (act. 10), Leistungsbeschreibung Carrier Ethernet Service, S. 3. 173 Eingabe Swisscom vom 22. September 2010 (act. 10), Leistungsbeschreibung Carrier Ethernet Service, S. 3. 174 Eingabe Swisscom vom 22. September 2010 (act. 10), CES Handbuch Preise V 3-0, S. 4. 175 Eingabe Swisscom vom 22. September 2010 (act. 10), CES Handbuch Preise V 3-0, S. 9.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 29

Hinzufügen eines EPL CHF 1'000.– Grosse Änderung des Zugangs CHF 2'000.– Kleine Änderung des Zugangs CHF 500.– Zweite Stromversorgung bei (M-CPE) CHF 1'000.– Hinzufügen eines VLAN CHF 0.– Erweitern eines VLAN CHF 500.– Reduktion eines VLAN CHF 500.– Änderung der Bandbreite CHF 400.– 20 zusätzliche MAC-Adressen CHF 400.– Customer Window 1 (nachfolgend: CW1) CHF 400.– Customer Window 2 (nachfolgend: CW2) CHF 1'000.– Tabelle 15: Einmalkosten CES 135. Der von Swisscom offerierte Dienst wird mit unterschiedlichen Qualitätsgarantien bereitgestellt. 176 Hierzu stehen die Qualitätsparameter Basic, Premium Silver und Premium Platinum zur Verfügung. Die einzelnen Qualitätsparameter werden in der nachfolgenden Tabelle aufgezeigt. Leistung Basic Silver Platinum Garantierte Verfügbarkeit Direct Connect (DC)  $\geq 99.90\%$   $\geq 99.93\%$   $\geq 99.97\%$  Customer Premise Equipment (CPE)  $\geq 99.95\%$   $\geq 99.99\%$  Redundanz Keine Keine Doppelt Dienstqualitätsberichte Keine Ja Ja Gewährleistungsansprüche Keine Ja Ja Dienstüberwachung Direct Connect (DC) Reaktiv Reaktiv Reaktiv Customer Premise Equipment (CPE) Proaktiv Proaktiv Störungsannahme 365 x 24 365 x 24 365 x 24 Störungsbehebung 365 x 24 365 x 24 365 x 24 Widerherstellungszeit in 95 % der Fälle (nicht garantiert)  $\leq 6\text{ h}$   $\leq 4\text{ h}$   $\leq 2\text{ h}$  Tabelle 16: Service-Levels CES

176 Eingabe Swisscom vom 22. September 2010 (act. 10), Leistungsbeschreibung Carrier Ethernet Service, S. 4.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 30

136. Gemäss der Leistungsbeschreibung bietet Swisscom zudem einen Service Premium Platinum Light an, in welchem nicht die gesamte Bandbreite in jeder Glasfaser redundant zur Verfügung steht, sondern die gesamte Bandbreite über die beiden Fasern verteilt wird. 177 Beim Ausfall einer Glasfaser kann daher nicht mehr die volle Bandbreite wie beim vollen Dual Homing gewährleistet werden. Damit steht der FDA im Falle eines

Ausfalls zwar die Verbindung weiterhin zur Verfügung, allerdings mit einer eingeschränkteren Bandbreite. Dieser Service wird von Swisscom auf Anfrage mit einem spezifischen Service-Level Agreement angeboten. 137. Mit CES werden drei Dienstarten unterstützt (vgl. Rz 131), wobei zwei Dienstarten Punkt-zu-Punkt Verbindungen betreffen und eine Dienstart die Multipunktverbindung betrifft. Bei den Punkt-zu-Punkt Verbindungen kann entweder eine Ethernet Private Line (nachfolgend: EPL) oder eine Ethernet Virtual Private Line (nachfolgend: EVPL) genutzt werden. Die Variante EPL ist nur mit CPE erhältlich. Die Multipunktverbindung wird unter dem Service Ethernet Local Area Network (nachfolgend: ELAN) geführt. 138. CES steht den FDA in folgenden Bandbreiten zur Verfügung: 2 Mbit/s, 4 Mbit/s, 6 Mbit/s, 8 Mbit/s, 10 Mbit/s, 20 Mbit/s, 30 Mbit/s, 50 Mbit/s, 70 Mbit/s, 100 Mbit/s, 200 Mbit/s, 300 Mbit/s, 500 Mbit/s, 700 Mbit/s, 1000 Mbit/s und 10 Gbit/s. Damit können mittels CES sämtliche von der Post geforderten Bandbreiten erbracht werden. 139. FDA können zur Nutzung des Services CES wählen, ob sie eigene Sende- und Empfangsgeräte (Option Direct Connect, nachfolgend: DC) oder von Swisscom bereitgestellte CPE nutzen möchten. 140. In der nachfolgenden Tabelle wird zusammengefasst, inwieweit CES für die Leistungserbringung für die Post genutzt werden kann und ob die FDA bei der Erfüllung der jeweiligen Anforderung von Swisscom abhängig ist. Anforderungskriterium Erfüllbarkeit Abhängig von SCS Netzwerktopologie Möglich Ja Sicherheit Möglich Ja Verbindungsarten Möglich Ja Modems Möglich Ja Ausfallsicherheit Möglich Ja Serviceklassen Möglich Ja Bandbreiten Von 2 Mbit/s bis 10 Gbit/s Ja Tabelle 17: Zusammenfassung Eignung CES 141. Mittels CES können sämtliche Anforderungen der Post erfüllt werden. Daher wären die CES-Produkte von Swisscom für die vollständige Realisierung des Projektes geeignet. 142. Die relevanten Kosten für die Bereitstellung der Dienstleistungen für die Post werden in der nachfolgenden Tabelle dargestellt:

177 Eingabe Swisscom vom 22. September 2010 (act. 10), Leistungsbeschreibung Carrier Ethernet Service, S. 5.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 31

Beschreibung Kosten pro Monat Entgelt für die Nutzung von CES Abhängig von Bandbreite und Region: CHF 448.– bis 8'035.– Class of Service (Möglichkeit, die Serviceklassen zu wählen) CHF 150.– einmalig Einrichtung Add Access CHF 2'500.– Endkundenmodem (CPE) CHF 1'160.– Eventuell Ausbaurkosten CHF 2'000.– Tabelle 18: Zusammenfassung Kosten für CES A.3.3.4 Broadband Connectivity Service (BBCS) 143. BBCS ist eine Dienstleistung von Swisscom, mittels welcher FDA als Internet Service Provider (nachfolgend: ISP) einen Internetzugang von ihrer Anschlusszentrale aus bereitstellen können, ohne eine eigene Netzwerkinfrastruktur betreiben zu müssen. 178 ISP müssen zur Bereitstellung einer Internetverbindung zum Endkunden in ihrer Anschlusszentrale eine Internetanbindung sowie die Adressierung (meist über IP-Adressen) ihrer Kunden vornehmen. Sämtliche Dienstleistungen für die Übertragung der Daten von der Anschlusszentrale des ISP zum Endkunden übernimmt Swisscom. 144. BBCS steht sowohl in einer Shared- (also mit separater Telefonie) als auch in einer Naked-Variante (reiner Datentransfer) zur Verfügung. Unterschieden werden grundsätzlich ebenfalls geschäftliche (Business) und private (Private) Anwendungen. Für die Übertragungsgeschwindigkeiten stehen mehrere Profile offen, wobei grundsätzlich zwischen ADSL, SDSL und VDSL unterschieden wird. 145. Je nach Profil fallen die nachfolgenden Kosten an: 179 Nr. Profil Shared Naked Private Business Technologie Preis ADSL SDSL

VDSL 1 Max 300/100 X

X

X

X CHF 5.– 2 Max 100/100 X

X

X

X CHF 20.– 3 Max 5000/500 X

X

X

X CHF 28.– 3N Max 5000/500

X X

X

X CHF 46.– 4 Max 20000/1000 X

X

X CHF 34.– 4N Max 20000/1000

X X

X CHF 49.–

178 Internet Service Description Broadband Connectivity Service (BBCS), S. 3 ff. 179  
Price Manual Broad Band Connectivity Service (BBCS) (act. 1), Beilage 28, S. 5.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 32

5 Max 6000/600 X

X X

X CHF 115.– 6.1 1200/1200 X

X

X CHF 215.– 6.1N 1200/1200

X

X

X CHF 215.– 6.2N 1200/1200 Zone 1

X

X

X

CHF 215.– 6.3N 1200/1200 Zone 2

X

X

X

CHF 245.– 6.4N 1200/1200 Zone 3

X

X

X

CHF 280.– 7.1 1800/1800 X

X

X CHF 285.– 7.1N 1800/1800

X

X

X CHF 285.– 7.2N 1800/1800 Zone 1

X

X

X

CHF 285.– 7.3N 1800/1800 Zone 2

X

X

X

CHF 340.– 7.4N 1800/1800 Zone 3

X

X

X

CHF 400.– 8 20000/3000 X

X

X CHF 340.– 9 20000/5000 X

X

X CHF 450.– Other Optional SLA + X X X

X

X CHF 120.– Tabelle 19: Monatlich wiederkehrende Kosten BBCS 146. Hinzu kommen die nachfolgenden Einmalkosten, welche für die Anbindung des jeweiligen Standortes des ISP an das Swisscom-Netzwerk anfallen. 180 Beschreibung Preis Installation der ersten IP-Verbindung CHF 100'000.– Installation weiterer IP-Verbindungen CHF 35'000.– Implementierung eines weiteren Domain Name (pro Domain Name) CHF 2'800.– Neukonfiguration Domain Name oder LNS Routing, PPP@ISP CHF 5'100.– Neukonfiguration Domain Name oder LNS Routing, DHCP CHF 8'000.– Weiterer SAP auf existierendem STE CHF 2'000.– Tabelle 20: Einmalige Kosten für die Einrichtung von

BBCS 147. Weitere Kosten, wie die für die Anbindung des ISP an das Internet, sind vom ISP je- weils selbst zu tragen und zu organisieren. 148. Grundsätzlich lassen sich über BBCS keine Serviceklassen definieren. Die einzige für den Internetverkehr angebotene Serviceklasse ist „Best effort“.181 Für Sprachübertragung-

180 Price Manual Broad Band Connectivity Service (BBCS) (act. 1), Beilage 28, S. 5. 181 Internet Service Description Broadband Connectivity Service (BBCS), S. 8.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 33

gen<sup>182</sup> sowie für das Streaming<sup>183</sup> wird allerdings eine priorisierte Serviceklasse angeboten. Dennoch kann als Zusatzangebot QoS bezogen werden, welches insgesamt die vier Ver- kehrsklassen „Real Time“, „High Priority“, „Priority“ und „Best effort“ ermöglicht.<sup>184</sup> 149. Als Dienstqualität bietet Swisscom grundsätzlich zwei Service-Levels an. Dies sind Service-Level Standard und Service-Level Plus. 150. In der nachfolgenden Tabelle wird zusammengefasst, inwieweit BBCS für die Leis- tungserbringung für die Post genutzt werden kann und ob die FDA bei der Erfüllung der je- weiligen Anforderung von Swisscom abhängig ist. Anforderungskriterium Erfüllbarkeit Abhängig von SCS Netzwerktopologie Möglich Ja Sicherheit Möglich Ja Verbindungsarten Einfache Verbindungen möglich, Redundanzen kön- nen nicht abgebildet werden. Ja Modems Möglich Ja Ausfallsicherheit Hängt von den Service-Levels ab, welche derzeit un- bekannt sind. Da aber sowohl Sunrise als auch Swisscom davon ausgehen, dass BBCS eingesetzt werden könnte, erscheint es möglich. Ja Serviceklassen Eingeschränkt möglich Ja Bandbreiten Beschränkt bis 1.8 Mbit/s symmetrisch Ja Tabelle 21: Zusammenfassung Eignung BBCS 151. Grundsätzlich würde sich ein Teil der Anforderungen der Post mit einem BBCS- Produkt abdecken lassen. Dies ist insbesondere für die Bandbreitenprofile bis zu einer sym- metrischen Datenverbindung von bis zu 1.8 Mbit/s der Fall. 152. Die relevanten Kosten für die Bereitstellung der Dienstleistungen für die Post werden daher in der nachfolgenden Tabelle dargestellt:

Beschreibung Kosten pro Mo- nat Entgelt für Nutzung BBCS Abhängig von Bandbreite und Region: CHF 215.– bis 400.– ein- malig Installation BBCS CHF 300.– Endkundenmodem (CPE) CHF 449.– Tabelle 22: Zusammenfassung Kosten für BBCS

182 Voice over Broadband (VoBB) Service Description Broadband Connectivity Service (BBCS), S. 8. 183 Streaming Service Description DHCP Broadband Connectivity Service (BBCS), S. 6. 184 Service Termination DHCP Broadband Connectivity Service (BBCS), S. 21.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 34

A.3.3.5 Kosten für die Anbindung ans Backbone-Netz 153. Swisscom gibt in ihrer Beispielrechnung an, dass Nachfrager nach den verschiede- nen Vorleistungsprodukten für die Anbindung der genutzten Dienstleistungen an das eigene Backbone-Netz die nachfolgenden Kosten zu tragen haben:<sup>185</sup>

Beschreibung Kosten Pro Monat Backbonekosten pro Leitung CHF [1-5] Plattformmanagement pro Leitung CHF [0.50-1.00] Tabelle 23: Kosten für die Anbindung ans Backbone-Netz 154. Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung wird für die Evaluation der Kosten für die Anbindung ans Backbone-Netz auf die Angaben von Swisscom zurückgegriffen, ohne diese im Einzelnen überprüft zu haben. A.3.3.6 Fazit aus der Analyse der Vorleistungsprodukte von Swisscom 155. FDA standen somit insgesamt

drei Produkte von Swisscom, nämlich TAL, CES und BBCS, zur Verfügung, mit welchen die Anforderungen der Post erfüllt werden konnten. Aufgrund der Preisunterschiede zwischen den Vorleistungsprodukten und den bisher in die Entbündelung getätigten Investitionen würde jedoch ein für die jeweilige FDA typisches Portfolio nachgefragt werden. Gleiches gilt für weitere Dienstleistungen dieser Art im Geschäftskundenbereich. Zusammenfassend werden daher nochmals die Kosten der einzelnen Vorleistungsprodukte gegenübergestellt.

185 Eingabe Swisscom vom 28. August 2012 (act. 14), Beilage 24.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 35

Bandbreite Reguliert Kommerziell TAL BBCS CES Monatliche Kosten 1 Mbit/s 19.74 CHF 215-280 CHF 490-784 CHF 1.2 Mbit/s 19.74 CHF 215-280 CHF 490-784 CHF 1.8 Mbit/s 19.74 CHF 285-400 CHF 490-784 CHF 2 Mbit/s 19.74 CHF n/a 490-784 CHF 3.6 Mbit/s n/a n/a 605-967 CHF 4 Mbit/s n/a n/a 605-967 CHF 10 Mbit/s n/a n/a 775-1'240 CHF 30 Mbit/s n/a n/a 1'127-1'804 CHF 100 Mbit/s n/a n/a 1'920-3'071 CHF 500 Mbit/s n/a n/a 3'016-4'826 CHF Einmalige Kosten Installation/Neuschaltung 45.40 CHF 200.■ CHF 2'500.■ CHF Modem 150.■ CHF 449.■ CHF 1'160.■ CHF Evtl. Ausbaurkosten - - 2'000.■ CHF Kollokation 24.59 CHF - - Netzwerkkosten 52.■ CHF - - Total einmalige Kosten 271.99 CHF 649.■ CHF 5'660 CHF Tabelle 24: Zusammenfassung der Kosten der einzelnen Vorleistungsprodukte 156. Aus der Gegenüberstellung zeigt sich, dass die Preise für die regulierten Vorleistungsprodukte deutlich tiefer sind, als die Preise für die kommerziellen Vorleistungsprodukte. Daher besteht für FDA ein erheblicher Anreiz für die Bereitstellung von Dienstleistungen im Geschäftskundenbereich wo immer möglich die regulierten Vorleistungsprodukte einzusetzen. A.3.4 Möglichkeiten der Erschliessung 157. Im Rahmen der Eingaben wurden von Sunrise und Swisscom unterschiedliche Angaben betreffend die Möglichkeiten, die einzelnen Standorte mit Vorleistungsprodukten von Swisscom zu erschliessen, gemacht. 158. In ihrer Eingabe vom 25. August 2012 hat Sunrise angegeben, dass zum Zeitpunkt der Ausschreibung insgesamt lediglich [...] Standorte mit dem Vorleistungsprodukt TAL von Swisscom angebunden waren. 186 Hierbei ging Sunrise davon aus, dass diejenigen Poststandorte mit dem Vorleistungsprodukt TAL hätte bedient werden können, welche zu der von Sunrise entbündelten Swisscom Anschlusszentrale eine über das Kupferkabel zurückzulegende Distanz von weniger als [...] km aufweisen. Betreffend das Angebot im Rahmen der

186 Eingabe Sunrise vom 25. August 2012 (act. 46), Beilage zu Frage 1.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 36

Ausschreibung „WAN-Anbindung“ hat Sunrise angegeben, dass sie von [...] Poststandorten ausgegangen seien, die mittels TAL hätten angebunden werden können. 187 Mit dieser Konfiguration hätte Sunrise gemäss eigenen Angaben Vorleistungsprodukte in Höhe von CHF [...] Mio. ohne jährliche Preisreduktionen bzw. Vorleistungsprodukte in Höhe von geschätzt CHF [...] Mio. mit jährlichen Preisreduktionen zwischen [...] % und [...] % von Swisscom beziehen müssen. 188 159. Sunrise verfolgte zu dieser Zeit die Strategie, [...]. In ihrer Eingabe vom 22. August 2012 hat Sunrise angegeben, ab welchem Zeitpunkt, in einer rückblickenden Betrachtung, ein Standort mit TAL hätte erschlossen werden können. Demnach hätten ab dem 1. Januar 2010 [...] Poststandorte, ab dem 1. Januar 2011 [...] Poststandorte und ab dem 1. Januar 2012 [...] Poststandorte mit dem Vorleistungsprodukt TAL bedient werden können. 189 160. Swisscom geht hingegen in

ihrer Eingabe vom 28. August 2009 davon aus, dass Sunrise insgesamt 1'518 Poststandorte mit dem Vorleistungsprodukt TAL hätte bedienen können.<sup>190</sup> Sie geht hierbei in einer differenzierenden Betrachtung davon aus, dass Standorte bis 1 Mbps über eine Distanz von [...]m, bis 1.2 Mbps über eine Distanz von [...]m, bis 1.8 Mbps über eine Distanz von [...]m und bis 2 Mbps über eine Distanz von [...]m erschlossen werden können.<sup>191</sup> Hierdurch hätte Sunrise gemäss Angaben von Swisscom gegenüber der Post eine kostendeckende Offerte zu einem Preis von CHF ca. [16-23 Mio.] anbieten können.<sup>192</sup> 161. Vor dem Hintergrund dieser divergierenden Angaben wurden im Rahmen des Verfahrens, wie nachfolgend dargestellt, die technologischen Eigenschaften der unterschiedlichen Datenübertragungs-Technologien im Hinblick auf ihre Durchleitungskapazitäten und Reichweiten, welche sehr stark von der Distanz der Poststandorte zu den jeweiligen Anschlusszentralen abhängen, untersucht. 162. Gleichzeitig zeigt Swisscom mit ihrer Beispielrechnung auf, dass kommerzielle Produkte und die regulierte TAL im Rahmen ihres Einsatzes im Geschäftskundenbereich grundsätzlich austauschbar sind, wenn diese der jeweiligen FDA an einem bestimmten Standort zur Verfügung stehen. A.3.4.1 Bandbreite und Reichweite unterschiedlicher DSL-Technologien 163. Die in der Schweiz derzeit am häufigsten eingesetzte Breitbandtechnologie ist die drahtgebundene Technologie Digital Subscriber Line (nachfolgend: DSL).<sup>193</sup> Die verschiedenen DSL-Technologien werden hierbei unter dem Begriff xDSL zusammengefasst. Swisscom unterscheidet in ihrem BBCS-Angebot grundsätzlich zwischen ADSL (Asymmetric DSL), SDSL (Symmetric DSL) und VDSL (Very High Speed DSL).<sup>194</sup> Die verschiedenen DSL-Technologien unterscheiden sich im Wesentlichen im Hinblick auf die Durchleitungskapazität-

187 Eingabe Sunrise vom 25. August 2012 (act. 46), Beilage; Summe der Nennungen „ULL“ (TAL) in den Spalten „Los 2 Access“ und „Los 1 Access“. 188 Eingabe Sunrise vom 25. August 2012 (act. 46), S. 20. 189 Eingabe Sunrise vom 25. August 2012 (act. 46), Beilage; Anzahl Standorte, für welche die Spalten „Los 2 ULL available“ und „Los 1 ULL available“ kleiner als das jeweils aufgeführte Datum ist. 190 Eingabe Swisscom vom 28. August 2009 (act. 14), Rz. 25. 191 Eingabe Swisscom vom 21. September 2012 (act. 73), S. 2. 192 Summe aus den Angaben der Eingabe vom 28. August 2009 (act. 14), Rz. 30 und Angaben der Eingabe vom 21. September 2012 (act. 73), S. 4. 193 Amtliche Fernmeldestatistik 2010, S. 36, (18.07.2012). 194 Anzeige Sunrise vom 30. April 2009 (act. 1), Beilage 15, S. 3.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 37

ten und ihre Reichweiten. Hierbei stellen die Entfernung, der Leitungsquerschnitt und die Anzahl der DSL-User im Leitungsbündel limitierende Faktoren dar.<sup>195</sup> Zudem können weitere Faktoren wie Resonanzeffekte, Verzerrungen und Fremdeinstrahlungen die benutzten Teile des Frequenzspektrums beeinträchtigen.<sup>196</sup> Grundsätzlich erhöht sich die Leitungsdämpfung sowohl mit steigender Frequenz als auch mit zunehmender Entfernung, was dazu führt, dass sich die Datenrate mit steigender Länge der Leitung reduziert. Der Zusammenhang zwischen Datenrate und erzielbarer Reichweite lässt sich wie folgt darstellen:

Abbildung 1: Schematische Darstellung der Downstream-Raten verschiedener DSL-Technologien<sup>197</sup> 164. Gemäss einer Studie im Auftrag der Hessischen Landesanstalt für privaten Rundfunk und Medien können mit den verschiedenen DSL-Technologien die nachfolgenden Bandbreiten erreicht werden:

195 Studie im Auftrag der Hessischen Landesanstalt für privaten Rundfunk und neue Medien (LPR Hessen): Von der digitalen Landstrasse zur Datenautobahn, Schnelles Internet – Die Zugangstechnologien, S. 8, (18.07.2012). 196 Bedarfs- und Verfügbarkeitsanalyse zur Breitbandversorgung, S. 6, (18.07.2012). 197 Bedarfs- und Verfügbarkeitsanalyse zur Breitbandversorgung, S. 6, (18.07.2012).

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 38

Technologie Maximale Datenrate Downstream in [Mbit/s] Maximale Datenrate Upstream in [Mbit/s] Ungefähre Reichweite [m] bei genannten Raten ADSL 6 0.5 2'000 ADSL2+ 20 1 1'500 VDSL 25 5 1'000 VDSL2 100 100 500 Tabelle 25: Übersicht xDSL-Technologien<sup>198</sup> 165. Gemäss anderen Studien werden für DSL-Technologien folgende Datenraten angegeben: Technologie Maximale Datenrate Downstream in [Mbit/s] Maximale Datenrate Upstream in [Mbit/s] Ungefähre Reichweite [m] bei genannten Raten ADSL 8 1 k.A. ADSL2 12 1 k.A. ADSL2+ 24-25 1-4 k.A. Tabelle 26: Leistungsübersicht xDSL-Technologien<sup>199</sup> 166. Das BAKOM führt aus, dass eine symmetrische Bandbreite von 1 Mbit/s (Up- und Downstream) über eine theoretisch maximale Distanz von 3'000 m erbracht werden kann, solange die Leitung qualitativ hochstehend ist, das Frequenzspektrum genau eingehalten wird und keine Störungen (Crosstalk) vorhanden sind.<sup>200</sup> Dennoch geht das BAKOM davon aus, dass die ADSL/ADSL2/ADSL2+ Technologie für die Erschliessung der Poststandorte nicht geeignet ist. <sup>167</sup>. Mit der VDSL/VDSL2 Technologie könnte gemäss der Einschätzung des BAKOM eine symmetrische Bandbreite von bis zu 1.8 Mbit/s (Up- und Downstream) erreicht werden.<sup>201</sup> Allerdings schliesst Swisscom, gemäss Aussagen des BAKOM, die VDSL-Technologie im Rahmen der TAL aus und bietet stattdessen ein VDSL-Wholesale-Angebot an.<sup>202</sup>

198 Studie im Auftrag der Hessischen Landesanstalt für privaten Rundfunk und neue Medien (LPR Hessen): Von der digitalen Landstrasse zur Datenautobahn, Schnelles Internet – Die Zugangstechnologien, S. 8, (18.07.2012). 199 Bedarfs- und Verfügbarkeitsanalyse zur Breitbandversorgung, S. 5, (18.07.2012); OECD-Studie vom 3. April 2008: Working Party on Communication Infrastructures and Services Policy, Developments in Fibre Technologies and Investment, S. 47, (18.07.2012). 200 Schreiben BAKOM vom 30. August 2012 (act. 72), S. 2. 201 Schreiben BAKOM vom 30. August 2012 (act. 72), S. 3. 202 Schreiben BAKOM vom 30. August 2012 (act. 72), S. 5.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 39

168. Für die Bereitstellung von symmetrischen Bandbreiten ist gemäss BAKOM einzig die SDSL-Technologie vorgesehen, welche eine garantierte symmetrische Bandbreite von 1.8 Mbit/s bis zu einer Distanz von 1'800 m und eine garantierte symmetrische Bandbreite von bis zu 1.2 Mbit/s bis zu einer Distanz von etwas mehr als 2'000 m gewährleistet.<sup>203</sup> 169. Swisscom bot im Jahr 2008 die ADSL-Technologie in den Breitbandkonfigurationen 300/100 kbit/s, 1'000/100 kbit/s, 5'000/500 kbit/s und 6'000/600 kbit/s an.<sup>204</sup> Die SDSL-Technologie wurde von Swisscom in den Konfigurationen 1'200/1'200 kbit/s und 1'800/1'800 kbit/s angeboten. Lediglich mit der VDSL-Technologie konnten höhere Bandbreiten realisiert werden. Hier bot Swisscom neben sämtlichen Bandbreiten der ADSL- und SDSL- Technologie unter anderen zusätzlich die Konfigurationen 16'000/2'000 kbit/s und 20'000/4'000 kbit/s an. A.3.4.2 Distanz zwischen Anschlusszentralen und Poststandorten 170. Zur Beurteilung, ob ein bestimmter

Poststandort durch Sunrise über die TAL zur Verfügung stehenden Kupferdoppeladerleitungen bedient werden kann, ist daher die Distanz des Poststandortes zur Anschlusszentrale von massgeblicher Bedeutung. Zur Plausibilisierung der divergierenden Antworten von Sunrise und Swisscom betreffend die Anzahl Standorte, die über die entbündelten Anschlusszentralen erschlossen werden können, wurden die Distanzen zwischen den Poststandorten und den jeweiligen Anschlusszentralen erfragt. 171. Daher wurde anhand von verschiedenen Szenarien analysiert, ob ein Poststandort mittels TAL an eine von Sunrise entbündelte Anschlusszentrale angeschlossen werden kann, ob die Distanz zwischen dem Poststandort und der Anschlusszentrale weniger als die von Swisscom (Tabelle 27), von Sunrise (Rz 40) bzw. vom BAKOM (Tabelle 28) aufgeführten Distanzen beträgt und ob der Poststandort an eine Anschlusszentrale angebunden ist, welche von Sunrise entbündelt wurde. A.3.5 Erschliessungskosten 172. Ausgehend von den oben aufgeführten Anforderungen für die Erschliessung der einzelnen Poststandorte und den Vorleistungspreisen für die von Swisscom angebotenen regulierten und kommerziellen Vorleistungsprodukte lassen sich die Vorleistungskosten je nach Szenario für eine FDA wie folgt berechnen. A.3.5.1 Szenario TAL bis 2 Mbit/s 173. In einem theoretischen Szenario kann angenommen werden, dass eine FDA sämtliche Anschlusszentralen entbündelt hat. Für eine solche FDA fallen für die Erschliessung der Standorte bis zu einer Bandbreite von 2 Mbit/s im günstigsten Fall lediglich die Kosten für die TAL an. Diejenigen Poststandorte, die mit einer höheren Bandbreite zu erschliessen sind, wurden mit dem jeweiligen Produkt CES berechnet. Hieraus ergaben sich insgesamt 2'196 theoretische Standorte, die mit dem Produkt TAL und 109 Standorte, die mit dem Produkt CES hätten erschlossen werden müssen. Aus diesen Berechnungen ergeben sich theoretisch insgesamt Vor- und direkte Eigenleistungskosten in Höhe von CHF [5-10 Mio.] (vgl. Anhang 1). 174. Da Swisscom mit einer FDA, die alle Anschlusszentralen entbündelt hat, gleichzusetzen ist, ergibt sich hieraus, dass die internen Kosten für die Leistungserbringung von Swisscom maximal so hoch sind, wie diejenigen des Szenarios TAL bis 2 Mbit/s. Gemäss

203 Schreiben BAKOM vom 30. August 2012 (act. 72), S. 4 204 Anzeige Sunrise vom 30. April 2009 (act. 1), Beilage 15, S. 5.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 40

Auskunft des BAKOM ist sogar davon auszugehen, dass die durchschnittlichen tatsächlichen historischen Kosten deutlich tiefer sind, als die kostenorientierten Preise, welche bei der regulierten TAL verwendet werden sowie auf Wiederbeschaffungskosten einer effizienten Anbieterin basieren und auch eine Rendite für das investierte Kapital beinhalten. 205 Zudem geht das BAKOM davon aus, dass für eine VDSL-Anbindung die historischen Kosten von Swisscom im Durchschnitt nicht über den regulierten Entgelten liegen. Somit wäre es Swisscom durchaus möglich, auch höhere Bandbreiten zu den Kosten der regulierten TAL anzubieten. 206 A.3.5.2 Szenario Swisscom 175. In ihrer Beispielrechnung ist Swisscom davon ausgegangen, dass die nachfolgenden Leitungslängen in Abhängigkeit zur Bandbreite mit dem regulierten Vorleistungsprodukt TAL hätten erschlossen werden können: Bandbreite 1 Mbit/s 1.2 Mbit/s 1.8 Mbit/s 2 Mbit/s Distanz für TAL [...] [...] [...] [...] Tabelle 27: Von Swisscom angenommene Bandbreiten und Leitungslängen für die Erschliessung der Anschlusszentralen durch die TAL 176. Da zum Zeitpunkt der ersten Erbringung der Dienstleistung durch Sunrise noch nicht alle Anschlusszentralen durch Sunrise entbündelt worden waren, wurde eine monatsgenaue

Berechnung durchgeführt. Diese ergab, dass von den 2'305 Poststandorten aufgrund der angegebenen Distanzen insgesamt 1'517 Poststandorte mit dem Vorleistungsprodukt TAL über die gesamte oder einen Teil der Vertragsdauer hätten bedient werden können. Aus diesen Berechnungen ergeben sich direkte Vorleistungs- und Eigenleistungskosten in Höhe von CHF [16-23 Mio.] (vgl. Anhang 2). Swisscom kommt in ihrer Gegenrechnung auch auf Vorleistungskosten in Höhe von ca. CHF [16-23 Mio.] bei einer angenommenen Anzahl von 1'518 Poststandorten, die mit dem Vorleistungsprodukt TAL erschlossen hätten werden können. Allerdings geht Swisscom in ihrer Berechnung davon aus, dass sämtliche dieser 1'518 Poststandorte von Beginn der Vertragsdauer an hätten erschlossen werden können.

A.3.5.3 Szenario Sunrise 177. Sunrise ging für die Berechnung der Anzahl Poststandorte, die erschlossen hätten werden können, von einer Leitungslänge von [...] m und unter Verwendung mehrerer Anschlussleitung einer maximalen Bandbreite von [...] Mbit/s aus. Hieraus ergaben die Berechnungen, dass Sunrise von den 2'305 Standorten insgesamt [...] Standorte mit dem Vorleistungsprodukt TAL über die gesamte oder einen Teil der Vertragslaufzeit hätte erschliessen können. Aus diesen Berechnungen ergeben sich Vorleistungskosten gegenüber Swisscom in Höhe von CHF [16-23 Mio.] (vgl. Anhang 3).

A.3.5.4 Szenario BAKOM 178. Das BAKOM ging für den Einsatz der TAL als Vorleistungsprodukt von den nachfolgenden Leitungslängen aus: Bandbreitenkombination Leitungslänge

205 Eingabe BAKOM vom 6. September 2013 (act. 92), S. 4. 206 Eingabe BAKOM vom 6. September 2013 (act. 92), S. 6.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 41

1.8 Mbit/s / 1.8 Mbit/s 1'800 m 1.2 Mbit/s / 1.2 Mbit/s 2'500 m 1 Mbit/s / 1 Mbit/s 2'700 m

Tabelle 28: Bandbreite und Leitungslänge für die Erschliessung der Anschlusszentralen durch TAL207 179. Ausgehend von diesen Leitungslängen hätten insgesamt 1'259 Standorte mit der TAL angeschlossen werden können. Aus diesen Berechnungen hätten sich direkte Vor- und Eigenleistungskosten gegenüber Swisscom in Höhe von CHF [16-23 Mio.] ergeben (vgl. Anhang 4). A.3.5.5 Szenario alle Standorte mit BBCS und CES erschlossen 180. In einem weiteren hypothetischen Szenario wurde von rein kommerziellen Produkten von Swisscom ausgegangen. Hierbei wurde eine FDA angenommen, die keine Anschlusszentrale von Swisscom entbündelt hat, so dass diese keinen einzigen Poststandort mit dem regulierten Vorleistungsprodukt TAL hätte erschliessen können. Eine solche FDA hätte gegenüber Swisscom Vorleistungskosten in Höhe von CHF [32-38 Mio.] zu entrichten gehabt (vgl. Anhang 5). A.3.5.6 Fazit 181. Zusammenfassend können die Vorleistungskosten für die einzelnen Szenarien wie folgt dargestellt werden: Szenario reguliert teilweise reguliert nicht reguliert

TAL bis 2 Mbit/s Swisscom Sunrise BAKOM BBCS/CES Kosten in CHF [5-10 Mio.] [16-23 Mio.] [16-23 Mio.] [16-23 Mio.] [32-38 Mio.] %-Anteil regulierte Preise (bis 2 Mbit/s) 100 % 69 % [...] % 57% 0 % Tabelle 29: direkte Vor- und Eigenleistungskosten für die einzelnen Szenarien 182. Auffällig ist hierbei, dass die direkten Vor- und Eigenleistungskosten lediglich in den Szenarien Swisscom, Sunrise und TAL bis 2 Mbit/s unter dem Preis liegen, den Swisscom gegenüber der Post geboten hat.

207 Vgl. Schreiben BAKOM vom 30. August 2012 (act. 72), S. 5. Hierbei wird zu Gunsten von Swisscom der beste anzunehmende Fall angewendet. Es ist grundsätzlich davon auszugehen, dass nicht für alle in Frage kommenden Poststandorte die vom BAKOM als

maximal mögliche angegebene Bandbreite erzielt werden kann.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 42

A.3.6 Weitere bei der FDA anfallende Kosten 183. Neben den Vorleistungskosten, die an Swisscom zu entrichten sind, fallen bei einer FDA weitere Kosten an, welche diese als Eigenleistungen aufzuwenden hat. Als erste, zusätzliche Kostenposition sind die Verwaltungs- und Vertriebsgemeinkosten (nachfolgend: VVGK) zu nennen. Da gemäss Swisscom eine exakte Bezifferung der VVGK nicht möglich ist, stellt sie auf einen von der ComCom verwendeten VVGK-Zuschlag von 6 % ab.<sup>208</sup> Die Anwendung dieses Prozentsatzes auf die Kosten (CHF [16-23 Mio.]) ergibt nach Aussage von Swisscom zusätzliche Kosten im Umfang von ca. CHF 1 Mio.<sup>209</sup> Sunrise gibt als Kostenpositionen unter dem Titel Zusatz- und Gemeinkosten Aufwände für den Kundendienst, die Rechnungsstellung, Forderungsausfälle und restliche Gemeinkosten an.<sup>210</sup> Für den Kundendienst veranschlagt Sunrise für Fixnet Kunden (Telefonie und Internet zusammen) pauschal CHF [30-80] pro Kunde pro Jahr. Für die Rechnungsstellung und die Forderungsausfälle rechnet Sunrise für ihre Vertragskunden allgemein (Fix- und Mobilekunden sind nicht getrennt aufgeführt) CHF [10-20] pro Kunde pro Jahr. CHF [0-10] pro Kunde und Monat verwendet Sunrise unter den restlichen Gemeinkosten für Fixnet Produkte pauschal. Bei einer Anzahl von 2'305 Poststellen ergibt das Zusatz- und Gemeinkosten von CHF [10'000-20'000] pro Monat bzw. CHF [200'000-300'000] pro Jahr. Was zu Zusatz- und Gemeinkosten von insgesamt CHF [800'000-1'200'000] für die Laufzeit des Projekts in ähnlicher Grössenordnung führen würde. 184. Im Hinblick auf die Kosten für den Ausbau einer Anschlusszentrale gibt Sunrise an, dass die Kosten für den Ausbau einer grossen Anschlusszentrale CHF [200'000-350'000] für die ersten [200-300] Kunden und CHF [25'000-45'000] für mehr als [200-300] Kunden betragen. 211 Falls erwartet wird, dass weniger als 250 Kunden die Anschlusszentrale nutzen werden, werden die Erschliessungskosten mit CHF [100'000-200'000] für die erstmalige Erschliessung und mit [150'000-250'000] für die Erweiterung auf über [200-300] Kunden angegeben. Gemäss der von Swisscom eingereichten Anzahl Teilnehmeranschlüsse können [200-300] „kleine Anschlusszentralen“ identifiziert werden, die Sunrise entbündelt hat. Hier beträgt die durchschnittliche Anzahl gemieteter Leitungen [100-200], so dass sich hieraus zusätzliche Kosten pro Leitung in Höhe von ca. CHF [500-1'500] für die Erschliessung ergeben. Zudem wurden [300-400] grosse Anschlusszentralen identifiziert, bei welchen die durchschnittliche Anzahl gemieteter Leitungen [500-800] beträgt. Dies entspricht zusätzlichen Kosten pro entbundelter Leitung in Höhe von ca. CHF [300-600]. Gewichtet man die Entbündelungskosten mit der durchschnittlichen Anzahl gemieteter Leitungen, so betragen die durchschnittlichen Entbündelungskosten CHF [500-1'000]. Bei 1'543 angenommenen entbündelten Anschlussleitungen (TAL) von Swisscom würden somit Zusatzkosten in Höhe von CHF [1'000'000-2'000'000] entstehen. 185. Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass Zusatzkosten (Investition und VVGK) in Höhe von CHF [2'000'000-3'000'000] hinzugerechnet werden müssen. 186. Hieraus ergeben sich für die oben beschriebenen Szenarien die nachfolgenden Kosten: Gesamtkosten je nach Szenario Kosten je Szenario TAL bis 2 Mbit/s Swisscom Sunrise BAKOM SDSL BAKOM VDSL BCS/CES

208 Eingabe Swisscom vom 25. Oktober 2013 (act. 111), S. 23. 209 Eingabe Swisscom vom 25. Oktober 2013 (act. 111), S. 23. 210 Eingabe Sunrise vom 17. Oktober 2013 (act. 108). 211 Eingabe Sunrise vom 17. Oktober 2013 (act. 108).

Vorleistung inkl. spez. Eigenleistung [5-10 Mio.] [16-23 Mio.] [16-23 Mio.] [16-23 Mio.] [16-23 Mio.] [32-38 Mio.] Anzahl TAL 2'196 1'517 [...] 1'259 1'456 0 Kosten TAL (CHF [500- 1'000]) [1'000'000- 2'000'000] [1'000'000- 2'000'000] [500'000- 1'500'000] [1'000'000- 2'000'000] [1'000'000- 2'000'000] 0.■ VVGK (6 %) [400'000- 600'000] [1'000'000- 1'200'000] [1'200'000- 1'400'000] [1'200'000- 1'400'000] [1'200'000- 1'400'000] [2.04-2.16 Mio.] Zusätzliche Eigenleistung [2'000'000- 3'000'000] [2'000'000- 3'000'000] [2'000'000- 3'000'000] [2'000'000- 3'000'000] [2'000'000- 3'000'000] [1.92-2.28 Mio.] Gesamt [8'000'000- 10'000'000] [20'000'000- 21'000'000] [22'000'000- 23'000'000] [24'000'000- 25'000'000] [20'500'000- 21'500'000] [32-38 Mio.] Tabelle 30: Szenarien für die Berechnung der Vorleistungskosten. 187. Aus der obenstehenden Tabelle wird ersichtlich, dass die Vorleistungskosten zusammen mit den internen Kosten einer FDA in den Szenarien Swisscom, Sunrise, BAKOM und BBCS/CES über dem Preis liegt, den Swisscom letztendlich gegenüber der Post geboten hat. A.3.7 Preise der Vorleistungsprodukte in zeitlicher Hinsicht 188. Die grundsätzlichen Preisunterschiede zwischen den regulierten und kommerziellen Vorleistungsprodukten haben sich auch über die Zeit hinweg nicht gross verändert. Die nachfolgende Tabelle zeigt die Entwicklung der einzelnen Vorleistungsprodukte auf:

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	TAL	23.50	18.80	16.60	2012	15.50	2013	15.50	2013	15.50	2013
SDSL	1.2	215-280	215-280	215-280	215-280	n/a	n/a	SDSL	1.8	285-400	285-400	285-400	285-400	285-400	285-400	285-400	285-400
	285-400	n/a	n/a	2/2 (VDSL)	n/a	n/a	n/a	200	150	150	4/4 (VDSL)	n/a	n/a	n/a	350	200	200
	10/10 (VDSL)	n/a	n/a	n/a	480	300	300	30/30 (Glasfaser)	n/a	n/a	n/a	600	400	400	100/100	100/100	100/100
	(Glasfaser)	n/a	n/a	n/a	880	600	600	2/2 CES	490-784	490-784	300-1'000	300-1'000	300-1'000	300-1'000	300-1'000	300-1'000	300-1'000
	300-1'000	220-595	4/4 CES	605-967	605-967	400-1'215	400-1'215	400-1'215	400-1'215	400-1'215	250-700	250-700	250-700	250-700	250-700	250-700	250-700

212 Vgl Medienmitteilung BAKOM vom 08.12.2011, abrufbar unter:

<https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=42583> [30.05.2014].

10/10 CES 775-1'240 775-1'240 600-1'700 600-1'700 600-1'700 450-1'015 30/30 CES 1'127-1'804 1'127-1'804 840-2'080 840-2'080 840-2'080 605-1'360 100/100 CES 1'920-3'071 1'920-3'071 1'160-2'520 1'160-2'520 1'160-2'520 840-1'870 500/500 CES 3'016-4'826 3'016-4'826 1'900-5'040 1'900-5'040 1'900-5'040 1'475-3'605 Tabelle 31: Vergleich der Wholesale-Preise in CHF im Geschäftskundenbereich über die Jahre 189. Die obige Aufstellung zeigt, dass die Preise für die kommerziellen Vorleistungsprodukte immer ein Vielfaches der Preise für die regulierten Vorleistungsprodukte betrug. A.3.8 Gebote im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens 190. Im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens haben [...], Sunrise und Swisscom ein Gebot eingereicht. 213 Das Evaluationsverfahren von Seiten der Post wurde anhand der nachfolgenden Kriterien durchgeführt: 214 Zuschlagskriterien Gewichtung Erfüllung der Anforderungen 55 % Wirtschaftlichkeit (Preis) 40 % Transparenz und Qualität des Angebots 5 % Total: 100 % Tabelle 32: Gewichtung der Evaluationskriterien der Post betreffend Ausschreibung WAN-Anbindung 191. Gemäss Evaluationsbericht hat Sunrise beim ersten Zuschlagskriterium (Erfüllung der Anforderungen) mit einer Punktzahl von [...] gegenüber Swisscom (Punktzahl: 90.89) und [...] (Punktzahl: [...]) in beiden Losen das beste Evaluationsresultat erzielt. 215 192. Beim zweiten Zuschlagskriterium (Preis) hat das Angebot von Swisscom für beide Lose die beste Punktzahl von 100 erreicht. 216 Das Angebot von Sunrise für beide

Lose erreichte lediglich eine Punktzahl von [...], dasjenige von [...] für beide Lose eine Punktzahl von [...]. Dies hängt damit zusammen, dass nach den Verhandlungsrunden Swisscom einen Endverkaufspreis für beide Lose von CHF [16-23 Mio.], Sunrise einen Endverkaufspreis für beide Lose von CHF [...] und [...] einen Endverkaufspreis für beide Lose von CHF [...] anboten.

213 Eingabe der Post vom 1. Dezember 2010 (act. 12), Beilage Feinevaluationsbericht im Vergabeverfahren „WAN Anbindung von Poststandorten“, S. 5. 214 Eingabe der Post vom 1. Dezember 2010 (act. 12), Beilage Feinevaluationsbericht im Vergabeverfahren „WAN Anbindung von Poststandorten“, S. 4. 215 Eingabe der Post vom 1. Dezember 2010 (act. 12), Beilage Feinevaluationsbericht im Vergabeverfahren „WAN Anbindung von Poststandorten“, S. 9. 216 Eingabe der Post vom 1. Dezember 2010 (act. 12), Beilage Feinevaluationsbericht im Vergabeverfahren „WAN Anbindung von Poststandorten“, S. 11.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 45

193. Beim dritten Zuschlagskriterium (Qualität und Transparenz des Angebots) hat [...] mit einer Punktzahl von [...] in beiden Losen gegenüber Sunrise (Punktzahl: [...]) und Swisscom (Punktzahl: 33) das beste Evaluationsresultat erzielt. 217 194. Insgesamt erreichte das Angebot von Swisscom für beide Lose eine Punktzahl von 91.64 (Anforderungen: 49.98; Preis: 40; Transparenz: 1.66), das Angebot von Sunrise für beide Lose eine Punktzahl von [...] (Anforderungen: [...]; Preis [...]; Transparenz: [...]) und das Angebot von [...] eine Punktzahl von [...] (Anforderungen: [...]; Preis: [...]; Transparenz: [...]). 218 195. Entsprechend dem Evaluationsergebnis wurde in der Folge der Zuschlag an Swisscom erteilt. A.3.8.1 Angebot von [...] 196. [...] legte im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens gegenüber der Post am [...] ein Angebot mit den nachfolgenden Preisen vor: 219 Posten Preis: Los 1 CHF [5'000'000- 10'000'000] Los 2 CHF [25'000'000- 30'000'000] ./ Volumenrabatt CHF [0-1'000'000] ./ Redundanzkosten CHF [0-100'000] Gesamttotal beide Lose CHF [30'000'000- 40'000'000] Tabelle 33: Angebot von [...] vor Verhandlungsrunde 197. Im Rahmen der Preisverhandlungen hat [...] aufgrund einer differenzierteren Betrachtung der Standorte und den sich daraus ergebenden Änderungen im Hinblick auf die direkte Anbindung an das [...] bzw. die Anbindung über Drittanbieter die Preise nochmals wie folgt angepasst: Posten Preis: Los 1 CHF [5'000'000- 10'000'000] Los 2 CHF [25'000'000- 30'000'000]

217 Eingabe der Post vom 1. Dezember 2010 (act. 12), Beilage Feinevaluationsbericht im Vergabeverfahren „WAN Anbindung von Poststandorten“, S. 11. 218 Eingabe der Post vom 1. Dezember 2010 (act. 12), Beilage Feinevaluationsbericht im Vergabeverfahren „WAN Anbindung von Poststandorten“, S. 12. 219 Eingabe der Post vom 1. Dezember 2010 (act. 12), Beilage Feinevaluationsbericht im Vergabeverfahren „WAN Anbindung von Poststandorten“, S. 10.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 46

./ Volumenrabatt CHF [0-1'000'000] ./ Redundanzkosten CHF [0-100'000] Gesamttotal beide Lose CHF [30'000'000- 40'000'000] Tabelle 34: Angebot von [...] nach Verhandlungsrunde A.3.8.2 Angebot von Sunrise 198. Sunrise legte im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens gegenüber der Post am [...] ein Angebot mit den nachfolgenden Preisen vor: 220 Posten Preis: Los 1 CHF [5'000'000- 10'000'000] Los 2 CHF [20'000'000- 30'000'000] ./ Volumenrabatt CHF [1'000'000- 2'000'000] ./

Redundanzkosten CHF [0-100'000] Gesamttotal beide Lose CHF [30'000'000-40'000'000] Tabelle 35: Angebot von Sunrise vor Verhandlungsrunde 199. Gegenüber dem ursprünglichen Angebot [...]. Zudem [...]. Dies führte von Seiten Sunrise zu dem nachfolgenden Angebot: Posten Preis: Los 1 CHF [5'000'000- 10'000'000] Los 2 CHF [20'000'000- 30'000'000] ./ Volumenrabatt CHF [1'000'000- 2'000'000] ./ Redundanzkosten CHF [0-100'000] Gesamttotal beide Lose CHF [20'000'000-30'000'000] Tabelle 36: Angebot von Sunrise nach Verhandlungsrunde

220 Eingabe der Post vom 1. Dezember 2010 (act. 12), Beilage Feinevaluationsbericht im Vergabeverfahren „WAN Anbindung von Poststandorten“, S. 10.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 47

A.3.8.3 Angebot von Swisscom 200. Swisscom legte im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens gegenüber der Post am 25. August 2008 ein Angebot mit den nachfolgenden Preisen vor: 221 Posten Preis: Los 1 CHF [...] Los 2 CHF [...] ./ Volumenrabatt CHF [...] ./ Redundanzkosten CHF [...] Gesamttotal beide Lose CHF [...] Tabelle 37: Angebot von Swisscom vor Verhandlungsrunde 201. Im Rahmen der Nachverhandlungen mit der Post führte Swisscom aus, dass die vorliegende Ausschreibung vor einer wohl zwischen der Post und Swisscom bestehenden Bonusvereinbarung erfolgte. Im Hinblick auf diese Bonusvereinbarung habe Swisscom alle Preise nochmals gesenkt und die Volumenrabatte erhöht, was zum nachfolgenden Angebot führte: Posten Preis: Los 1 CHF [...] Los 2 CHF [...] ./ Volumenrabatt CHF [...] ./ Redundanzkosten CHF [...] Gesamttotal beide Lose CHF [20-22 Mio.] Tabelle 38: Angebot von Swisscom nach Verhandlungsrunde A.3.9 Kostenschätzung Swisscom für das Angebot gegenüber der Post 202. In ihren Eingaben machte Swisscom geltend, dass intern zu einzelnen Projekten regelmäßig keine Projektabrechnungen gemacht werden. 222 Swisscom führte aus, dass deshalb auch im vorliegenden Fall keine Projektabrechnung vorliege. 223 Aus diesem Grund sei es Swisscom nicht möglich, die dem Angebot zugrundeliegenden effektiven direkten und indirekten Kosten zuzuordnen. 203. Seit dem 1. August 2007 sei die interne Konzernstruktur von Swisscom reorganisiert worden, was zu einer geänderten Finanzberichterstattung geführt habe. 224 Swisscom sei neu in die Geschäftsbereiche „Privatkunden“, „Kleine und Mittlere Unternehmen“, „Grossunter-

nehmen“ und „Netz & IT“ gegliedert worden. Die Finanzberichterstattung sei ebenfalls an die neue Organisation angepasst worden und die Geschäftsbereiche von Swisscom würden in der Segmentberichterstattung als einzelne Segmente dargestellt. Daher würden für die finanzielle Führung der Kundensegmente keine Kosten für die Nutzung des Mobilfunk- und Festnetzes verrechnet. 204. Aufgrund dieser Ausführungen muss daher davon ausgegangen werden, dass Swisscom intern über kein Controlling verfügt, welches erlaubt, die innerhalb von Swisscom anfallenden Kosten auf die einzelnen Projekte umzulegen. Daher wird zur näherungsweisen Ermittlung der internen Kosten von Swisscom im Projekt WAN-Anbindung auf die Segmentberichterstattung des Jahresberichts abgestellt, wobei davon ausgegangen wird, dass der Bereich „Netz & IT“ als Cost Center geführt wird. 225

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 48

nehmen“ und „Netz & IT“ gegliedert worden. Die Finanzberichterstattung sei ebenfalls an die neue Organisation angepasst worden und die Geschäftsbereiche von Swisscom würden in der Segmentberichterstattung als einzelne Segmente dargestellt. Daher würden für die finanzielle Führung der Kundensegmente keine Kosten für die Nutzung des Mobilfunk- und Festnetzes verrechnet. 204. Aufgrund dieser Ausführungen muss daher davon ausgegangen werden, dass Swisscom intern über kein Controlling verfügt, welches erlaubt, die innerhalb von Swisscom anfallenden Kosten auf die einzelnen Projekte umzulegen. Daher wird zur näherungsweisen Ermittlung der internen Kosten von Swisscom im Projekt WAN-Anbindung auf die Segmentberichterstattung des Jahresberichts abgestellt, wobei davon ausgegangen wird, dass der Bereich „Netz & IT“ als Cost Center geführt wird. 225

205. Zur Ermittlung der durchschnittlichen in den einzelnen Geschäftsbereichen von Swisscom erzielten Margen wird aus der Erfolgsrechnung bei den drei Geschäftsbereichen „Privatkunden“, „Kleine und Mittlere Unternehmen“ und „Grosskunden“ vom jeweiligen Segmentergebnis ausgegangen. Auf die einzelnen Segmente werden dann jeweils die Kosten des Cost Center „Netz & IT“ sowie der dem Umsatz entsprechende Anteil am Finanzaufwand und Ertragssteueraufwand gemäss dem in dem jeweiligen Segment erzielten Umsatz umgelegt. 206. Die Umlage nach dem Umsatz ist diejenige Variante, die für Swisscom am günstigsten ist. Eigentlich müssten die Kosten für das Kupferkabelnetzwerk pro einzelner Leitung berechnet und entsprechend umgelegt werden. Da im Privatkundenbereich die grösste Anzahl Kupferkabelleitungen nachgefragt wird und die gegenüber dem Endkunden verrechneten Kosten i.d.R. weniger als CHF 100.– betragen, die Kosten für ein Wholesale-Angebot allerdings erst bei Kosten von CHF 215.– beginnen, werden aufgrund der umsatzbasierten Umlage tendenziell mehr Kosten auf den Bereich GBU umgelegt, als effektiv entstehen. Zudem sind im Bereich Netz und IT auch die Kosten für das Mobilfunknetzwerk von Swisscom und gegebenenfalls Kosten für den Aufbau einer Glasfaserinfrastruktur enthalten. Es ist davon auszugehen, dass diese einen höheren Anteil ausmachen als die Unterhaltskosten für das abgeschriebene Kupferkabelnetzwerk, so dass auch aus diesem Grund davon auszugehen ist, dass mehr Kosten umgelegt werden als effektiv entstehen. Dies hat zur Folge, dass die so errechnete Marge im Bereich GBU wohl bedeutend tiefer ist, als sie tatsächlich wäre und somit zu Gunsten von Swisscom ausfällt.

225 Vgl. Eingabe Swisscom vom 23. September 2010 (act. 10), S. 12.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 49

Geschäftsbericht 2011 PK KMU GBU WH Netz&IT El.226 Total Nettoumsatz mit externen Kunden 4'906 1'127 1'754 609 - - 8'369 Nettoumsatz mit anderen Segmenten 241 48 111 388 - - 723 65 Nettoumsatz 5'147 1'175 1'865 997 - - 723 8'461 Segmentergebnis 2'863 869 915 380 -2'242 1 2'786

Kosten Netz&IT -2'242 Umlage Kosten Netz&IT -1'310.06 -300.94 -468.37 -162.62

Finanzaufwand -227.71 Umlage Finanzaufwand -133.06 -30.57 -47.57 -16.52

Ertragssteuer -110.56 Umlage Ertragssteuer -64.60 -14.84 -23.40 -8.02

Konsolidiertes Ergebnis 1'355.28 522.65 375.96 192.84

Margen Sparte 27.62 % 46.38 % 21.43 % 31.67 % Tabelle 39: Berechnung Marge pro Sparte 2011

Geschäftsbericht 2010 PK KMU GBU WH Netz&IT El. Total Nettoumsatz mit externen Kunden 4'897 1'123 1'732 748 - - 8'500 Nettoumsatz mit anderen Segmenten 293 52 126 505 - -910 66 Nettoumsatz 5'190 1'175 1'858 1'253 - -910 8'566 Segmentergebnis 2'906 864 935 439 -2'372 1 2'773

Kosten Netz&IT -2'372 Umlage Kosten Netz&IT -1'366 -313.38 -483.33 -208.74

Finanzaufwand -258.80 Umlage Finanzaufwand -149.10 -34.19 -52.73 -22.77

Ertragssteuer -355.94

226 Mit El. wird im Geschäftsbericht von Swisscom der Posten Elimination abgekürzt.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 50

Umlage Ertragssteuer -205.06 -47.03 -72.53 -31.32

Konsolidiertes Ergebnis 1'185.29 469.40 326.41 176.17

Margen Sparte 24.20 % 41.80 % 18.85 % 23.55 % Tabelle 40: Berechnung Marge pro Sparte 2010

Geschäftsbericht 2009 PK KMU GBU WH Netz&IT El. Total Nettoumsatz mit externen Kunden 4'725 1'090 1'686 877 - - 8'378 Nettoumsatz mit anderen Segmenten 292 55 146 568 - -986 75 Nettoumsatz 5'017 1'145 1'832 1'445 - -986 8'453 Segmentergebnis 2'832 832 907 471 -2'321 1 2'713

Kosten Netz&IT -2'321 Umlage Kosten Netz&IT -1'308.99 -301.97 -467.08 -242.96

Finanzaufwand -243.64 Umlage Finanzaufwand -137.41 -31.70 -49.03 -25.50

Ertragssteuer -321.13 Umlage Ertragssteuer -181.11 -41.78 -64.62 -33.62

Konsolidiertes Ergebnis 1'195.49 456.55 326.26 168.92

Margen Sparte 25.30 % 41.89 % 19.35 % 19.26 % Tabelle 41: Berechnung Marge pro Sparte 2009 207. Für den Geschäftsbereich GBU ergibt sich daher gemäss Geschäftsbericht aus den Jahren 2009 bis 2011 eine durchschnittliche Marge in Höhe von 19.88 %.

2009 2010 2011 ■ Durchschnittliche Marge GBU 19.35 % 18.85 % 21.43 % 19.88 %  
Tabelle 42: Durchschnittliche Marge Grossunternehmen 208. Ausgehend von dieser durchschnittlichen Gewinnmarge würden daher für Swisscom bei einer Rückrechnung im Projekt WAN-Anbindung der Post ein errechneter durchschnittlicher Reingewinn in Höhe von CHF [3-5 Mio.] (19.88 % von CHF [16-23 Mio.]) und errechnete interne Kosten in Höhe von CHF [10-20 Mio.] anfallen.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 51

209. Swisscom geht von einer Gewinnmarge von durchschnittlich [...] % aus.227 Hieraus würde sich ein errechneter durchschnittlicher Reingewinn in Höhe von CHF [...] ([...] % von CHF [16-23 Mio.]) und errechnete interne Kosten in Höhe von CHF [10-20 Mio.] anfallen. A.4 Ermittlungsergebnis 210. Die Sachverhaltsabklärung hat aufgezeigt, dass bis zu einer Bandbreite von 2 Mbit/s die Vorleistungsprodukte TAL, BBCS und CES für die Bereitstellung von Breitbandanbindungen, wie sie die Post nachgefragt hat und wie sie im Markt üblicherweise nachgefragt werden, austauschbar sind. Damit eine FDA auf die TAL zurückgreifen kann, muss sie allerdings die entsprechende Anschlusszentrale entbündelt haben. 211. Der Preis für die regulierte TAL liegt mit monatlich wiederkehrenden Kosten von CHF [18-20] und Einmalkosten von CHF [260-290] deutlich unter denjenigen Kosten der kommerziellen Vorleistungsprodukte, die monatlich wiederkehrende Kosten zwischen CHF 215.■ und 784.■ sowie Fixkosten zwischen CHF 649.■ und CHF 5'660.■ aufweisen (vgl. Rz 155). Gemäss Aussagen des BAKOM erreichen die internen Kosten von Swisscom im Durchschnitt für die Leistungserbringung maximal die Kosten für die regulierte TAL.228 212. Aufgrund des oben Aufgeführten, entsprechen die internen Kosten von Swisscom für die Bereitstellung der Dienste gegenüber der Post maximal den Kosten für eine FDA, welche sämtliche Anschlusszentralen entbündelt hat und betragen damit maximal dem Szenario „reguliert“, also CHF [8'000'000-10'000'000] (vgl. Rz 186). Der von Swisscom gegenüber der Post angebotene Preis vom CHF [20-22 Mio.] liegt daher

deutlich über den internen Kosten von Swisscom. Auch die von Swisscom errechneten Vor- und Eigenleistungskosten, die Sunrise gemäss ihrer Beispielsrechnung hätte entrichten müssen, liegen mit ca. CHF [16-23 Mio.] noch deutlich über den internen Kosten von Swisscom. A.5 Stellungnahme BAKOM zu den Kostenberechnungen und Würdigung durch die WEKO 213. Per Amtshilfe hat die WEKO das BAKOM gebeten, zu den vom Sekretariat angestellten Berechnungen Stellung zu nehmen, wobei dem BAKOM lediglich das Berechnungsmodell sowie die Erläuterungen zum Berechnungsmodell zugestellt wurden. A.5.1 Zur Vorgehensweise der WEKO im Allgemeinen 214. Das BAKOM erachtet die Vorgehensweise des Sekretariats bei der Auswahl der Vorleistungsprodukte als vertretbar.<sup>229</sup> Zudem merkt das BAKOM an, dass das Berechnungsmodell auf einer rückblickenden Betrachtung angestellt wurde<sup>230</sup>, so dass die zum Zeitpunkt der Ausschreibung bestehenden Unsicherheiten betreffend den Umfang des zukünftigen Netzausbaus sowie die Netzausbaukosten (Erschliessung von Swisscom Anschlusszentralen) seitens Sunrise in dem dem BAKOM unterbreiteten Berechnungsmodell keine Berücksichtigung gefunden hätten. Insbesondere das Abstellen auf die Angaben der beiden Unternehmen Swisscom und Sunrise zur Erschliessung der einzelnen Poststandorte, erlaube allfällige einzelfallspezifische Besonderheiten zu berücksichtigen und allfällige Informationsasymmetrien auszugleichen. Zudem könne auf diese Weise die unterschiedliche Auffassung über die technologische Performance abgebildet werden.

227 Eingabe Swisscom vom 14. März 2014 (act. 127), S. 4. 228 Eingabe BAKOM vom 6. September 2013 (act. 92), S. 4. 229 Eingabe BAKOM vom 10. Juli 2015 (act. 158), S. 4 f. 230 Eingabe BAKOM vom 10. Juli 2015 (act. 158), S. 6 f.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 52

215. Das BAKOM schlägt zudem eine alternative Vorgehensweise vor, welche losgelöst von den Angaben von Swisscom und Sunrise hätte angewendet werden können, indem deren Angaben zur Erschliessungsart ignoriert worden wären und einzig aufgrund der geforderten Bandbreiten und der Leitungslängen der theoretisch optimale Leistungsmix errechnet worden wäre.<sup>231</sup> Das BAKOM wendet aber selbst ein, dass eine solche Betrachtung allfällige einzelfallspezifische Besonderheiten und firmeninternes Wissen nicht berücksichtigen würde. 216. Für die Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts ist auf den Einzelfall abzustellen, weshalb die WEKO an der Berechnungsmethode des Sekretariats, welche die einzelfallspezifischen Besonderheiten berücksichtigt, festhält. Hierbei geht es insbesondere auch um den im Berechnungsmodell vorgesehenen CES-Abgleich. Dieser wurde vom Sekretariat in das Berechnungsmodell eingeführt, da in ihrer Beispielrechnung angab, dass für einige Poststandorte das teurere Vorleistungsprodukt CES anstatt BBCS eingesetzt werden müsste, während Sunrise in ihrer Berechnung davon ausging, dass das günstigere Vorleistungsprodukt BBCS hätte eingesetzt werden können. Es ist allerdings davon auszugehen, dass die Angaben von Swisscom eher den tatsächlichen Gegebenheiten entspricht und daher auf diese Angaben abzustellen ist. A.5.2 Zu den berücksichtigten Kostenkomponenten 217. Das BAKOM merkt weiter an, dass neben den reinen Vorleistungskosten, welche Sunrise an Swisscom hätte entrichten müssen, weitere Kostenkomponenten in das Berechnungsmodell eingeflossen sind.<sup>232</sup> Das BAKOM scheint aber implizit davon auszugehen, dass nicht sämtliche Kosten, welche Sunrise entstehen würden, wenn sie die von der Post geforderten Leistungen erbringen möchte, im Kostenmodell enthalten sind, da es auf der einen Seite angibt, nicht abschliessend beurteilen zu können ob das Modell auf die Herleitung dieser Kosten abzielt.<sup>233</sup> Auf der

anderen Seite führt das BAKOM eine Beispielrechnung betreffend die Kosten für die Erbringung der Dienstleistung CES an und schliesst daraus, dass der Unterschied in den Kosten für TAL und CES ein Anhaltspunkt darstellen dürfte, welche Eigenleistungen Sunrise zu erbringen hätte, wenn sie TAL von Swisscom bezieht.<sup>234</sup> Der Vollständigkeit halber merkt das BAKOM allerdings an, dass die Kosteninformationen aus dem Kostenmodell von Swisscom stammen, welche bisher nicht behördlich überprüft wurden. Zudem wurden im Modell von Swisscom Vollkosten gemäss FMG und nicht Grenzkosten berechnet. <sup>218</sup> Swisscom macht geltend, dass das von ihr eingereichte Kostenmodell die vollständigen Kosten abbildet, welche Sunrise entstanden wären, wenn sie den Zuschlag für die Anbindung der Poststandorte erhalten hätte und schliesst daraus, dass Sunrise ein kostendeckendes Angebot hätte unterbreiten können.<sup>235</sup> Allerdings sind in diesem Modell die VVGK, sowie die Kosten für den Ausbau einer Anschlusszentrale von Swisscom nicht enthalten (vgl. hierzu die Ausführungen in Kapitel A.3.6). Sunrise hat die Höhe der von Swisscom angegebenen Kosten in etwa bestätigt,<sup>236</sup> weshalb im Rahmen der vorliegenden Untersuchung bei der Verwendung der TAL nicht von höheren Zusatzkosten auszugehen ist, wie dies das

231 Eingabe BAKOM vom 10. Juli 2015 (act. 158), S. 5. 232 Eingabe BAKOM vom 10. Juli 2015 (act. 158), S. 5 f. (insb. Kap. 2.2.1.1) 233 Eingabe BAKOM vom 10. Juli 2015 (act. 158), S. 6. 234 Eingabe BAKOM vom 10. Juli 2015 (act. 158), S. 11 (insb. Kap. 3.2.4). 235 Eingabe Swisscom vom 28. August 2009 (act. 14), Rz. 8. 236 Eingabe Sunrise vom 17. Oktober 2013 (act. 108), insb. S. 5 f.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 53

BAKOM mit Blick auf die ihr von Swisscom im Rahmen Regulierung von CES bereitgestellten Kosten, vermutet.<sup>237</sup> <sup>219</sup> Vor dem Hintergrund dieser substantiellen Kostenunterschiede (das BAKOM geht beispielsweise in seiner Betrachtung basierend auf den behaupteten kostenorientierten Preisen zu CES von Backbone-Kosten in Höhe von CHF [80-130] und CHF [80-130] aus, während Swisscom in ihrer Beispielrechnung von Backbone-Kosten in Höhe von CHF [1-5] ausgeht) ist die Aussage des BAKOM, dass ein direkter Vergleich der beiden Szenarien „reguliert“ und „nicht reguliert“ unter Umständen als problematisch angesehen werden kann, zu relativieren. Da auch Sunrise die von Swisscom angegebenen Kosten in etwa bestätigt hat, <sup>238</sup> ist wie vom Sekretariat untersucht auf die Kostenangaben von Swisscom abzustellen. A.5.3 Zum Szenario BAKOM 220. Betreffend die Szenarien zur Erschliessung der Poststellen hat das BAKOM neu auch die asymmetrische VDSL bzw. VDSL 2 Technologie als Alternative herangezogen und ein weiteres Szenario mit den nachfolgenden Leitungslängen berechnet: <sup>221</sup> Bandbreitenkombination Leitungslänge 4 Mbit/s 800 m 3.6 Mbit/s 800 m 2 Mbit/s 1'800 m 1.8 Mbit/s 3'500 m 1.2 Mbit/s 3'500 m 1 Mbit/s 3'500 m Tabelle 43: Bandbreite und Leitungslänge für die Erschliessung der Anschlusszentralen durch TAL<sup>239</sup> <sup>222</sup>. Basierend hierauf hat das BAKOM anhand des Modells Kosten in Höhe von CHF [16- 23 Mio.] (ohne CES-Abgleich) errechnet. Diese Kosten liegen etwas höher als die für das Szenario Swisscom errechneten Kosten in Höhe von CHF [16-23 Mio.]. A.5.4 Zu den weiteren Anmerkungen des BAKOM <sup>223</sup>. Das BAKOM führt in seiner Eingabe weiter die Kostenänderungen betreffend CES seit dem Zugangsverfahren 2012 an.<sup>240</sup> Mit der Unterstellung von CES unter das Regulierungsregime hat Swisscom die Preise für CES substantiell gesenkt.<sup>241</sup> So sind nach Angaben des BAKOM die Kosten für CES zwischen 2010 und 2012 im Durchschnitt um 40% bis 53% gesunken, ohne dass sich an der

zugrundeliegenden Netzwerktechnik etwas geändert

237 Eingabe BAKOM vom 10. Juli 2015 (act. 158), S. 11 (insb. Kap. 3.2.4). 238 Eingabe Sunrise vom 17. Oktober 2013 (act. 108), insb. S. 5 f. 239 Vgl. Schreiben BAKOM vom 30. August 2012 (act. 72), S. 5. Hierbei wird zu Gunsten von Swisscom der beste anzunehmende Fall angewendet. Es ist grundsätzlich davon auszugehen, dass nicht für alle in Frage kommenden Poststandorte die vom BAKOM als maximal mögliche angegebene Bandbreite erzielt werden kann. 240 Eingabe BAKOM vom 10. Juli 2015 (act. 158), S. 9 f. 241 Eingabe BAKOM vom 10. Juli 2015 (act. 158), S. 10 f.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 54

hätte.<sup>242</sup> Das BAKOM merkt in diesem Zusammenhang an, dass die Veränderung der CES- Preise beim Übergang von kommerziellen zu kostenorientierten Preisen interessante Hinweise zur Höhe der kommerziellen CES-Preise bis 2011 sowie zur Einordnung der beiden Szenarien „reguliert“ und „nicht reguliert“, haben könne. <sup>244</sup> Die Preissenkungen im Bereich CES sind nicht direkt Gegenstand des vorliegenden Verfahrens, weshalb hierauf nachfolgend nicht weiter eingegangen wird. A.6 Stellungnahmen von Swisscom betreffend die Ermittlungsergebnisse und Würdigung durch die WEKO A.6.1 Stellungnahmen von Swisscom zur Vorabklärung <sup>225</sup>. Swisscom macht in ihrer Stellungnahme geltend, dass sowohl die Marktbeobachtung als auch die Vorabklärung ein intransparentes Geheimverfahren der Wettbewerbsbehörden darstellen würden.<sup>243</sup> Swisscom habe dabei keine Möglichkeit gehabt korrigierend auf die behördlichen Abklärungen und die Sachverhaltsermittlung einzuwirken. <sup>226</sup>. Im Rahmen der dem Verfahren vorangegangenen Marktbeobachtung wurde Swisscom mehrfach die Möglichkeit gegeben zu den von Sunrise in ihrer Anzeige vorgebrachten Vorwürfe Stellung zu nehmen. Swisscom war daher über den Umfang und den Inhalt der Anzeige sowie die Abklärungen des Sekretariats der WEKO vollständig im Bilde. Gemäss Art. 26 Abs. 1 KG kann das Sekretariat Vorabklärungen von Amtes wegen, auf Begehren von Beteiligten oder auf Anzeige von Dritten hin durchführen. Im Verfahren der Vorabklärung besteht kein Recht auf Akteneinsicht (Art. 26 Abs. 3 KG). Das Vorabklärungsverfahren wurde in Einklang mit den kartellgesetzlichen Bestimmungen durchgeführt und mündete in eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG, in welcher Swisscom die vollen Parteirechte zustanden. Sowohl die Vorabklärung als auch die Marktbeobachtung wurden im Einklang mit den gesetzlichen Bestimmungen durchgeführt, weshalb der Vorwurf eines „intransparenten Geheimverfahrens“ zurückzuweisen ist. <sup>227</sup>. Swisscom macht zudem geltend, der Schlussbericht der Vorabklärung hätte keine Anhaltspunkte für die Erzwingung unangemessener Preise gegenüber der Post aufgezeigt.<sup>244</sup> <sup>228</sup>. Die Wettbewerbsbehörden sind bezüglich der Abklärungen, die im Rahmen einer Vorabklärung vorgenommen werden, nicht verpflichtet den Sachverhalt vollumfänglich abzuklären. Für Beweise im Rahmen einer Vorabklärung gilt ein tieferes Beweismass als bei einer Untersuchung.<sup>245</sup> Nur wenn die Vorabklärung zu Anhaltspunkten für eine Kartellrechtsverletzung führt, wird eine Untersuchung eröffnet. Dass sich der Gegenstand der Untersuchung im Laufe der Ermittlungen ausdehnen kann, ist in der Natur der Sache begründet. Swisscom kann hieraus nichts zu ihren Gunsten ableiten. <sup>229</sup>. Swisscom macht geltend, dass die Marktbeobachtung und insbesondere die Vorabklärung, in deren Rahmen die ersten Berechnungen stattfanden, tatsachen- und aktenwidrig auf falsche Standortlisten abstellen würden.<sup>246</sup> <sup>230</sup>. Hierzu ist festzuhalten, dass die Standortlisten seitens der Post während des Vergabeverfahrens angepasst wurden. Die für die Berechnungen herangezogenen Standortlisten

242 Eingabe BAKOM vom 10. Juli 2015 (act. 158), S. 9. 243 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 3. 244 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 5. 245 Basler Kommentar, Kartellgesetz 26, N 91f. 246 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146) Rz 32.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 55

entsprechen den letzten von der Post im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens angewendeten Standortlisten. Swisscom kann daher aus den im Rahmen der Vorabklärung verwendeten Standortlisten nichts zu ihren Gunsten ableiten. A.6.2 Stellungnahmen von Swisscom zum Bieterverhalten 231. Swisscom macht in ihrer Stellungnahme geltend, dass im Antrag die erste Stufe der Präqualifikation und die darin geforderten Eignungskriterien nicht behandelt worden seien. Bei der Ausschreibung der Post habe es sich um ein selektives Verfahren gehandelt, welches in zwei Stufen durchgeführt worden sei.<sup>247</sup> Da diese erste Stufe in der Sachverhaltsermittlung fehle, ergebe sich ein Mangel, der zu falschen Schlussfolgerungen führe. Als weiteren Mangel beschreibt Swisscom sodann eine falsche Standortliste<sup>248</sup> sowie die Tatsache, dass eine Szenario-Berechnung durchgeführt wurde, welche eine Fernmeldedienstanbieterin beinhaltet, die nicht über eigene Infrastrukturen verfügen würde.<sup>249</sup> 232. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung wurde die Preissetzungspolitik von Swisscom im Rahmen der Ausschreibung der Post betrachtet. Für die Beurteilung des Verhaltens von Swisscom in diesem Bereich ist die von der Post durchgeführte Präqualifikation nicht sachverhaltsrelevant, weshalb nicht näher hierauf eingegangen wurde. Im Rahmen der Vorabklärung hat das Sekretariat noch auf die ursprüngliche Standortliste abgestellt, was aber für die Beurteilung der Preispolitik von Swisscom keinen Einfluss hat, da sich die Preise der einzelnen Vorleistungsprodukte nicht aufgrund der Standortliste verändert haben. Die Berechnung der verschiedenen Szenarien dient der Sachverhaltsabklärung betreffend die Wirkungsweise der von Swisscom gelebten Preispolitik und zeigt, wie nachfolgend dargelegt, die kartellrechtlichen Probleme dieser Preispolitik anhand der Vergabe der WAN-Anbindung der Poststellen auf. Für diese Zwecke wurde auch ein Szenario berechnet, welches eine Fernmeldedienstanbieterin beinhaltet, die nicht über eigene Infrastrukturen verfügt. Swisscom hat auch keine Gründe vorgebracht, welches die falschen Schlussfolgerungen sein sollten, die aus der Tatsache entstehen sollten, dass die Präqualifikation für die relevante Sachverhaltsermittlung nicht berücksichtigt wurde. 233. Swisscom macht geltend, dass es von Anfang an vorgesehen gewesen sei, dass die Post über die eingereichten Offerten insbesondere auch bezüglich des Preises Verhandlungen führen würde und spätere, erhebliche Nachlässe schliesslich den eigentlichen Endpreis bestimmen würden. Dabei habe Swisscom die Offertpreise der übrigen Mitbieter nicht gekannt und sei, um den Zuschlag zu erhalten, zu einem preislichen Entgegenkommen gezwungen gewesen. Swisscom hebt hervor, dass alle diese Anpassungen die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Markt berücksichtigt hätten und folglich marktkonform gewesen seien.<sup>250</sup> 234. Zwar ist anzunehmen, dass Swisscom die genauen Offertpreise der übrigen Mitbieter nicht im Detail gekannt habe, dennoch hat Swisscom zumindest die ungefähre Grössenordnung der Preise derjenigen Wettbewerber gekannt, die bei ihr Vorleistungsprodukte nachfragt haben. Dies ergibt sich nicht zuletzt aus den Protokollaussagen von Swisscom, wonach Swisscom nicht unter die Preise gehe, die sich aus den Berechnungsregeln aus der Compliance Richtlinie ergebe.<sup>251</sup>

247 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146) Rz 9-15. 248 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146) Rz 32. 249 Stellungnahme Swisscom vom 17.

April 2015 (act. 146) Rz 35 ff. 250 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146) Rz 16 ff. 251 Protokoll der Anhörung vom 1. Juni 2015 (act. 157), S. 4 f.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 56

235. Hierzu muss erläutert werden, dass die Preise für sämtliche Vorleistungsprodukte von Swisscom standardisiert und in entsprechenden Price Manuals festgelegt sind. Damit wird im Vorleistungsbereich mit den einzelnen FDA aufgrund der Diskriminierungsproblematik nicht über die Vorleistungspreise der einzelnen Anschlüsse sondern lediglich über den Vorleistungsmix verhandelt, aus welchem sich letztendlich der für alternative FDA zu entrichtende Preis berechnet. Ähnliche Berechnungen nutzt wohl die Compliance von Swisscom, um dafür zu sorgen, dass die von Swisscom gegenüber Endkunden gebotenen Preise nicht zu tief sind, so dass gegebenenfalls eine unzulässige Unterbietung von Preisen stattfindet. Damit kennt Swisscom im Rahmen des Bieterwettbewerbs die Preise der Wettbewerber recht gut. A.6.3 Stellungnahmen von Swisscom zu den Vorleistungspreisen

236. Swisscom macht geltend, dass die Preise gemäss dem Handbuch Preise 2008 (vgl. Rz 109), welche die Basis für die Endkundenangebote für die nächsten vier Jahre bilden, während der letzten Jahre stetig sanken.<sup>252</sup> Dieser Preiszerfall sei für die Berechnung der Vorleistungskosten von Sunrise im Antrag jedoch nicht berücksichtigt worden. <sup>237.</sup> Es ist zwar korrekt, dass der Preis für die regulierte TAL in den Jahren 2008 bis 2013 stetig gesunken ist.<sup>253</sup> Dennoch haben sich die Preise für die Produkte BBCS und CES so gut wie nicht verändert (vgl. Tabelle 31). Zudem waren die Preissenkungen für die FDA zum Zeitpunkt der Ausschreibung noch nicht vorhersehbar. Vielmehr wurde in den Berechnungen des Sekretariats die ab 2009 geltenden Kosten für die TAL in Höhe von CHF 18.80 und nicht die zum Zeitpunkt der Offerteingabe geltenden Kosten für die TAL in Höhe von CHF 23.50 verwendet und damit die voraussehbare Kostensenkung für die regulierten Vorleistungsprodukte bereits mitberücksichtigt.<sup>254</sup> Ebenso war zum Zeitpunkt der Ausschreibung noch nicht klar, ob und wenn ja, welche alternativen Vorleistungsprodukte (BBCS-F, ALO)<sup>255</sup> Swisscom im Markt lancieren würde. Daher wäre die Berücksichtigung möglicher Preisreduktionen bei den Vorleistungskosten ein für die FDA nicht kalkulierbares Risiko gewesen. Solche Preis-senkungen sind daher nicht zu berücksichtigen. <sup>238.</sup> Swisscom bekräftigte im Rahmen der Anhörung, dass der TAL-Preis, wo immer er angewendet werde, ein regulierter und politischer Preis sei, wobei alles vorgegeben sei. Insbesondere dass die TAL bereitzustellen sei und wie die Preise zu machen seien. Zum TAL-Preis könne nicht pauschal gesagt werden, ob er überall kostendeckend sei. Wenn die hypothetischen, aus dem Modell berechneten Preise angeschaut würden, dann wäre es ein Verlustgeschäft. Dabei sei anzufügen, dass das gesamte Festnetzgeschäft ein Verlustgeschäft sei.<sup>256</sup> <sup>239.</sup> Hierzu kann auf die Ausführungen des BAKOM zur TAL verwiesen werden. Gemäss BAKOM wird die TAL gemäss einem LRIC-Modell auf Basis der Wiederbeschaffungswerte berechnet.<sup>257</sup> Das bedeutet, die Kosten für die TAL werden auf einer Basis berechnet, die den Kosten entspricht, die eine neu in den Markt eintretende FDA für eine flächendeckende Netzwerkinfrastruktur investieren würde. Da es sich bei der einzelnen TAL daher um einen Durchschnittspreis handelt, kann natürlich nicht im Voraus gesagt werden, ob jede einzelne TAL kostendeckend ist. Da allerdings in der Modellberechnung ebenfalls eine angemessene

<sup>252</sup> Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 133 ff. <sup>253</sup> Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 133. <sup>254</sup> Vgl. auch Eingabe BAKOM vom 10. Juli 2015 (act. 158), S. 6f. <sup>255</sup> Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz

136 ff. 256 Protokoll Anhörung Swisscom vom 1. Juni 2015 (act. 157), S. 6. 257 Eingabe BAKOM vom 5. September 2013 (act. 92), S. 2 ff..

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 57

Gewinnmarge enthalten ist, kann davon ausgegangen werden, dass der Preis für die TAL im Durchschnitt mindestens kostendeckend ist. A.6.4 Stellungnahme Swisscom zum nachgefragten Vorleistungsmix von Sunrise 240. Swisscom macht geltend, dass Sunrise bei der Erstellung ihrer Offerte klar suboptimal vorgegangen und viel zu spät betreffend Vorleistungsprodukte auf Swisscom zugekommen sei und somit bei der Erstellung der Offerte an die Post suboptimal auf ein fehlerhaftes Angebot, bei dem kein sachgerechter Vorleistungsmix vorlag, abgestellt habe.<sup>258</sup> Sunrise habe die Swisscom Wholesale-Abteilung erst beinahe zwei Monate nachdem sie der Post ihre Offerte bereits eingereicht hatte, um eine Vorleistungs-offerte angefragt. Auch hätte diese Anfrage nur punktuell stattgefunden, der Zusammenhang zur WAN-Ausschreibung sei nicht immer offengelegt worden und die Offerte wäre danach nie besprochen worden, deshalb sei es Swisscom auch nicht möglich gewesen, mittels eines konsistenten Gesamtbildes die Situation von Sunrise bestmöglich zu erfassen.<sup>259</sup> Daher hätte sich Sunrise selbst zuzuschreiben, dass ihre Offerte ungenügend gewesen sei.<sup>260</sup> 241. Hierzu ist einzuwenden, dass im Rahmen der Untersuchung nicht auf die tatsächlichen Berechnungen von Sunrise abgestellt wurden. Sunrise macht geltend, dass sie CES als Vorleistungsprodukt aufgrund ihrer Netzwerktopologie nicht einsetzen könne.<sup>261</sup> Daher fallen die im Rahmen der Untersuchung vorgenommenen Berechnungen bereits zu Gunsten von Swisscom aus. Zudem bestanden zum Zeitpunkt der Ausschreibung noch erhebliche Unsicherheiten betreffend die Anzahl Anschlusszentralen, die Sunrise entbündeln würde. Auch hier wurde zugunsten von Swisscom auf eine rückblickende Betrachtung abgestellt. Daher kann Swisscom aus dem möglicherweise ungenügenden Verhalten bei der Zusammenstellung des bestmöglichen Vorleistungsmixes nichts zu ihren Gunsten ableiten. 242. Zudem wendet Swisscom für die Produkte BBCS, CES und TAL Standardpreise und entsprechende Volumenrabatte an, die für sämtliche FDA in gleicher Weise gelten. Daher wurde für die Abklärung des Sachverhalts auch nicht der von Sunrise tatsächlich nachgefragte Mix an Vorleistungsprodukten herangezogen, sondern es wurde basierend auf der Infrastruktur von Sunrise unter Berücksichtigung der tatsächlichen Bedingungen der günstigste mögliche Mix an Vorleistungsprodukten herangezogen. Die Verhandlungen zwischen Swisscom und Sunrise im Rahmen der Ausschreibung sind daher für die Beurteilung des vorliegenden Preissetzungsverhaltens von Swisscom nicht relevant. A.6.5 Stellungnahme Swisscom zu den Szenario-Berechnungen 243. Swisscom macht geltend, dass die Behauptung des Sekretariats, wonach die internen Kosten von Swisscom maximal dem oben genannten Betrag von ca. [5-10 Mio.] entsprechen, falsch sei.<sup>262</sup> Für die tatsächlichen, internen Kosten von Swisscom könne nicht auf die LRIC Kosten der TAL abgestellt werden. Swisscom produziere ihre Endkundenleistungen auf Basis ihrer Vorleistungen IPSS/CIS und dem Endkundendienst LAN-I. Der Vergleich der vom Sekretariat zugrunde gelegten Kosten (ca. CHF [5-10 Mio.]) mit der Endkun-

259 Siehe auch Eingabe Swisscom vom 28. August 2009 (act. 14), S.7-15. 260

Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 26. 261 Eingabe Sunrise vom 8. Juli 2010 (act. 40), S. 14 f.. 262 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 47 sowie 50 ff.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 58

denofferte von Swisscom (ca. CHF [16-23 Mio.]) lasse keine Schlüsse auf eine angebliche Erzwingung unangemessener Preise von der Post zu.<sup>263</sup> 244. Entgegen den Ausführungen von Swisscom wurden neben den Vorleistungskosten, die eine hypothetische FDA, welche sämtliche Anschlusszentralen entbündelt hat, ebenfalls die Eigenleistungen im Szenario „TAL bis 2 Mbit/s“ einberechnet (Tabelle 30), so dass auf maximale interne Kosten von Swisscom in Höhe von CHF [8'000'000-10'000'000] geschlossen wird. Aufgrund der Berechnungsmethoden des BAKOM, welche auf Wiederbeschaffungswerten beruhen, kann durchaus gefolgert werden, dass der Preis der TAL im Durchschnitt mindestens kostendeckend ist. Das wurde auch von Swisscom bis zur Anhörung nie in Abrede gestellt, weshalb diesbezüglich auf die Angaben des BAKOM zurückzugreifen ist. Swisscom macht zwar geltend, dass die internen Kosten „IPSS/CIS“ und des Endkundendienstes „LAN Interconnect Service“ (LAN-I) und nicht die Preise der TAL für die Bereitstellung von Diensten herangezogen werden.<sup>264</sup> Swisscom zeigt aber die entstehenden internen Kosten für „IPSS/CIS“ nicht auf und begründet dies damit, dass der Unternehmensbereich Netzinfrastruktur von Swisscom als Cost-Center geführt werde und deshalb keine gesicherten Aussagen über die internen Kosten gemacht werden könnten.<sup>265</sup> 245. Zudem wurden im Berechnungsszenario „TAL bis 2 Mbit/s“ nur für diejenigen Anschlüsse bis zu einer Bandbreite von 2 Mbit/s die Kosten für die TAL eingesetzt. Für alle anderen Bandbreiten, wurden die kommerziellen Vorleistungspreise von Swisscom verwendet. Damit fällt die Berechnung „TAL bis 2 Mbit/s“, deutlich zu Gunsten von Swisscom aus, so dass ohne weiteres darauf geschlossen werden kann, dass die internen Kosten von Swisscom für die Bereitstellung der Dienstleistungen gegenüber der Post unter CHF [8'000'000-10'000'000] liegen. Das BAKOM kommt indes in seinem Gutachten zum Schluss, dass Swisscom weitere Kostenvorteile auf dem Endkundenmarkt besitzt, da die kostenorientierten Vorleistungspreise der regulierten TAL höher seien, als die tatsächlichen (historischen) Kosten.<sup>266</sup> Zudem führt das BAKOM aus, dass auch für VDSL-Anbindungen, in welchen das Kupferkabel teilweise durch Glasfaserteilabschnitte ersetzt worden sind und damit bedeutend höhere Bandbreiten als 2 Mbit/s realisiert werden können, die historischen Kosten von Swisscom im Durchschnitt nicht über den regulierten Entgelten der TAL liegen.<sup>267</sup> Aufgrund der bereits abbeschriebenen Anlagen geniesse Swisscom zudem im Bereich der Kabelkanalisationen einen unverhältnismässigen Vorteil gegenüber anderen FDA.<sup>268</sup> Somit ist davon auszugehen, dass die tatsächlichen internen Kosten von Swisscom unterhalb der für das Szenario „TAL bis 2 Mbit/s“ oder CHF [8'000'000-10'000'000] liegen. 246. Swisscom macht geltend, dass selbst wenn die tatsächlichen historischen Kosten tiefer liegen als die regulierten Vorleistungspreise der TAL sich der Gesetzgeber vor dem 1. Juli 2014 bewusst für die damals geltende Bewertung der Kanalisationsanlagen entschieden habe und Swisscom sich an die gesetzeskonforme Berechnung der kostenorientierten Preise gehalten habe. Es könne daher nicht auf überhöhte Vorleistungs- und Endkundenpreise geschlossen werden. 247. Hierzu ist anzumerken, dass selbst wenn Swisscom für die TAL und die Kabelkanalisationsanlagen die gesetzlich regulierten Höchstpreise verlangt, ein Kartellrechtsverstoss im

263 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 51. 264 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 211. 265 Eingabe Swisscom vom 22. September 2010 (act. 50), Antwort auf Frage 9; Eingabe Swisscom vom 26. Juli 2012 (act. 65), S. 4 f. 266 Eingabe des BAKOM vom 5. September 2014 (act. 92), S. 4. 267 Eingabe des BAKOM vom 5. September 2014 (act. 92), S. 6 268 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 85 ff. 269 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act.

146), Rz 88.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 59

Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG (Preismissbrauch) nicht per se ausgeschlossen werden kann. Das Vorbringen von Swisscom, wonach die regulierten Preise überhöhte Vorleistungspreise ausschliessen würden, stösst daher ins Leere. Im Rahmen der Untersuchung wurden die von Swisscom verlangten Preise für die TAL aber nicht auf ihre kartellrechtliche Zulässigkeit hin überprüft. So wurde beispielsweise nicht geprüft, ob das Verlangen der auf Wiederbeschaffungskosten berechneten Maximalpreise für die TAL gegenüber Wettbewerbern als kartellgesetzwidrige Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG zu qualifizieren wäre. Dies wäre allenfalls Gegenstand einer anderen Untersuchung. Vielmehr wurde, wie nachfolgend gezeigt, im Rahmen der Ausschreibung der Post ausgehend von der Tatsache, dass die internen Kosten von Swisscom in keinem Fall über denjenigen der TAL liegen, geprüft, ob das Verlangen der kommerziellen Vorleistungspreise durch Swisscom eine kartellrechtswidrige Verhaltensweise darstellt.

248. Swisscom macht geltend, dass die von ihr eingereichte Gegenrechnung grundsätzlich im Sinne einer Obergrenze der Vor- und Eigenleistungskosten einer alternativen FDA verwendet würden, auch wenn diese Spielraum für Anpassungen nach unten enthalten würde.<sup>270</sup> 249. Hierzu ist festzuhalten, dass Swisscom selbst zwar angibt, bei manchen CES-Angeboten nicht geprüft zu haben, ob für diese Standorte gegebenenfalls günstigere Vorleistungsprodukte eingesetzt werden könnten, dennoch hat Swisscom diese in ihrer Gegenrechnung so nie geltend gemacht bzw. weitergehend substantiiert.<sup>271</sup> Daher sind diese allgemeinen und pauschalen Vorbringen wie nachfolgend aufgezeigt wird, für die kartellrechtliche Beurteilung des relevanten Sachverhalts nicht massgeblich und daher vorliegend nicht beachtlich.

250. Swisscom macht geltend, dass Sunrise im Vergleich zur Gegenrechnung von Swisscom nur für 877 der insgesamt 2'305 anzubindenden Poststandorte bestritt, dass die TAL hätte eingesetzt werden können.<sup>272</sup> In der Eingabe vom 21. September 2012 hätte Swisscom daraufhin auf der Basis einer Überprüfung aller dieser Standorte dargetan, dass die TAL an 859 dieser Standorte hätte eingesetzt werden können und dies nur an 18 dieser Standorte nicht möglich gewesen wäre. Die sich hieraus ergebenden Mehrkosten würden bei CHF [200'000-300'000] liegen, so dass sich die gesamten direkten Vor- und Eigenleistungskosten von Sunrise auf CHF [16-23 Mio.] belaufen würden. Diese Kosten würden ebenfalls klar unter der Endkundenofferte von Swisscom in Höhe von CHF [16-23 Mio.] liegen.

251. Die von Swisscom im Rahmen der Überprüfung des Sachverhalts geltend gemachten Anpassungen wurden entsprechend übernommen, weshalb Swisscom hieraus nichts zu ihren Gunsten ableiten kann. Im Hinblick auf das Verhältnis zwischen der Endkundenofferte von Swisscom und den geltend gemachten Vor- und Eigenleistungskosten kann auf die Ausführungen in Tabelle 30 verwiesen werden.

252. Swisscom macht geltend, dass das Szenario „nicht reguliert“ bloss hypothetischer Natur sei. FDA, die nicht über eigene Infrastrukturen verfügen würden und nicht in die Entbündelung investiert hätten, seien bei der Ausschreibung der Post nicht angesprochen gewesen. Sie wären folglich nämlich vollständig auf die kommerziellen Vorleistungsprodukte der Wholesale-Abteilung von Swisscom angewiesen gewesen. Solche hypothetische FDA gehörten aber nicht zu den von der Post zur Offertenstellung zugelassenen Anbietern.<sup>273</sup>

<sup>270</sup> Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 63. <sup>271</sup> Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 27 und 30. <sup>272</sup> Stellungnahme Swisscom vom

17. April 2015 (act. 146), Rz 29. 273 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 35ff.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 60

253. Hierzu ist anzumerken, dass die Preissetzungspolitik von Swisscom aus ihren Preismanuals zu den einzelnen Vorleistungsprodukten entnommen werden kann. Diese Preise kommen nach Angaben von Swisscom für jeden Nachfrager in gleicher Weise diskriminierungsfrei zur Anwendung. Sie stellen daher reale und keine hypothetischen Preise dar. Auf die in ihren Preismanuals festgesetzten Preise stellt die WEKO im Rahmen ihrer Sachverhaltsermittlung aber gerade ab. Wie später in Rz. 513 dargelegt, dienen die einzelnen Berechnungen dazu, die Preissetzungspolitik von Swisscom für die kommerziellen Vorleistungsprodukte im Hinblick auf ihre Wettbewerbswirkung zu veranschaulichen. Die Vorbringen, dass sich die Sachverhaltsabklärung auf hypothetische FDA abstützen würde, die nicht von der Post zur Offertenstellung zugelassen worden seien, sind daher falsch und für die Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts unerheblich. Vielmehr ist darauf hinzuweisen, dass die Beispielrechnungen ermöglichen, die Auswirkungen der Preispolitik von Swisscom sichtbar zu machen. 254. Swisscom macht geltend, dass andere FDA als Sunrise und UPC Cablecom als potenziell behinderte Konkurrenten in der Ausschreibung der Post nicht existierten. Dieser Hinweis sei bereits in der ersten Stellungnahme vom 25. Oktober 2013 auf S. 26 f. erwähnt und ausgeführt worden, in der Folge sei er vom Sekretariat jedoch ausser Acht gelassen worden. Eine FDA, die auf Vorleistungen abstellen müsste, welche in keinem vernünftigen Verhältnis zur nachgefragten Bandbreite stünden und entsprechend nicht kosteneffizient seien, sei von vornherein nicht im Rahmen einer Kosten-Preis-Schere-Kontrolle seitens Swisscom als gegenüberzustellende „gleichermassen effiziente Konkurrentin“ anzusehen.<sup>274</sup> 255. Hierzu ist auf Rz 253 zu verweisen. A.6.6 Stellungnahme Swisscom zu den weiteren Kosten 256. Swisscom merkt an, dass die von Sunrise aufgeführten Kosten bereits teilweise in den VVGK enthalten seien. Zudem dürften Kosten für Forderungsausfälle bei einem Auftrag der Post ohnehin irrelevant sein.<sup>275</sup> 257. Hierzu ist anzumerken, dass die von Sunrise erfragten zusätzlichen Kosten dazu herangezogen wurden, um den von Swisscom verwendeten Pauschalzuschlag von 6 % VVGK zu plausibilisieren. Da beide Kosten eine ähnliche Höhe aufweisen, ist davon auszugehen, dass die 6 % VVGK zu den gegenüber Swisscom aufzubringenden Kosten und Eigenleistungen hinzuzurechnen sind. Die zusätzlich berücksichtigten Kosten von Sunrise betreffen die durchschnittlichen Ausbaukosten für eine Anschlusszentrale, welche unter dem Punkt zusätzliche Eigenleistungen eingerechnet wurden. Damit liegt keine doppelte Berücksichtigung der Kosten vor. 258. Swisscom macht geltend, dass sie in ihrer Beispielrechnung die weiteren bei Sunrise entstehenden Kosten geschätzt habe. Hierbei seien Aufwände, wie Erschliessung von Zentralen, die Nutzung des eigenen Backbone sowie die Kundenmodems geschätzt worden. Indem zusätzlich die Kosten für den Ausbau einer Anschlusszentrale berücksichtigt wurden, sei es gemäss Swisscom zu einer doppelten Veranschlagung von Kosten gekommen.<sup>276</sup> 259. In ihrer Beispielsrechnung hat Swisscom neben den Kosten für die Vorleistungsprodukte (monatlich wiederkehrende sowie einmalige Kosten) und den Kosten für die Endkundenmodems Kosten für das Plattformmanagement und die Nutzung des Backbone angege-

<sup>274</sup> Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 43. <sup>275</sup> Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act 146), Rz 65, 125. <sup>276</sup> Stellungnahme Swisscom vom

17. April 2015 (act. 146), Rz 31.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 61

ben.277 Die geschätzte Höhe dieser Kosten wurde von Sunrise bestätigt.278 Zudem wurden die allgemeinen Verwaltungs- und Vertriebskosten (VVK in Höhe von 6 %) sowie die von Sunrise getätigten Investitionskosten in die Erschliessung von Swisscom Anschlusszentralen mit einberechnet. Es ist nicht ersichtlich inwiefern durch diese Berechnung Kosten doppelt veranschlagt worden sind. Swisscom hat dies denn auch nicht weiter substantiiert. 260. Swisscom bemängelt, dass die Berechnungen des Sekretariats zu den Zusatzkosten von Sunrise abgedeckt wären bzw. der Kostenrahmen zu weit sei. Sie würden den wesentlichen Inhalt im Sinne von Art. 28 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021) inhaltlich nicht widergeben.279 Daher dürften die Sunrise angeblich erwachsenden weiteren Kosten nicht herangezogen werden, um eine angebliche missbräuchliche Verhaltensweise zu begründen. 261. Die entsprechenden Angaben wurden von Sunrise als Geschäftsgeheimnisse im Sinne von Art. 27 Abs. 1 VwVG klassifiziert. Aus diesem Grund hat das Sekretariat gegenüber Swisscom Spannbreiten angegeben. Selbst wenn aufgrund der angegebenen Spannbreiten jeweils das für Swisscom günstigere untere Ende der Spannbreite angenommen würde, ergibt sich in der Preispolitik gegenüber Sunrise eine Kosten-Preis-Schere. Daher kann Swisscom aus der Angabe der Spannbreiten anstatt der tatsächlichen Zahlen der Vorwurf an Swisscom vollständig nachvollzogen werden. Somit konnte sich Swisscom sehr wohl fundiert zu den vom Sekretariat angestellten Berechnungen äussern. Eine Verletzung von Art. 28 VwVG ist daher nicht gegeben. A.6.7

Stellungnahme Swisscom zum Ermittlungsergebnis 262. Gemäss Swisscom ist es unzutreffend, dass Swisscom wie oben in Rz 211 angedeutet bei der Berechnung ihrer Endkundenofferten Kosten einfließen lasse, die im Intervall zwischen historischen Kosten und Wiederbeschaffungskosten zu Tagesneupreisen liegen.280 263. Welche Kosten Swisscom in ihre Endkundenofferten einfließen lässt, wurde im Rahmen der vorliegenden Untersuchung nicht ermittelt. Swisscom gibt selbst an, dass die Vorleistungskosten intern nicht ermittelt würden und daher unbekannt seien. Vielmehr wurde die Preissetzung auf Vorleistungsebene und auf Endkundenebene basierend auf den einzelnen zur Verfügung stehenden Vorleistungsprodukte erhoben. Daher stösst das Vorbringen von Swisscom ins Leere. 264. Auch seien gemäss Swisscom die Ausführungen des BAKOM in der Eingabe vom 6. September 2013 (act. 92) falsch, wo behauptet werde Swisscom genieße im Bereich der Kabelkanalisationen aufgrund der bereits abgeschriebenen Anlagen einen unverhältnismässigen Vorteil gegenüber anderen FDA. Die Bewertung der Kabelkanalisationen vor dem 1. Juli 2014 hatte sich bewusst auf die LRIC-Methode, welche das BAKOM mit „Wiederbeschaffungskosten zu Tagesneupreisen“ bezeichnete, abgestellt. Andere regulatorische Kostenmassstäbe wurden bewusst verworfen.281 265. Hierzu ist anzumerken, dass der Gesetzgeber für die regulatorischen Kostenmassstäbe auf Wiederbeschaffungskosten zu Tagesneupreisen abstellt. Das bedeutet aber, dass die internen Kosten aufgrund einer bestehenden Infrastruktur, die eben nicht neu aufgebaut werden muss und bereits beschrieben ist, tiefer sind, als die vom Gesetzgeber angesetz-

277 Eingabe Swisscom vom 22. September 2010 (act. 50), S. 4 ff.. 278 Eingabe Sunrise vom 17. Oktober 2013 (act. 108), S. 2 f. 279 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 64 f. 280 Stellungnahme Swisscom vom 17. April (act. 146), Rz 85. 281 Stellungnahme Swisscom vom 17. April (act. 146), Rz 87. f.

ten Kostenmassstäbe. Vielmehr kann damit davon ausgegangen werden, dass die regulierten LRIC-Preise auch für die internen Kosten von Swisscom zumindest im Durchschnitt Maximalkosten darstellen dürften, wobei vermutlich die tatsächlichen internen Kosten tiefer sind. Allerdings wird zu Gunsten von Swisscom im Rahmen der vorliegenden Untersuchung auf die regulierten Preise als rechnerische interne Kosten von Swisscom abgestellt. Im Rahmen der Untersuchung stand es Swisscom zudem frei, die eigenen gegebenenfalls höheren internen Kosten darzulegen. An der Anhörung von Swisscom vom 1. Juni 2015 wurde die Frage gestellt, wie die Preisunterschiede von BBCS und CES gegenüber der TAL durch Eigenleistungen gerechtfertigt würden. Swisscom antwortete darauf, dass es sich bei BBCS und CES um kommerzielle Produkte handle, bei denen Kosten zur Bereitstellung (Unterhalt und Service) anfallen würden.<sup>282</sup> Die Vertreter von Swisscom konnten auf mehrfache Nachfrage denn auch die Kostenunterschiede, welche die kommerziellen Vorleistungspreise begründen sollten, nicht beziffern. <sup>266</sup>. In ihrer Beispielrechnung gibt Swisscom allerdings diejenigen Kosten an, die bei der TAL gegenüber den kommerziellen Vorleistungsprodukten BBCS und CES anfallen, um die gewünschte Leistung gegenüber der Post zu erfüllen. Dies sind einmalige Netzwerkkosten in Höhe von CHF [40-60], was bei einer Laufzeit von 48 Monaten Zusatzkosten von CHF [0.83- 1.25] gegenüber den kommerziellen Vorleistungsprodukten ausmacht. Rechnet man die Investitionskosten für den Ausbau einer Anschlusszentrale in Höhe von CHF [500-1'000] pro Leitung oder umgelegt auf die 48 Monate in Höhe von CHF [10-20] hinzu, so kann man die tatsächlichen Zusatzkosten für die Bereitstellung der Dienstleistungen gegenüber der Post mit weniger als CHF [10-20] beziffern. Die kommerziellen Produkte von Swisscom werden allerdings gegenüber der TAL mit einem Aufschlag von mehr als CHF [150-200] verkauft (vgl. Tabelle 24 sowie Eingabe Swisscom vom 22. September 2010 (act. 50), S. 13). <sup>267</sup>. Auf die Frage, ob Swisscom die höheren Kosten für veredelte Produkte wie BBCS mit Zahlen belegen könne bzw. welche Kosten Swisscom bei der Bereitstellung von BBCS im Unterschied zu TAL denn entstehen würden, antwortete Swisscom ebenfalls ungenau und verwies erneut auf die Kommerzialität dieser Produkte.<sup>283</sup> Wobei auf Nachhaken hin ausgeführt wurde, dass für die CES Linientechnik ungefähr um den Faktor 8-10 im Vergleich zur Kupferrader erhöht werden müsste. Dies habe damit zu tun, dass das Regional- und Fernnetz in Anspruch genommen würden.<sup>284</sup> Hierzu muss festgehalten werden, dass das Regional- und Fernnetz zum Backbone gehören, für welche Swisscom Kosten in Höhe von CHF [1-5] pro Monat ausgewiesen hat. Selbst wenn diese Kosten für CES 8-10 Mal so hoch sein sollten, würde dies den Preisunterschied von CHF 470.- zwischen dem Preis für TAL und dem vergleichbaren CES-Angebot (vgl. Tabelle 24) nicht erklären können. <sup>268</sup>. Ebenso wurde im Rahmen der Anhörung gefragt, ob das Bereitstellen der TAL für Swisscom ein Verlustgeschäft sei. Darauf wurde seitens Swisscom ausweichend geantwortet. Es wurde auf die Pflicht zur Bereitstellung und auf die regulierten, politischen Kosten, die als Modellkosten zu verstehen seien, verwiesen.<sup>285</sup>

A.6.8 Stellungnahme Swisscom zur Eingabe BAKOM vom 10. Juli 2015 <sup>269</sup>. Swisscom macht geltend, dass die Berechnungen der Wettbewerbsbehörden gemäss Stellungnahme des BAKOM den optimalen Vorleistungsmix noch nicht berücksichtigen würden und die erforderlichen Anpassungen (Berücksichtigung der VDSL-Technologie, Vor-

282 Protokoll Anhörung Swisscom vom 1. Juni 2015 (act. 154), S. 3-4. 283 Protokoll Anhörung Swisscom vom 1. Juni 2015 (act. 154), S. 7. 284 Protokoll Anhörung Swisscom vom 1. Juni 2015 (act. 154), S. 8. 285 Protokoll Anhörung Swisscom vom 1. Juni 2015 (act. 157), S. 6.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 63

nahme des CES-Abgleichs) zu aussagekräftigen Szenarien „Swisscom“, „Sunrise“ und „BAKOM“ zu relevanten Kosten unterhalb des Zuschlagspreises führen würden. Hieraus schliesst Swisscom, sich nicht unzulässig verhalten zu haben.<sup>286</sup> 270. Hierzu kann auf die Ausführungen in Kapitel A.5 verwiesen werden. Das Sekretariat hat eine Sachverhaltsabklärung im Einzelfall vorgenommen und daher nicht auf einen theoretisch optimalen Vorleistungsmix abgestellt, wie dies im Rahmen von Regulierungsentscheidungen häufig getan wird. Hierbei hat das Sekretariat vorwiegend die von Swisscom gelieferten Daten für ihre Sachverhaltsabklärung zugrunde gelegt. In der Eingabe von Swisscom ist bereits die VDSL-Technologie berücksichtigt. Auch bei der Erschliessung mit CES wurde auf die Angaben von Swisscom abgestellt, weshalb die Option CES-Abgleich im Rahmen der Sachverhaltsabklärung nicht zur Anwendung kommt. Würde hingegen die Option CES-Abgleich angewendet, so würde dies bedeuten, dass an den entsprechenden Standorten das tatsächlich nicht bestehende und günstigere BBCS-Produkt anstatt CES zur Anwendung kommen würde. Dies entspricht allerdings nicht den tatsächlichen Gegebenheiten, wie sie von Swisscom vorgebracht wurden. An der Sachverhaltsabklärung des Sekretariats ist daher festzuhalten. <sup>271</sup>. Swisscom macht geltend, dass die Aktenführung mangelhaft sei und zwischen dem BAKOM und den Wettbewerbsbehörden intransparente Behördenkontakte stattgefunden hätten.<sup>287</sup> <sup>272</sup>. Die Kontakte zwischen den Wettbewerbsbehörden und dem BAKOM im Hinblick auf das Amtshilfegesuch vom 4. Juni 2015 beschränkten sich auf Abklärungen betreffend den für die Amtshilfe benötigten zeitlichen Horizont, zur Planung der weiteren Schritte. Diesbezüglich wurden mangels Relevanz für das vorliegende Verfahren keine Telefonnotizen geführt. <sup>273</sup>. Swisscom macht geltend, dass die vom BAKOM über das Amtshilfegesuch hinausgehenden Äusserungen im vorliegenden Verfahren nicht zu berücksichtigen seien.<sup>288</sup> Zudem macht Swisscom geltend, dass sowohl Swisscom als auch Sunrise zu den Kosten, welche beim Auftrag der Post zusätzlich zu den Vorleistungskosten anfallen, befragt worden seien.<sup>289</sup> Swisscom habe dargetan, dass sie ihr Grosskundengeschäft mit Breitbandanbindungen kostendeckend betreibt und die in Unkenntnis der Einzelheiten erfolgten Mutmassungen des BAKOM zur Höhe der Sunrise anfallenden Eigenleistungskosten bei Verwendung der TAL nicht geeignet seien, die Angaben von Swisscom zu widerlegen oder in einem KG-Sanktionsverfahren als Basis für eine Verurteilung zu dienen.<sup>290</sup> Nicht einmal Sunrise selber habe dermassen hohe Eigenleistungskosten geltend gemacht.<sup>291</sup> <sup>274</sup>. Die vom BAKOM (basierend auf den angeblich kostenorientierten Preisen) vermuteten Eigenleistungskosten, welche Sunrise angeblich zu tragen hätte, erscheinen im Lichte der Eingaben von Swisscom und Sunrise tatsächlich sehr hoch. In Anbetracht der Tatsache, dass Swisscom gegenüber der Post einen Preis von ca. CHF [16-23 Mio.] geboten hat und dieser Preis gemäss Sachverhaltsabklärung nicht unter den internen Kosten von Swisscom lag sowie der Tatsache, dass Sunrise die Zusatzkosten in Höhe der von Swisscom geltend gemachten Grössenordnung bestätigt hat, erachtet die WEKO die von Swisscom eingereichten Zusatzkosten als korrekt (vgl. hierzu auch Rz 217 ff.). Vor diesem Hintergrund sind allerdings die Szenarien „reguliert“ und „nicht reguliert“ ohne weiteres miteinander vergleichbar.

286 Eingabe Swisscom vom 28. August 2015 (act. 164), S. 1 und 4. 287 Eingabe Swisscom vom 28. August 2015 (act. 164), S. 2 f. 288 Eingabe Swisscom vom 28. August 2015 (act. 164), S. 5. 289 Eingabe Swisscom vom 28. August 2015 (act. 164), S. 8. 290 Eingabe Swisscom vom 28. August 2015 (act. 164), S. 8. 291 Eingabe Swisscom vom 28. August 2015 (act. 164), S. 8 f.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 64

Allerdings sind die von Swisscom gegenüber dem BAKOM angegebenen kostenorientierten Preise für CES durchaus in Frage zu stellen. 275. Schliesslich macht Swisscom geltend, die WEKO hätte den Preiszerfall bei der TAL in einer rückblickenden Betrachtung mitberücksichtigen sollen.<sup>292</sup> 276. Das BAKOM bestätigt im Rahmen seiner Amtshilfe, dass zu Gunsten von Swisscom bereits eine rückblickende Betrachtung eingenommen wurde und der für Sunrise zu erwartende und dann auch tatsächlich eingeführte neue regulierte Preis in Höhe von CHF 18.80 bereits berücksichtigt wurde. Das BAKOM führt vielmehr aus, dass bei einer vorsichtigen Betrachtung durchaus mit dem zum Zeitpunkt der Offerteingabe geltenden regulierten Preis in Höhe von CHF 23.50 hätte gerechnet werden können und bezeichnet die Berechnung auf Basis des ab 2009 geltenden Preises in Höhe von CHF 18.80 als gerechtfertigt.<sup>293</sup> 277. Zum Zeitpunkt der Ausschreibung konnte Sunrise die weiteren Preissenkungen bei der TAL nicht kennen. Bereits die Preissenkung im Jahr 2009 wurde vorweggenommen und war Sunrise zum Zeitpunkt der Offerteingabe nicht bekannt. Vielmehr geht die WEKO davon aus, dass Sunrise mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit einem Preis in der Grössenordnung von CHF 18.80 ausgehen durfte. Vor diesem Hintergrund sieht die WEKO keine Notwendigkeit von den vom Sekretariat bisher angestellten Berechnungen abzuweichen. B

Erwägungen B.1 Geltungsbereich 278. Das KG<sup>294</sup> 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).

B.1.1 Persönlicher Geltungsbereich 279. Der persönliche Geltungsbereich des KG ergibt sich aus dem Begriff des Unternehmens.<sup>295</sup> Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG). Das KG geht damit von einem funktionalen Unternehmensbegriff aus. Daher stellt sich die Frage ob bei Konzernen die rechtlich selbstständigen Konzerngesellschaften mangels wirtschaftlicher Selbstständigkeit als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1bis KG zu qualifizieren sind. Gemäss Literatur gilt in solchen Fällen der Konzern als Ganzes als Unternehmen.<sup>296</sup> 280. Somit sind entweder Swisscom als Konzerntochtergesellschaft oder Swisscom AG als Obergesellschaft oder beide als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1bis KG zu qualifizieren, da ihnen eine gewisse wirtschaftliche Selbstständigkeit zukommt. Damit ist das KG vorliegend in persönlicher Hinsicht anwendbar.

292 Eingabe Swisscom vom 28. August 2015 (act. 164), S. 9 f. 293 Eingabe BAKOM vom 10. Juli 2015 (act. 158), S. 7. 294 Siehe Rz 4. 295 JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 2 Rz 7. 296 JENS LEHNE (Fn 295), Art. 2 KG N 27; vgl. auch Urteil des BGer 2C.484/2010 vom 29.6.2012, E. 3 (nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), RPW 2013/1, 118 f. E. 3, Publigroupe SA et al./WEKO, und Urteil des BVer, RPW 2010/2, 335 E. 4.1 Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 65

B.1.2 Sachlicher Geltungsbereich 281. In den sachlichen Geltungsbereich fallen namentlich alle Formen privatwirtschaftlich veranlasster Wettbewerbsbeschränkungen.<sup>297</sup> Dazu gehören auch unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, wenn diese ihre Stellung auf dem Markt missbrauchen, um andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs zu behindern oder die Marktgegenseite zu benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG).<sup>282</sup> Die Prüfung der Marktbeherrschung eines Unternehmens erfolgt nachfolgend unter Art. 7 KG (vgl. Kapitel B.3.1). Die marktbeherrschende Stellung stellt eine qualifizierte Form der Ausübung von Marktmacht gemäss Art. 2 Abs. 1 KG dar.<sup>298</sup> Wird nachstehend somit die marktbeherrschende Stellung bejaht, ist ebenfalls die Verhaltensweise der marktbeherrschenden Unternehmung zu untersuchen. Falls eine marktbeherrschende Stellung verneint werden sollte, ist die Prüfung der Verhaltensweise obsolet, da in diesem Fall kein kartellrechtsrelevantes Verhalten im Sinne von Art. 7 KG vorliegt. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, liegt ein Verstoß gegen Art. 7 KG vor, weshalb das KG in sachlicher Hinsicht anwendbar ist.

B.1.3 Räumlicher Geltungsbereich 283. Das Kartellgesetz ist auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden (sog. Auswirkungsprinzip; Art. 2 Abs. 2 KG). Swisscom betreibt als Grundversorgungskonzessionärin in der Schweiz ein kupferkabelbasiertes Festnetz, über welches auch Datenübertragungsdienstleistungen erbracht und nachgefragt werden können. Daher wirkt sich die wirtschaftliche Tätigkeit von Swisscom in der Schweiz aus. Das Kartellgesetz ist folglich auch in räumlicher Hinsicht anwendbar.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften 284. 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).

B.2.1 Verhältnis zwischen Kartell- und Fernmelderecht 285. Für den Telekommunikationsmarkt gelten die besonderen Regelungen des Fernmelderechts. Das Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10) bezweckt, dass der Bevölkerung und Wirtschaft vielfältige, preiswerte, qualitativ hoch stehende sowie national und international konkurrenzfähige Fernmeldedienste angeboten werden (Art. 1 Abs. 1 FMG), und es soll unter anderem auch einen wirksamen Wettbewerb beim Erbringen von Fernmeldediensten ermöglichen (Art. 1 Abs. 2 Bst. c FMG).<sup>286</sup> Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG sieht vor, dass marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen unter anderem Zugang zur TAL gewähren. Einigen sich die

<sup>297</sup> Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 468 ff., 534. <sup>298</sup> RPW 2001/2, S. 268, Rz 79; Watt/Migros – EFF.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 66

Anbieterinnen von Fernmeldediensten nicht innerhalb von drei Monaten über die Bedingungen des Zugangs, so verfügt die Kommunikationskommission auf Gesuch einer Partei und auf Antrag des Bundesamtes für Kommunikation (vgl. Art. 11a Abs. 1 FMG). Ist

die Frage der Marktbeherrschung zu beurteilen, konsultiert das Bundesamt die WEKO (Art. 11a Abs. 2 KG). Damit soll sichergestellt werden, dass die Anwendung von Art. 11 FMG im Einklang mit dem Wettbewerbsrecht erfolgt.<sup>299</sup> 287. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gelangen die kartell- und die fern- melderechtlichen Bestimmungen und Verfahren nebeneinander zur Anwendung. Der Zugang zur TAL bildet wie auch die Interkonnektion in diesem Sinne lediglich eine besondere sektorielle Regelung, die zur übrigen preis- und wettbewerbsrechtlichen Ordnung hinzutrete und diese nicht ausschliesse.<sup>300</sup> Fernmelderecht und Kartellrecht kämen parallel nach ihren jeweiligen Kriterien zur Anwendung, ohne dass das eine dem anderen vorgehe.<sup>301</sup> Die parallele Anwendbarkeit des allgemeinen Kartellrechts erlaube es, den Wettbewerb im liberalisierten Telekommunikationsmarkt zu gewährleisten.<sup>302</sup> 288. Der Zugang zur TAL im Rahmen des Fernmelderechts stellt folglich keine vorbehaltene Vorschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG dar.<sup>303</sup> Dieses soll den Wettbewerb im Bereich der Fernmeldedienste stärken und nicht ausschliessen. Anzuführen bleibt, dass gemäss Bundesgericht bei der Anwendung des Kartellrechts die besondere sektorische Regelung des FMG nicht unbeachtet bleiben darf. Die beiden Rechtsordnungen würden in einem Konnex zueinander stehen und sich gegenseitig beeinflussen. Sinn mache daher nur eine Auslegung, die zu einem einheitlichen, in sich geschlossenen Gesamtsystem führe.<sup>304</sup> Aus dem gleichen Grund, d.h. um eine Koordination von Wettbewerbs- und Fernmelderecht sicherzustellen, sieht Art. 11a Abs. 2 KG denn auch die Konsultation der WEKO für die Beurteilung der Marktbeherrschung vor (vgl. Rz 286).<sup>305</sup> 289. Liegen sodann – wie vorliegend der TAL (vgl. Rz 108 ff.) – regulierte Preise vor, kann das Kartellgesetz uneingeschränkt Anwendung finden, wenn einem marktbeherrschenden Unternehmen trotz Preisregulierung ein gewisser Spielraum zur Preisfestlegung bleibt, so dass unangemessene Preise faktisch möglich sind.<sup>306</sup> In einer solchen Situation soll verhindert werden, dass eine marktmächtige Anbieterin ihre Rente maximiert.<sup>307</sup> 290. Wie nachfolgend aufgezeigt, wird der Spielraum von Swisscom zur Preisfestlegung Swisscom bei den kommerziellen Produkte BBSCS und CES nicht durch die Regulierung eingeschränkt, weshalb das Kartellgesetz vollständig zur Anwendung gelangen kann.

299 Botschaft vom 10. Juni 1996 zum revidierten Fernmeldegesetz BBl 1996 III 1405 ff., 1427. 300 Urteil des BGer 2C.343/2010 und 2C.344/2010 vom 11.04.2011, E. 3.4, Terminierungspreise im Mobilfunk; Urteil des BGer 4C.404/2006 vom 16.02.2007, E. 3.1 f., Bitstrom; Urteil des BGer 2A.142/2003 vom 05.09.2003, E.4.1.3; Urteil des BGer 2A.503/2000 vom 03.10.2001, E. 6c. 301 Urteil des BGer 4C.404/2006 vom 16.02.2007, E. 3.2, Bitstrom 302 Urteil des BGer 4C.404/2006 vom 16.02.2007, E. 3.1, Bitstrom. 303 Urteil des BGer 4C.404/2006 vom 16.02.2007, E. 3.2, Bitstrom. 304 Urteil des BGer 2C.343/2010 und 2C.344/2010 vom 11.04.2011, E. 5.1, Terminierungspreise im Mobilfunk. 305 Vgl. Urteil des BGer 2C.343/2010 und 2C.344/2010 vom 11.04.2011, E. 5.1, Terminierungspreise im Mobilfunk; Botschaft vom 10. Juni 1996 zum revidierten Fernmeldegesetz BBl 1996 III 1405 ff., 1427. 306 BSK KG-MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON (Fn 295), Art. 7 KG N 311; Siehe auch Urteil des EuGH vom 10.04.2008 T-271/03, Deutsche Telekom/Kommission, Slg. 2008 II-477 Rz 76. 307 BLAISE CARRON, Les transaction couplées en droit de la concurrence: analyse économique et juridique comparée, Diss. 2004, N 565.

291. Der vorliegend zu beurteilende Sachverhalt weist schliesslich auch keinen Zusammenhang zur Gesetzgebung über das geistige Eigentum auf. Aus diesem Grund ist ebenfalls keine vorbehaltene Vorschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 2 KG ersichtlich. 292.

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass keine vorbehaltenen Vorschriften bestehen, welche die Anwendung des Kartellgesetzes für die vorliegend zur Anzeige gebrachten Wettbewerbsbeschränkungen einschränken würden. B.3 Unzulässige

Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen 293. 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). B.3.1

Marktbeherrschende Stellung 294. 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). Ein Unternehmen kann sich in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten, wenn es auf einem Markt zentrale Wettbewerbsparameter beeinflussen kann, ohne hierbei entscheidend von anderen Marktteilnehmern, der Marktgegenseite oder sonstigen Einflussfaktoren eingeschränkt zu werden. 295. Bei der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens ist nicht allein auf Marktstrukturdaten abzustellen, sondern es sind ebenfalls die konkreten Abhängigkeitsverhältnisse zu prüfen.<sup>308</sup> Um daher beurteilen zu können, ob sich ein

Unternehmen von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten kann, muss insbesondere untersucht werden, ob dieses sich ausreichender aktueller und/oder potentieller Konkurrenz gegenüber sieht. Um dies zu prüfen, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen. B.3.1.1 Relevanter Markt 296. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren und Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihren Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden.<sup>309</sup> 297. Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU).

<sup>308</sup> Botschaft vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2022 (Fn 308), 2045. <sup>309</sup> Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (VKU; SR 251.4), der hier analog zur Anwendung kommt; Urteil des BVGer, A-109/2008 vom 12. Februar 2009, E. 8.4.1, Swisscom/Sunrise, ComCom (nachfolgend: Bitstrom-Urteil).

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 68

B.3.1.1.1. Sachlich relevante Märkte 298. Im Rahmen des vorliegenden Verfahrens wurde eine Kosten-Preis-Schere seitens Swisscom als unzulässige Verhaltensweise durch Sunrise zu Anzeige gebracht. Nach der Rechtsprechung im europäischen Wettbewerbsrecht liegt eine Kosten-Preis-Schere vor, wenn ein Unternehmen, das über eine beherrschende Stellung auf dem Markt eines Vorleistungsprodukts verfügt und selbst einen Teil seiner Produktion zur Herstellung eines Verarbeitungserzeugnisses verwendet, während es das restliche Vorleistungsprodukt auf dem Markt verkauft, die Preise, zu denen es das Vorleistungsprodukt an Dritte verkauft, so hoch ansetzt, dass die Dritten über keine ausreichende Verarbeitungsmarge verfügen, um auf dem Markt des Verarbeitungserzeugnisses zu bleiben.<sup>310</sup> Daher werden im vorliegenden Fall, im Einklang mit dem Vorgehen im Fall „Preispolitik Swisscom ADSL“, sowohl der entsprechen-

Vorleistungsmarkt/die entsprechenden Vorleistungsmärkte<sup>311</sup> (vgl. nachfolgend Rz 304 ff. und Rz 312 ff.) als auch der entsprechende Endkundenmarkt<sup>312</sup> (vgl. nachfolgend Rz 316 ff.) abgrenzt und die dazugehörigen Marktverhältnisse untersucht. 299. Für die Erbringung von Breitbandanbindung im Allgemeinen und der von der Post verlangten Anforderungen im Speziellen stehen den FDA die folgenden Vorleistungsprodukte von Swisscom zur Verfügung: TAL (vgl. Rz 108 ff.), BBCS (vgl. Rz 143 ff.) und CES (vgl. Rz 130 ff.). In diesem Zusammenhang werden im Einklang mit der bisherigen Praxis der WEKO<sup>313</sup> für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens die nachfolgenden Märkte abgegrenzt und untersucht: ■ Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten, ■ Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich, ■ Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich. Vorbemerkung 300. Beim Zugang zur physischen Netzinfrastruktur (Layer 1-Angebote wie der entbündelte Teilnehmeranschluss, TAL) erhält die jeweilige FDA ein Übertragungsmedium (z. B. Kupferkabel) bis zum Endkunden zur Nutzung überlassen, über welches sie Kommunikationsdienstleistungen erbringen kann.<sup>314</sup> Hierzu muss sie die relevanten Schichten des ISO/OSI-Modells<sup>315</sup> durch geeignete Geräte implementieren und hat damit auch die grösstmöglichen Freiheitsgrade in der Ausgestaltung ihrer Datenübertragungsdienstleistungen. Sie wird letztlich nur über die physischen Kapazitätsgrenzen des jeweiligen Übertragungsmediums eingeschränkt. Mit dem Zugang zur physischen Infrastruktur erhält die jeweilige FDA eine direkte physische Leitung zum Endkunden, welche sie exklusiv nutzen kann. Zum Zeitpunkt der Ausschreibung bot Swisscom für infrastrukturbasierte Anbieterinnen, die einen Layer 1-Zugang (Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur) nachfragten, nur die regulierten TAL (vgl. Rz 108 ff.) an.

310 RPW 2010/1, 146 Rz 206, Preispolitik ADSL, Urteil des Gerichts in erster Instanz vom 10. April 2008, T-271/03. 311 RPW 2010/1, 129 Rz 92 ff., Preispolitik ADSL. 312 RPW 2010/1, 134 Rz 124 ff., Preispolitik ADSL. 313 RPW 2012/2, 238 Rz 319, Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel. 314 RPW 2012/2, 223 Rz 268, Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel. 315 Zu weiteren Ausführungen zum ISO/OSI-Modell siehe RPW 2012/2, 227 f. Rz 232 ff., Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 69

301. Das Layer 2-Angebot ist eine Dienstleistung, bei welcher eine netzbetreibende FDA Datenübertragungsdienstleistungen an die Nachfragerinnen erbringt.<sup>316</sup> Beim sogenannten Layer 2-Angebot erhält die Nachfragerin die Möglichkeit, gewisse durch das Angebot bestimmte Modifikationen am Layer 2 und den darüberliegenden Layern vorzunehmen. In der Regel behalten sich die Anbieterinnen von Layer 2-Angeboten mindestens die Bestimmung der Flussgeschwindigkeit (und damit auch die zur Verfügung gestellte Bandbreite) vor. Dies hat zur Folge, dass die Anbieterinnen von Layer 2-Produkten verschiedene Bandbreitenprofile anbieten, in deren Rahmen die Nachfrager die für sie wichtigen Einstellungen auf Layer 2 und den darüberliegenden Layern ändern können. Das von Swisscom zum Zeitpunkt der Ausschreibung angebotene Layer 2-Angebot war der CES (vgl. Rz 130 ff.), der die Bandbreitenprofile 2 Mbit/s, 4 Mbit/s, 6 Mbit/s, 8 Mbit/s, 10 Mbit/s, 20 Mbit/s, 30 Mbit/s, 50 Mbit/s, 70 Mbit/s, 100 Mbit/s, 200 Mbit/s, 300 Mbit/s, 500 Mbit/s, 700 Mbit/s, 1 Gbit/s und 10 Gbit/s umfasste.<sup>317</sup> 302. Beim sogenannten Layer 3-Angebot erhält die nachfragende FDA die Möglichkeit, gewisse durch das Angebot

bestimmte Modifikationen auf Layer 3-Ebene (z.B. Adressierung mit IP-Adressen etc.) und den darüberliegenden Layern vorzunehmen. Auf Layer 3 sind die Flussgeschwindigkeiten (und damit auch die zur Verfügung gestellte Bandbreite) bereits fix vorgegeben. Zum Zeitpunkt der Ausschreibung bot Swisscom BBCS (vgl. Rz 143 ff.) als Layer 3-Angebot an. 303. Da für Breitbandanbindungen wie diejenige der Post in technischer Hinsicht die oben beschriebenen verschiedenen Vorleistungsprodukte eingesetzt werden können, rechtfertigt es sich diese im Rahmen der Marktabgrenzung näher zu betrachten. Hierbei ist insbesondere zu berücksichtigen ob und inwieweit die einzelnen Produkte für eine FDA in technischer und preislicher Hinsicht austauschbar sind und sie daher demselben oder einem anderen sachlich relevanten Markt zuzuordnen sind. Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten 304. Auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten (Layer 1) war im Jahr 2008 Swisscom die einzige schweizweite Betreiberin, die diese Infrastruktur im Anschlussbereich als Vorleistungsprodukt anbot.<sup>318</sup> Auf der Nachfrageseite standen infrastrukturbasierte FDA ohne eigene Netzwerkinfrastruktur im Anschlussbereich, welche für ihre Leistungserbringung lediglich die Netzwerkinfrastruktur von der Swisscom Anschlusszentrale bis zum Endkunden als Vorleistungsprodukt nutzen wollten. 305. Die TAL wird in Art. 3 Bst. dbis FMG als die Bereitstellung des Anschlusses zum Teilnehmeranschluss für eine andere Anbieterin von Fernmeldediensten zur Nutzung des gesamten Frequenzspektrums der Doppelader-Metalleitung definiert. 306. Im Hinblick auf die Abgrenzung der TAL gegenüber den weiteren Vorleistungsprodukten im Bereich der elektronischen Datenübertragung hat sich das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 12. Februar 2009 geäußert.<sup>319</sup> Betreffend die Regulierung hat das Bundesverwaltungsgericht dargelegt, dass der Gesetzgeber den technologischen Unterschieden zwischen dem physischen Zugang (Layer 1) und den anderen Zugangsformen (insbesondere dem schnellen Bitstrom, also dem Layer 2) beim Gesetzgebungsprozess

316 RPW 2012/2, 223 Rz 269, Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel. 317 Eingabe Sunrise vom 30. April 2009 (act. 1), Beilage 12. 318 BVGE 2009/35, Zugang zum schnellen Bitstrom, E. 9.4.2. 319 BVGE 2009/35, Zugang zum schnellen Bitstrom, E. 8.4.5. 32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 70

Rechnung getragen hat. Wenn die TAL für die Nachfrager nach Vorleistungsprodukten ein Substitut zum schnellen Bitstrom darstellen würde, hätte der Gesetzgeber dies im Regulierungskonzept anerkannt. Als Folge hätte er daher aufgrund der dann disziplinierenden Wirkung des schnellen Bitstromzugangs eine Marktbeherrschung ausschliessen müssen und die TAL nicht zu regulieren brauchen. Das Bundesverwaltungsgericht hat aber dargelegt, dass der schnelle Bitstromzugang lediglich eine „Einstiegstechnologie“ darstelle, welche es alternativen Anbieterinnen ermögliche, rasch und breit in den Markt einzutreten, um in der Folge schrittweise die Investitionen zu tätigen, welche notwendig sind, um auf die TAL zu wechseln.<sup>320</sup> Aufgrund seiner Analyse kommt das Bundesverwaltungsgericht daher zu dem Schluss, dass für den Nachfrager der Layer 1-Zugang und die anderen Zugangsformen (Layer 2 etc.) nicht miteinander substituierbar sind. 307. Die Nutzung des Kupferkabelnetzes im Anschlussbereich erfolgt für die FDA in der Regel ab einer Anschlusszentrale von Swisscom. Zur Nutzung einer solchen Leitung wird für die FDA am Zugangspunkt vorausgesetzt, dass die komplette für die Übertragung notwendige Infrastruktur selbst aufgebaut wird. Hierzu muss sie die entsprechenden Sende- und

Empfangsgeräte (Hardware) am Zugangspunkt installieren und betreiben. Sie mietet sich in der Regel in der Anschlusszentrale von Swisscom ein und gewährleistet eine Anbindung an ihr Backbone-Netz, so dass sie verschiedene Dienstleistungen über die TAL bereitstellen kann. Die Nutzung der TAL erfordert signifikante Investitionen, die amortisiert werden müssen, bietet aber der FDA die grösstmögliche Flexibilität und Autonomie in der Gestaltung der Endkundenangebote, die über das Kupferkabelnetz erbracht werden. Die Erschliessung von Anschlusszentralen bietet sich daher lediglich für FDA an, welche aufgrund ihres Marktanteils eine gewisse Anzahl Endkunden von einer Anschlusszentrale aus bedienen können und für die sich daher Investitionen in eine solche Infrastruktur lohnt.

308. Infrastrukturbasierte Anbieterinnen, die bis zu den Anschlusszentralen eine eigene Netzwerkinfrastruktur aufbauen bzw. aufgebaut haben und diese bis zum Endkunden dahingehend nutzen wollen, dass sie einzelne Kupferkabelleitungen von der Anschlusszentrale bis zum Endkunden zumieten, haben in der Regel kein Interesse daran, Layer 2 oder Layer 3 Angebote zu nutzen, da sie hierbei ihre in den Anschlusszentralen bestehende Infrastruktur nur eingeschränkt einsetzen könnten. Damit würden sie einen Teil ihres Wertschöpfungspotenzials nicht nutzen. Ein Wechsel auf ein entsprechendes Alternativprodukt (z.B. Layer 2- oder Layer 3-Produkt) wäre lediglich sinnvoll, wenn der Einkauf des Alternativprodukts günstiger wäre, als die eigene Infrastruktur zu nutzen oder wenn die vom Endkunden nachgefragte Leistung durch die eigene Infrastruktur nicht bereitgestellt werden kann.

309. Das Vorleistungsprodukt TAL ist reguliert. Zum Zeitpunkt der Ausschreibung der Post betrug der Preis (rückwirkend) ab dem 1. Januar 2009 für eine TAL CHF 18.80 pro Monat. Die Preise für ein Layer 3-Angebot (BBCS) für Geschäftskunden liegen bei über CHF 215.■ pro Monat. Selbst wenn beide Produkte im Hinblick auf die Erbringung der nachgefragten Leistungen gegenüber dem Endkunden technisch austauschbar sind, so stellt BBCS in preislicher Hinsicht keine Alternative zur TAL dar, wenn eine FDA die betreffende Anschlusszentrale bereits erschlossen hat. Umgekehrt lohnen sich die Investitionskosten in Höhe von CHF [100'000-200'000] und CHF [150'000-250'000] für die Entbündelungen einer Anschlusszentrale nur, wenn ab der Anschlusszentrale eine ausreichende Menge an Anschlüssen angeboten werden kann.

310. Folglich fragen FDA, die keine eigene Infrastruktur bis zu den Anschlusszentralen aufgebaut haben bzw. aufbauen wollen, keine Layer 1-Angebote nach, da sie diese aufgrund der bei ihnen nicht vorhandenen Infrastruktur nicht nutzen können. Da sich auf der einen Sei-

320 MATTHIAS AMGWERT, Netzzugang in der Telekommunikation, Zürich 2008, Rz 254 ff. 321 Eingabe Sunrise vom 17. Oktober 2013 (act. 108), S. 2.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 71

te die technischen Möglichkeiten der Angebotsgestaltung und auf der anderen Seite die Kostenstrukturen für die Nutzung eines Layer-2 oder Layer-3 Angebots im Vergleich zu einem Layer-1 Angebot stark unterscheiden, stellen die Layer-2 und Layer-3 Angebote grundsätzlich keine Substitute zum physischen Zugang dar. Daher rechtfertigt es sich, einen eigenständigen Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur abzugrenzen.

311. Auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur treffen daher auf der Anbieterseite Swisscom und auf der Nachfrageseite diejenigen FDA, welche über die TAL Fernmeldedienstleistungen erbringen wollen, aufeinander.

Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich 312. Um Dienstleistungen im Bereich der elektronischen Datenübertragung gegenüber Endkunden

erbringen zu können, sind FDA ohne eigene Netzwerkinfrastruktur oder ohne Zugang zu einer physischen Netzwerkinfrastruktur auf Vorleistungsprodukte bzw. Vorleistungsdienstleistungen von FDA, die über solch eine Infrastruktur bzw. über einen Zugang zu einer solchen Infrastruktur verfügen, angewiesen. Der Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich umfasst daher auf der Anbieterseite sämtliche FDA, die Datenübertragungsdienste anbieten, welche zur Bereitstellung von elektronischen Datenübertragungsdiensten gegenüber Endkunden im Geschäftskundenbereich geeignet sind. Auf der Nachfrageseite umfasst der Markt sämtliche Nachfrager dieser Dienstleistungen, welche diese nicht zum Eigengebrauch, sondern als Vorleistungsprodukte für die Erbringung von Dienstleistungen im Geschäftskundenbereich nachfragen.<sup>322 313</sup>. In der Ausgestaltung der Vorleistungsprodukte kann grundsätzlich zwischen sogenannten Layer-2 und Layer-3 Produkten unterschieden werden (vgl. Rz 300 ff.). Während für den Nachfrager die technischen Variationsmöglichkeiten betreffend die für die Datenübertragung eingesetzten Protokolle auf Layer-2 noch recht hoch sind, sind die Variationsmöglichkeiten bei Layer-3 Produkten eingeschränkter. Swisscom bietet als einzige FDA derzeit schweizweit sowohl Layer-2 als auch Layer-3 Produkte an. Im Rahmen des vorliegend zu beurteilenden Sachverhalts kann allerdings auf eine vertiefte Analyse der Substitutionsmöglichkeiten zwischen diesen Dienstleistungen und dementsprechend auf eine weitere Unterteilung des Wholesale-Marktes für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich verzichtet werden, da sowohl CES (Layer-2 Angebot) als auch BBCS (Layer-3 Angebot) zur Erbringung solcher Dienstleistungen sowohl im Allgemeinen als auch gegenüber der Post geeignet sind (vgl. Rz 140 und Rz 150) und eine weitere Unterteilung des Wholesale-Markts für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich keine zusätzlichen Erkenntnisse im Hinblick auf den zu untersuchenden Sachverhalt liefern würde. <sup>314</sup>. Da Geschäftskunden grundsätzlich im Hinblick auf Symmetrie der Down- und Uploadgeschwindigkeiten, den Service-Levels etc. andere Anforderungen an die Datenübertragungsdienstleistungen stellen als Privatpersonen, werden grundsätzlich unterschiedliche Vorleistungsprodukte angeboten. So fragt ein Privatkunde in der Regel lediglich einen Zugang zum Internet nach. Demgegenüber fragen Geschäftskunden einen Zugang zum Internet nach und wollen oft zudem die Vernetzung ihrer einzelnen Standorte realisieren. Für Letzteres fragen Unternehmen daher für gewöhnlich symmetrische Bandbreiten nach. Zudem verlangen Geschäftskunden grundsätzlich eine Ausfallsicherheit und SLA, da sich bei ihnen Systemausfälle in der Regel direkt auf die Geschäftstätigkeit auswirken. Auch preislich unterscheiden sich die Angebote von Swisscom im Privatkundenbereich stark von denen im Geschäftskundenbereich. Daher sind die Angebote im Privatkundenbereich nicht mit denen im Geschäftskundenbereich austauschbar. Aus diesen Gründen kann zwischen einem Geschäftskunden- und einem Privatkundenbereich unterschieden werden. Da auch die Post im

322 Vgl. RPW 2012/2, 240 Rz 339 ff., Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 72

Rahmen ihrer Ausschreibung spezifische Eigenschaften eines Geschäftskundenanschlusses (höhere Ausfallsicherheit, entsprechende SLA, symmetrische Bandbreiten etc.) nachgefragt hat, rechtfertigt sich für die Zwecke des vorliegend zu beurteilenden Sachverhalts eine separate Abgrenzung eines Wholesale-Markts für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich. <sup>315</sup>. Der sachlich relevante Markt umfasst daher sämtliche Angebote von leitungsgebundenen Datenübertragungsdienstleistungen, welche basierend

auf einer physischen Netzwerkinfrastruktur (oder basierend auf einem Zugang zu einer solchen) als Vorleistung im Geschäftskundenbereich erbracht werden. Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich 316. Im Geschäftskundenbereich werden zur elektronischen Datenübertragung meist symmetrische Datenübertragungsdienstleistungen zwischen den verschiedenen Standorten sowie symmetrische und/oder asymmetrische Verbindungen ins Internet nachgefragt. Hierbei spielen insbesondere die garantierte Bandbreite und Service-Levels eine wichtige Rolle, so dass die an die Breitbandverbindung gestellten Anforderungen im Geschäftskundenbereich in der Regel hoch sind. Der Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich umfasst daher sämtliche Fernmeldedienstleister, die Dienstleistungen zur elektronischen Datenübertragung anbieten, welche den Anforderungen im Geschäftskundenbereich entsprechen und sämtliche Endkunden, welche diese Dienstleistungen nachfragen.<sup>323</sup> 317. Auf dem Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich treffen daher Anbieter von elektronischen Datenübertragungsdienstleistungen, welche die Anforderungen von Geschäftskunden erfüllen, sowie Geschäftskunden, welche deren Angebote nachfragen, aufeinander. Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffend die Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung 318. Im vorliegend zu beurteilenden Fall hat die Post die Errichtung eines Wide Area Networks ausgeschrieben. Sie ist daher Nachfragerin nach den entsprechenden Dienstleistungen der FDA, mittels welchen die einzelnen Poststandorte entsprechend ihren Spezifikationen angebunden werden können. Als Anbieterinnen kommen sämtliche FDA in Frage, welche die Anforderungen der Post erfüllen können. Auf dem Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffend die Ausschreibung der Post treffen Anbieterinnen von elektronischen Datenübertragungsdienstleistungen, welche die Anforderungen der Post erfüllen, sowie die Post als Nachfragerin dieser Angebote, aufeinander. B.3.1.1.2. Räumlich relevanter Markt Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten 319. Swisscom stellt als einzige Anbieterin den Zugang zur kupferkabelbasierten Netzwerkinfrastruktur zu schweizweit einheitlichen Bedingungen bereit. FDA, welche die TAL als Vorleistungsprodukt nachfragen, sind entweder schweizweit oder regional tätig. Es ist ebenso denkbar, dass ausländische Unternehmen Vorleistungsprodukte von Swisscom nachfragen, um über die Netzwerkinfrastruktur von Swisscom der Post Angebote zu offerieren. Dennoch

323 Vgl. RPW 2012/2, 242 Rz 353 ff., Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 73

werden sie für die Angebotsbereitstellung auf die in der Schweiz liegende Infrastruktur von Swisscom zurückgreifen bzw. eine eigene Infrastruktur in der Schweiz aufbauen müssen. Daher werden ausländische Unternehmen kaum ohne eigene Präsenz in der Schweiz ein Angebot lancieren können, weshalb lediglich von einem schweizweiten und nicht internationalen Angebot auszugehen ist. Im Falle der Post umfasst die WAN-Anbindung eine schweizweite Vernetzung der Standorte. Daher kann auf eine schweizweite Nachfrage geschlossen werden. Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung wird in räumlicher Hinsicht ein schweizweiter Markt abgegrenzt.<sup>324</sup> Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich 320. FDA, welche gegenüber Endkunden entsprechende Dienstleistungen anbieten, fragen Vorleistungsprodukte zur Erbringung von Datenübertragungsdiensten grundsätzlich schweizweit nach. Zwar

existieren auch kleinere FDA, die nur bestimmte Regionen mit ihrem Service abdecken wollen. In der Schweiz könnte auch Sunrise in denjenigen räumlich begrenzten Gebieten entsprechende Vorleistungsprodukte anbieten, welche über eine von ihr erschlossene Anschlusszentrale erreicht werden können. Für das schweizweite Anbieten von Breitbandangeboten im Geschäftskundenbereich gegenüber Endkunden stellen die regionalen Angebote von Sunrise allerdings keine Alternative dar. Im vorliegend zu beurteilenden Fall umfassen die Anforderungen der Post eine schweizweite Vernetzung der Poststandorte. Daher besteht eine schweizweite Nachfrage. Zudem unterscheiden sich die Wettbewerbsverhältnisse in räumlicher Hinsicht nicht in einem solchen Ausmass, dass sich eine weitere räumliche Unterteilung des Marktes rechtfertigen würde.<sup>321</sup> Aus den oben genannten Gründen ist für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung in räumlicher Hinsicht von einem schweizweiten Markt auszugehen.<sup>325</sup> Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich <sup>322</sup>. Die Nachfrager nach Breitbanddiensten im Geschäftskundenbereich sind Unternehmen der ganzen Schweiz. Zudem können aufgrund der in der Schweiz liegenden Netzinfrastruktur nur Breitbandanbindungen in der Schweiz nachgefragt werden. Daher ist vorliegend von einer schweizweiten Nachfrage auszugehen. In räumlicher Hinsicht kann daher für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung ein schweizweiter Markt abgegrenzt werden.<sup>326</sup> Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffend die Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung <sup>323</sup>. Die Post fragt im Rahmen der WAN-Anbindung für sämtliche Poststandorte die entsprechenden Breitbanddienste nach. Daher ist für die Ausschreibung der Post von einer schweizweiten Nachfrage auszugehen. In räumlicher Hinsicht kann daher für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung ein schweizweiter Markt abgegrenzt werden.<sup>327</sup> B.3.1.2 Beurteilung der Marktstellung <sup>324</sup>. Ein Unternehmen gilt gemäss Art. 4 Abs. 2 KG als marktbeherrschend, wenn es auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage ist, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbieter oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu

<sup>324</sup> Vgl. RPW 2010/1, 129 Rz 89, Preispolitik ADSL. <sup>325</sup> Vgl. RPW 2010/1, 129 Rz 89, Preispolitik ADSL. <sup>326</sup> Vgl. RPW 2010/1, 129 Rz 89, Preispolitik ADSL. <sup>327</sup> Vgl. RPW 2010/1, 129 Rz 89, Preispolitik ADSL.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 74

verhalten. In diesem Zusammenhang stellt das Kartellrecht auf die den Unternehmen zur Verfügung stehenden Verhaltens- bzw. Preissetzungsspielräume ab.<sup>328</sup> Werden hingegen Unternehmen aufgrund der der Marktgegenseite zur Verfügung stehenden Alternativen diszipliniert, bestehen solche Spielräume nicht. Je umgehender die Marktgegenseite auf Verhaltensänderung bzw. Preisänderungen reagiert, desto stärker werden die Handlungsspielräume eingeengt und das betroffene Unternehmen diszipliniert. Fehlt hingegen eine solche Disziplinierung, verbleiben dem Unternehmen mitunter grosse Verhaltens- und Preissetzungsspielräume. <sup>325</sup>. Um die Marktstellung eines Unternehmens zu untersuchen, sind die jeweils relevanten Kriterien im Sinne einer Gesamtprüfung der Verhältnisse heranzuziehen, wobei neben Marktstrukturdaten und deren Entwicklung auch Eigenschaften des betreffenden Unternehmens sowie andere marktspezifische Eigenschaften zu berücksichtigen sind.<sup>329</sup> Hierbei ist in verfahrensrechtlicher Hinsicht „nicht ein Nachweis der marktbeherrschenden Stellung im Sinne eines Vollbeweises zu erbringen; vielmehr hat die [WEKO] im Rahmen ihrer Erwägungen abzuwägen, ob im konkreten Fall von einer Marktbeherrschung auszugehen ist, und diesen Entscheid

genügend zu begründen. An die Begründungspflicht und –dichte sind hohe Anforderungen zu stellen.“<sup>330</sup> 326. Ob sich Swisscom im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG unabhängig von Mitbewerbern, An- bietern oder Nachfragern verhalten kann, muss im Einzelfall geprüft werden. Sie kann sich wie bereits erwähnt dann nicht unabhängig verhalten, wenn sie sich ausreichend starker ak- tueller oder potentieller Konkurrenz gegenüber sieht. B.3.1.2.1. Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten Aktueller Wettbewerb 327. Zum Zeitpunkt der Ausschreibung verfügte in der Schweiz lediglich Swisscom über ein vollständiges Kupferkabelnetzwerk im Anschlussbereich und konnte daher als einzige Unternehmung in der Schweiz einen Zugang zur physischen Kupferkabelnetzinfrastruktur gewähren. Somit hat Swisscom auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzinfra- struktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten einen Marktanteil von an- nähernd 100 %. So bot neben Swisscom zum Zeitpunkt der Ausschreibung keine andere Netzbetreiberin nachfragenden FDA einen schweizweiten Zugang zu ihrem leitungsgebundenen Datenübertragungsnetz an. 328. Dies hatte zur Folge, dass sämtliche FDA, die einen Zugang zu einem physischen lei- tungsgebundenen Datenübertragungsnetzwerk nachfragten, diesen lediglich bei Swisscom erhalten konnten. Eine Disziplinierung von Swisscom als einzige Anbieterin eines Zugangs zur physischen Netzinfrastruktur war daher auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten nicht zu erwarten. 329. Swisscom war zum Zeitpunkt der Ausschreibung allerdings gesetzlich dazu verpflich- tet, die TAL in nichtdiskriminierender Weise zu kostenorientierten Preisen Dritten bereitzu- stellen (Preisregulierung gemäss Art. 11 FMG). Die ComCom legte den für das Jahr 2009 massgeblichen monatlichen Preis für die Miete eines entbündelten Anschlusses auf CHF 18.80 fest.<sup>331</sup> Daher war Swisscom in ihren Verhaltens- und Preissetzungsspielräumen

328 Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 297 E. 10.1, Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion. 329 Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 297 E. 10.1, Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion. 330 Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 298 E. 10.1, Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion. 331 Verfügung der ComCom vom 9. Oktober 2008.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 75

grundsätzlich preislich nach oben hin eingeschränkt, was dazu führte, dass aufgrund der ge- setzlichen Regulierung der TAL Swisscom ihre marktbeherrschende Stellung nur noch im Rahmen der regulierten Bedingungen zur Preis- und Angebotsgestaltung nutzen kann. Potentieller Wettbewerb 330. Derzeit werden in der Schweiz flächendeckend von Swisscom in Kooperation mit Elektrizitätsversorgungsunternehmen Glasfasernetzwerke aufgebaut. Basierend auf diesen neu entstandenen bzw. entstehenden Infrastrukturen werden seit dem Jahr 2012 Vorleis- tungsprodukte verkauft. Dies hat zur Folge, dass mit den Elektrizitätsversorgungsunterneh- men auf Infrastrukturebene ein neuer Marktakteur in den Markt eingetreten ist. 331. Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung ist dies allerdings unerheblich, da während der Untersuchungsdauer noch keine entsprechenden schweizweiten Angebote im Markt vorhanden waren. Zudem war zum Zeitpunkt der Ausschreibung der Post noch nicht ersichtlich, wie schnell und in welchem Ausmass der Glasfaseraufbau im Anschlussbereich vonstattengehen würde. 332. Weitere potentielle Wettbewerber waren zum Zeitpunkt der Ausschreibung nicht er- sichtlich, weshalb kein potentieller Wettbewerb vorlag. Zwischenergebnis 333. Als einzige kupferkabelbasierte

Netzbetreiberin in der Schweiz konnte sich Swisscom zum Zeitpunkt der Ausschreibung grundsätzlich auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten unabhängig verhalten.

Abbildung 2: Abhängigkeiten auf dem Layer 1-Markt 334. Im Bereich der Preissetzung war der Handlungsspielraum von Swisscom allerdings auf die regulierten Preise beschränkt. Zudem war Swisscom zum Zeitpunkt der Ausschreibung (und ist es auch heute noch) gesetzlich verpflichtet, die TAL zu nichtdiskriminierenden Bedingungen und zu kostenorientierten Preisen anzubieten. Abgesehen von diesen Einschränkungen konnte und kann sich Swisscom auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten als einzige Anbieterin unabhängig verhalten. Aus diesem Grund ist Swisscom auf diesem Markt als marktbeherrschend einzustufen. Layer 1-Nachfrager Netzbetreiber TAL

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 76

B.3.1.2.2. Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich Aktueller Wettbewerb 335. In der Schweiz verfügt Swisscom über das am besten ausgebaute Netzwerk zur leitungsgebundenen elektronischen Datenübertragung im Anschlussbereich. Insbesondere im Hinblick auf die Bereitstellung von symmetrischen Breitbandanbindungen, wie sie regelmässig im Geschäftskundenbereich nachgefragt werden, verfügt einzig Swisscom über eine entsprechende Infrastruktur. Aus diesem Grund war einzig Swisscom auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich in der Lage, anderen FDA Vorleistungen für Breitbandanbindungen in der ganzen Schweiz flächendeckend anzubieten.<sup>332</sup> Heute bestehen durch die Wholesale-Angebote der Elektrizitätsversorgungsunternehmen zumindest regional Alternativangebote über die bereits bestehenden bzw. im Aufbau befindlichen Glasfasernetze. <sup>336</sup> Zwar verfügten auch Kabelnetzwerkbetreiberinnen über eine gewisse Anzahl an Anschlüssen zum Endkunden. Diese sind allerdings für den Einsatz im Geschäftskundenbereich aufgrund ihrer technologischen Eigenschaften kaum einsetzbar. Da Koaxialkabelanschlüsse über Hubs an einer Kopfstation zusammenlaufen und die Kabelnetz-Architektur auf eine Punkt-zu-Mehrpunkt-Kommunikation ausgerichtet ist, müssen sich alle Teilnehmer an einem Hub die vorhandene Bandbreite teilen.<sup>333</sup> Dies hat zur Folge, dass sich sowohl symmetrische als auch garantierte Bandbreiten über die Koaxialkabelinfrastruktur kaum realisieren liessen. Symmetrische und garantierte Bandbreiten sind jedoch im Geschäftskundenbereich meistens Voraussetzung für ein entsprechendes Angebot und waren dies auch im Rahmen der Ausschreibung der Post. Zudem boten die einzelnen Kabelnetzbetreiberinnen der Schweiz ohnehin keine Wholesale-Angebote an. Dies unterstreicht die Feststellungen des BAKOM, dass es sich bei den genannten Kabelnetzverbänden nicht um aktuelle Wholesale-Anbieter handle.<sup>334</sup> <sup>337</sup> Denkbar ist, dass Sunrise als FDA auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen von denjenigen Anschlusszentralen aus, welche sie erschlossen hat, anderen FDA ebenfalls Vorleistungsprodukte anbietet. In diesem Rahmen könnte Sunrise basierend auf der TAL regional zu Swisscom auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich in Wettbewerb treten. Allerdings kann Sunrise kein flächendeckendes Netz zur Verfügung stellen, so dass diesen zudem einige Dienstleistungen bei Swisscom nachfragen müsste, was für den Nachfrager zu höheren Transaktionskosten führt. Da Sunrise zudem auf dem Endkundenmarkt tätig ist, dürfte zudem die Bereitschaft durch günstige Vorleistungsprodukte für mehr Wettbewerb im

Endkundenmarkt seitens anderer FDA äusserst gering sein. 338. Im Rahmen des Projektes „WAN-Anbindung Poststandorte“ war auch Sunrise in erheblichem Masse auf Vorleistungsprodukte von Swisscom angewiesen, so dass zumindest für dieses Projekt keine disziplinierende Wirkung seitens einer anderen FDA vorlag. 339. Swisscom ist somit die einzige Anbieterin, die auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen ein schweizweites Angebot unterbreiten kann. Der Wettbewerbsdruck von Sunrise als mögliche alternative Anbieterin solcher Vorleistungsprodukte ab denjenigen Anschlusszentralen, welche sie entbündelt hat, ist quasi inexistent, da alternative FDA lediglich in speziellen Einzelfällen auf mögliche Vorleistungsprodukte von Sunrise zurückgreifen können.

332 Vgl. Bitstrom-Urteil, E. 9.4.3. 333 Kabelnetz-Architektur, (03.08.2012). 334 Bitstrom-Urteil, E. 9.4.3.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 77

nen. Somit besteht auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich nur eine geringe aktuelle Konkurrenz. Potentieller Wettbewerb 340. Theoretisch wäre es denkbar, dass FDA, die sämtliche Anschlusszentralen von Swisscom entbündelt hätten, über die TAL anderen FDA elektronische Datenübertragungsdienstleistungen als Vorleistungsprodukt zur Verfügung stellen und auf diese Weise mit Swisscom in Wettbewerb treten könnten. Zum Zeitpunkt der Ausschreibung wurden allerdings solche Dienstleistungen von anderen FDA als Swisscom nicht schweizweit angeboten. Vielmehr war Sunrise als einzige FDA, die eine grössere Anzahl Anschlusszentralen von Swisscom entbündelt hatte, zur Angebotsunterbreitung im Hinblick auf die Ausschreibung der Post auf die Vorleistungsprodukte von Swisscom zwingend angewiesen. Dies galt für andere FDA, die weniger oder keine Anschlusszentralen entbündelt hatten, in noch stärkerem Ausmass. Es war zum Zeitpunkt der Ausschreibung auch nicht zu erwarten, dass eine alternative FDA eine grössere Anzahl an Anschlusszentralen entbündeln würde. 341. Auch bei den Kabelnetzbetreiberinnen gab es keine Hinweise auf die Lancierung von Wholesale-Angeboten im Geschäftskundenbereich. Das BAKOM kam in seiner Analyse zum Schluss, dass die Kabelnetzbetreiberinnen ohne zusätzliche Investitionen und entsprechend hohem Koordinationsaufwand kaum in der Lage wären, ein dem der Swisscom auch nur annähernd nahe kommendes Angebot aufzuziehen.<sup>335</sup> Die vom BAKOM gemachte und vom Bundesverwaltungsgericht bestätigte Analyse gilt im vorliegenden Fall umso mehr, als die technischen Anforderungen an Datenübertragungsdienstleistungen im Hinblick auf symmetrische Bandbreiten und Service Levels im Geschäftskundenbereich höher sind als im Privatkundenbereich. 342. Auch die aufkommenden Angebote der Elektrizitätsversorgungsunternehmen (nachfolgend: EVU) über Glasfasernetzwerke bieten nur eingeschränkt und lokal eine Alternative zu den Wholesale-Angeboten von Swisscom. Die Gründe dafür liegen insbesondere in den höheren Transaktionskosten und der regionalen Verankerung der meisten EVU. So kann nicht mit einer einzelnen FDA ein Vertrag abgeschlossen werden, sondern es müssen eine ganze Reihe an verschiedenen Verträgen abgeschlossen werden, um eine entsprechende räumliche Abdeckung zu erreichen. Es ist zudem fraglich, ob in einem solchen Setting überhaupt ganz auf Swisscom verzichtet werden kann. Allerdings waren zum Zeitpunkt der Ausschreibung die Überlegungen im Bereich Glasfaserausbau Schweiz noch nicht soweit gediehen, dass diese eine disziplinierende Wirkung auf Swisscom hätten ausüben können. Sie sind daher für die Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts unerheblich. 343. Eine Disziplinierung durch aktuelle oder potentielle alternative Anbieterinnen von Da-

tenübertragungsdienstleistungen auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich ist aufgrund des im Rahmen dieses Verfahrens erhobenen Sachverhalts nicht gegeben. Zudem zeigt die zeitliche Analyse der Preisentwicklung der BBCS und CES Angebote von Swisscom im Vergleich zu den regulierten Angeboten, dass im Zeitraum zwischen 2008 und 2013 keine Disziplinierung stattgefunden hat (vgl. Tabelle 31).<sup>344</sup> Ein weiterer disziplinierender Faktor könnten indirekte Effekte vom Endkundenmarkt auf die Vorleistungsmärkte sein. Solche indirekten Effekte könnten beispielsweise entstehen, wenn eine alternative FDA Endkundenangebote, welche auf der TAL basieren, offeriert und so andere FDA im Preis erheblich unterbietet. Da hierdurch die Gefahr besteht, dass andere FDA aus dem Markt gedrängt werden, könnten diese mit Swisscom in Verhandlung treten, um günstigere Vorleistungspreise auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen aus-

335 Bitstrom-Urteil, E. 9.4.3.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 78

zuhandeln, so dass diese mit derjenigen FDA in Wettbewerb treten können, welche ihr Angebot auf die TAL stützt. Derzeit bestehen erhebliche Preisdifferenzen zwischen dem regulierten Produkt TAL und den kommerziellen Produkten BBCS und CES. Da selbst Sunrise für Angebote im Geschäftskundenbereich in erheblichem Ausmass auf die kommerziellen Vorleistungsprodukte von Swisscom angewiesen ist, ist grundsätzlich von einem unerheblichen Wettbewerbsdruck auf dem Endkundenmarkt und den damit verbundenen möglichen indirekten Effekte auszugehen.<sup>345</sup> Alleine schon die Tatsache, dass Swisscom den Preis für BBCS für eine symmetrische Bandbreite von 1.2 Mbit/s auf CHF 215 festgelegt und über Jahre nicht verändert hat, obwohl der Preis für die TAL von CHF 18.80 auf CHF 15.50 gesunken ist, zeigt, dass hier keine Disziplinierung stattgefunden hat (vgl. Tabelle 31), obwohl die Vorleistungsprodukte austauschbar sind, wenn eine entsprechende Anschlusszentrale entbündelt wurde.<sup>336</sup> Dies hat, wie der Fall der Post zeigt, zur Folge, dass Sunrise bei solchen Ausschreibungen, aufgrund der Mischrechnung zwischen der TAL und den kommerziellen Produkten in der Regel tiefere Durchschnittspreise als andere FDA (ausser Swisscom) anbieten kann. Trotz dieses Phänomens hat Swisscom bisher keine Preisanpassung bei den kommerziellen Produkten vorgenommen, was ebenfalls darauf hindeutet, dass hier keine Disziplinierung stattfindet. Stellungnahme von Swisscom zu den Wettbewerbsverhältnissen auf dem Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich<sup>346</sup>. Swisscom macht geltend, dass die Infrastruktur von Cablecom aufgrund ihrer technologischen Eigenschaften für Breitbandanbindungen an Geschäftskunden einsetzbar sei.<sup>337</sup> Im Rahmen der Ausschreibung der Post habe Cablecom bei Swisscom keine Vorleistungsprodukte nachgefragt.<sup>338</sup> Ausserdem sei Cablecom von der Post zur Offertstellung aufgefordert worden und habe folglich die Anforderungen der Post im Präqualifikationsverfahren erfüllt.<sup>339</sup> Ob der höhere Offertpreis von Cablecom kausal auf Vorleistungspreise von Swisscom zurückzuführen ist, sei von der Wettbewerbsbehörde soweit ersichtlich nicht geprüft worden.<sup>340</sup><sup>347</sup> Hierzu ist anzumerken, dass Cablecom über eine eigene Netzwerkinfrastruktur verfügt, über welche sie möglicherweise einen Teil oder die Gesamtheit der Poststandorte abdecken kann. Die von Cablecom eingereichte Offerte fiel aber sowohl in technischer als auch in preislicher Hinsicht weit hinter die Offerten von Sunrise und Swisscom zurück, weshalb vorliegend kein Wettbewerbsdruck seitens Cablecom ausgeübt wurde.<sup>348</sup> Zudem hat das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil

vom 12. Februar 2009 festgestellt, dass Swisscom auf dem Wholesale-Markt für Breitbanddienste über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Die WEKO hat die marktbeherrschende Stellung von Swisscom in diesem Verfahren untersucht. Sie ist in ihrem damaligen Gutachten zum Schluss gekommen, dass auf dem Wholesale-Markt für Breitbanddienste einzig Swisscom in der Lage ist, anderen Fernmeldediensteanbietern Vorleistungen für Breitbandinternetzugänge in der ganzen Schweiz anzubieten. Swisscom ist das einzige Unternehmen, welches über ein flächendeckendes Anschlussnetz verfügt und zum diesem Zeitpunkt anderen Fernmeldediensteanbietern insbesondere das Vorleistungsprodukt BBCS anbot. Damit war sie auf diesem Markt konkurrenzlos die alleinige Anbieterin. Bezüglich der Finanzkraft ist Swisscom

336 Vgl. auch Ausführungen von Swisscom in der Eingabe vom 22. September 2010 (act. 50), S. 13. 337 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 68. 338 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 70. 339 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 69. 340 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 70.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 79

angesichts des vorgewiesenen Jahresumsatzes, des Betriebsgewinns und des Personalbestands das führende Telekommunikationsunternehmen in der Schweiz. Die neusten Entwicklungen haben damals zudem gezeigt, dass die Beschwerdeführerin ihre Stellung als Nummer eins im Telekommunikationsmarkt noch markant ausgebaut und den Druck auf die anderen Anbieter verstärkt hat. Aufgrund der staatlichen Mehrheitsbeteiligung hat Swisscom gegenüber ihrer Konkurrenz Vorteile, unter anderem kommt ihr ein Schutz vor Übernahmen zu. Hinsichtlich der Infrastruktur verfügt sie über ein flächendeckendes Anschlussnetz. Auch in absoluten Zahlen weist die Beschwerdeführerin die höchste Anzahl Anschlüsse und damit die grösste Anzahl möglicher Breitbandzugänge auf. Mit Bezug auf die Infrastruktur sind die Kabelnetzbetreiber, die gesamthaft weniger als die Hälfte der verfügbaren Breitbandanschlüsse der Beschwerdeführerin zum Zeitpunkt des Gutachtens besaßen, faktisch die einzigen Konkurrenten. Die Analyse des potentiellen Wettbewerbs hat damals ergeben, dass die zu erwartenden Marktzutritte nicht in der Lage waren, in Konkurrenz zu einem flächendeckenden Angebot der Beschwerdeführerin zu treten und anderen Fernmeldediensteanbietern zumutbare Ausweichmöglichkeiten zu eröffnen. Als mögliche Anbieter kamen insbesondere Kabelnetzbetreiber oder städtische Infrastrukturbetreiber mit der Erschliessung durch Glasfaserkabel in Frage. Da aber Kabelnetzbetreiber mit wenigen Ausnahmen keine Wiederverkaufsangebote für Breitbandinternet an andere Fernmeldediensteanbieter vorsahen und Cablecom als weitaus grösste Kabelnetzbetreiberin auch aus damaliger Sicht in naher Zukunft keine solchen unterbreiten würde, war die Konkurrenz zum Anschlussnetz der Beschwerdeführerin in einem Horizont von zwei Jahren als niedrig einzustufen. Glasfaseranschlüsse waren damals zahlenmässig noch sehr gering vertreten, so dass auch lokal und insbesondere in Ballungszentren entstehende Zugangsmöglichkeiten noch keine disziplinierende Wirkung zeigen würden. Die WEKO schloss somit in ihrem Gutachten, dass damals weder ein aktueller noch ein potentieller Wettbewerb herrschte, der einen genügend disziplinierenden Einfluss auf Swisscom ausgeübt habe (E.9.4.2). 349. Das BVGer hielt fest, dass nach Ansicht der WEKO nicht zu bestreiten sei, dass die Beschwerdeführerin (Swisscom) als Einzige ein flächendeckendes Angebot bereit halte und auch bei Ausschöpfung aller verfügbaren drahtgebundenen Angebote keine lückenlose, alternative Abdeckung zu

erreichen wäre. Mithin existiere aktuell kein alternatives Wholesale- Angebot, das demjenigen der Beschwerdeführerin ebenbürtig wäre. Dass diese ihr Angebot zudem zu national homogenen Preisen machen könne, zeige, dass von allfälligen alternativen Angeboten kein hinreichend disziplinierender Einfluss ausgehe, der ein unabhängiges Verhalten verhindern würde. Die damalige Behauptung von Swisscom, eine kleine Anzahl Kabelnetzverbände könne gemeinsam ein ausreichend disziplinierendes Wholesale-Angebot aufschalten, entspreche schliesslich nicht der Realität. Bei den genannten Kabelnetzverbänden handle es sich in aller Regel nicht um aktuelle Wholesale-Anbieter. Hinweise auf die Lancierung künftiger Wiederverkaufsangebote bestünden ebenfalls nicht. Ohne zusätzliche Investitionen und entsprechend hohen Koordinationsaufwand wären sie daher kaum in der Lage, ein demjenigen von Swisscom auch nur annähernd nahe kommendes Angebot aufzu- ziehen. Auch würden weitere ökonomische Gründe - notwendige Investitionen, hohe Kundenwerbekosten aufgrund eines unterschiedlich hohen Versorgungsgrades der Bevölkerung, hohe Wechselkosten sowohl auf Wholesale- als auch Endkundenebene - es als wenig wahrscheinlich erscheinen lassen, dass Kabelnetzbetreiber ein theoretisch mögliches, annähernd nationales Wholesale-Angebot lancierten. (E.9.4.3). Das BVGer hielt somit fest, dass weder ein aktueller noch ein potentieller Wettbewerb bestand, der das Verhalten der Beschwerdeführerin diszipliniert hätte (E.9.4.4). 350. Schliesslich machte Swisscom noch geltend, der potentielle Wettbewerb im Retail- Markt habe eine starke disziplinierende Wirkung gehabt und verhinderte ein unabhängiges Verhalten ihrerseits (E.10.1). Unter dem Einfluss des nachgelagerten Marktes wäre zu überprüfen gewesen, inwiefern die Wettbewerbsverhältnisse auf dem nachgelagerten Markt, das

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 80

heisst dem Retail-Markt für Breitbanddienste, disziplinierende Einflüsse auf den entsprechenden Wholesale-Markt auszuüben vermögen (E.10.4). 351. Die WEKO gelangte damals in ihrem Gutachten zum Schluss, dass disziplinierende Wirkungen aus angrenzenden Märkten nur teilweise zu berücksichtigen und nicht überzubewerten sind. Unter diesem Blickwinkel überprüfte sie, inwiefern von Kabelnetzbetreibern, insbesondere von Cablecom, Wettbewerbsdruck ausging. Zunächst hielt die WEKO fest, dass Swisscom im Bereich der geschalteten Breitbandanschlüsse auf der xDSL-Technologie über eine starke Stellung verfügte, die auch im Endkundenmarkt gegen eine Disziplinierung von Swisscom im Wholesale-Markt sprach. Von anderen Internet Service Providern, die das Vorleistungsangebot BBCS weiterverkauft haben, könne keine disziplinierende Wirkung ausgehen. Übrig geblieben sind die Kabelnetzbetreiber, deren regionale Zersplitterung indessen gegen eine Disziplinierung sprach. Selbst Cablecom, die über die stärkste Stellung unter den Kabelnetzbetreibern verfügte, entwickelte angesichts ihres im Vergleich zu Swisscom geringen Marktanteils lediglich begrenzten Wettbewerbsdruck. Aussagekräftig war etwa ein Vergleich der Entwicklung der Marktanteile von Cablecom und Swisscom: Während sich der Marktanteil Ersterer in den vorangegangenen Jahren trotz erheblicher Marketinganstrengungen verringert hatte, hat Letztere ihren Marktanteil kontinuierlich steigern können. Im Ergebnis schloss die WEKO im damaligen Verfahren, dass von den Kabelnetzbetreibern, insbesondere von Cablecom, zwar ein gewisser Wettbewerbsdruck ausging. Dieser war indessen nur begrenzt zu berücksichtigen und vor allem nur beschränkt vorhanden (E.10.4.1). 341 352. Auch zum Zeitpunkt der Ausschreibung hatten sich die Wettbewerbsverhältnisse nicht wesentlich geändert, so dass diese Ausführungen der

WEKO auch im vorliegenden Fall uneingeschränkt zur Anwendung gelangen. Demnach ist nicht von einem Wettbewerbsdruck auf dem Wholesale-Markt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich auszugehen. 353. Swisscom macht geltend, dass an keiner Stelle im Antrag der equally efficient competitor Test erwähnt und angewendet werde.<sup>342</sup> Zudem merkt Swisscom an, dass die Anzahl entbundelter TAL darauf hinweisen könnte, dass Sunrise (oder evtl. upc cablecom) weniger effizient als Swisscom seien. 354. Auf die Frage, ob Swisscom Sunrise als effiziente Konkurrentin betrachte, antwortete Swisscom im Rahmen der Anhörung, dass es schwierig sei, dies zu beurteilen. Die Investitionen in die Entbündelung der TAL seien vor vielen Jahren gemacht worden und das Angebot werde heute von Sunrise nicht mehr gepusht. Ohne Detailkenntnisse der Kostenstrukturen sei dies also schwierig zu beantworten. Aber Sunrise mache offenbar einen guten Job, da sie Swisscom Kunden abwerbe.<sup>343</sup> 355. Die Logik des equally efficient competitor Test besagt, dass eine Verhaltensweise, die gegen ein vergleichsweise ineffizientes Unternehmen gerichtet ist, aus der Perspektive der Verbraucherwohlfahrt unschädlich ist. Mit Bezug auf ökonomische Funktionen von Wettbewerbern des Marktbeherrschers wird das missbräuchliche Verhalten dahingehend geprüft, ob mit hoher Wahrscheinlichkeit ein Konkurrent durch das Verhalten vom relevanten Markt ausgeschlossen wird, obwohl dieser gleich effizient oder effizienter ist als der Marktbeherrschende.<sup>344</sup> 356. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung wurde auf die Berechnungen von Swisscom abgestellt. Die weiteren Kosten (neben den von Swisscom geltend gemachten

341 Urteil des BVGer A-109/2008 vom 12. Februar 2009, Swisscom/ComCom. 342 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 94. 343 Protokoll Anhörung Swisscom vom 1. Juni 2015 (act. 157), S. 2-3. 344 Vgl. zum Ganzen Basler Kommentar, Art. 7, N 60.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 81

Kosten) sind die Kosten für den Grundausbau einer Anschlusszentrale, welche aus den von Sunrise angegebenen Kosten berechnet wurden, und die allgemeinen VVGK, welche branchenüblich und pauschal mit 6 % veranschlagt wurden (vgl. hierzu auch nachfolgend: Rz 518). Es ist daher nicht ersichtlich in welchem Bereich auf Angaben eines ineffizienten Anbieters abgestellt wurde.<sup>345</sup> Zwischenergebnis 357. Grundsätzlich könnte von einem Layer 1-Nachfrager auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen ein gewisser Wettbewerbsdruck ausgehen. In der Schweiz käme hierbei allenfalls Sunrise in Frage. Da dies aber ihren eigenen kommerziellen Interessen entgegenlaufen würde, ist nicht zu erwarten, dass Sunrise als alternative Layer 2 bzw. Layer 3-Anbieterin die kommerziellen Produkte von Swisscom auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich in erheblichem Masse unterbieten würde und sich so neue Konkurrenz auf dem Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich schafft.

Abbildung 3: Abhängigkeiten auf dem Layer 2-Markt 358. Es kann somit festgehalten werden, dass weder aktueller noch potentieller Wettbewerb zum Zeitpunkt der Ausschreibung bestand, der das Verhalten von Swisscom diszipliniert hätte. Swisscom war daher in der Lage, sich auf dem Wholesale-Markt für Breitbandan-

345 Vgl. hierzu auch die Ausführungen in Rz 518. Layer 2-Nachfrager Netzbetreiber TAL L2 Angebot Layer 2 Angebot Anschlusszentrale erschlossen Anschlusszentrale nicht erschlossen Layer 2 Angebot Layer 1-Nachfrager

bindungen im Geschäftskundenbereich in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Dies zeigt sich nicht zuletzt auch an den Vorleistungspreisen für Bandbreiten zwischen 1 Mbit/s und 1.8 Mbit/s, die ein Vielfaches der entsprechenden regulierten Preise ausmachen. Daher ist Swisscom auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich als marktbeherrschend einzustufen. B.3.1.2.3. Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich Aktueller Wettbewerb 359. Auf dem Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich sind verschiedene FDA tätig. Wie allerdings bereits in der Analyse zur Marktstellung auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten und dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich dargelegt, sind so gut wie sämtliche FDA auf Vorleistungsprodukte von Swisscom angewiesen. Daher sind ihre Möglichkeiten, mit Swisscom in wirksamen Wettbewerb zu treten, grundsätzlich beschränkt. 360. Bei Endkundenaufträgen im Bereich der elektronischen Datenübertragung kann ins- besondere zwischen zwei verschiedenen Arten von elektronischen Datenübertragungs- dienstleistungen unterschieden werden. Auf der einen Seite fragen Endkunden an einem o- der mehreren Standorten einen Zugang zum Internet nach. Auf der anderen Seite fragen Unternehmen eine Vernetzung ihrer jeweiligen Standorte nach, so dass zwischen den Standorten im Rahmen eines geschlossenen Netzwerks Daten ausgetauscht und verteilt be- arbeitet werden können. Hierzu ist es notwendig, entsprechende Datenübertragungsdienst- leistungen an den einzelnen Standorten zur Verfügung zu stellen. 361. In der Schweiz war zum Zeitpunkt der Ausschreibung ausschliesslich Swisscom technisch in der Lage, schweizweit flächendeckend die Bedürfnisse der Geschäftskunden abzudecken, da für die Leistungserbringung im Geschäftskundenbereich die über das Kup- ferkabel verfügbare Bandbreite oft nicht ausreichte, um die Anforderungen der Geschäfts- kunden zu erfüllen. Swisscom hatte jedoch insbesondere bereits verschiedene Geschäfts- kundenanschlüssen mit Glasfaser erschlossen, um genau solche Bedürfnisse abzudecken. 362. Zwar haben alternative FDA, die eine gewisse Anzahl Anschlusszentralen entbündelt oder eigene Leitungen verlegt haben, ebenfalls die Möglichkeit, im Rahmen der technischen Kapazitäten der Kupferkabelnetzwerkinfrastruktur auf Basis der TAL bzw. auf ihren eigenen Netzwerken eigene Endkundenangebote zu erstellen und damit für einzelne Standorte einen gewissen Wettbewerbsdruck aufzubauen. Ein solcher ist allerdings auf diejenigen Endkun- denstandorte beschränkt, zu welchen sie einen Zugang über die TAL oder über ihr eigenes Netzwerk haben. Für die Erschliessung aller anderen Standorte sind sie wiederum auf die Vorleistungsprodukte von Swisscom angewiesen, da zu diesen keine Alternativen bestehen. Je nach Standort des Kunden können sie daher besser oder weniger gut mit Swisscom in Wettbewerb treten. Dies hat zur Folge, dass die Wettbewerbsintensität auf dem Endkun- denmarkt für Breitbandanbindungen zwar partiell (und zwar für einzelne Standorte) recht hoch sein kann. Insgesamt ist allerdings schweizweit auf dem Endkundenmarkt für Breit- bandanbindungen im Geschäftskundenbereich nur von einer geringen Wettbewerbsintensität auszugehen. 363. Im Rahmen der Ausschreibung der Post zeigen sich die Effekte der regulierten TAL bei Sunrise deutlich, da Sunrise aufgrund der Mischrechnung mit der TAL und den kommer- ziellen Produkten einen bedeutend tieferen Preis anbieten kann, als diejenigen FDA die aus- schliesslich die kommerziellen Produkte von Swisscom nachfragen müssen. Dennoch ist der Wettbewerbsdruck auf die kommerziellen Wholesalepreise von Swisscom, der aufgrund der Möglichkeit dieser

Mischrechnung ausgeht, äusserst gering, wie die Tabelle 30 und Tabelle

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 83

31 zeigen. So würde eine FDA, welche über eine ausreichende Anzahl entbündelter Teilnehmeranschlussleitungen verfügt, um sämtliche Poststandorte bis 2 Mbit/s damit zu erschliessen, bedeutend stärkeren Wettbewerbsdruck ausüben können. Die Tatsache, dass Swisscom dennoch keine Notwendigkeit für Preisanpassungen sah, zeigt ebenfalls den fehlenden Wettbewerbsdruck im Geschäftskundenbereich. 364. Im Hinblick auf die Ausschreibung konnte Sunrise nur einen Teil der Poststandorte mit dem regulierten Vorleistungsprodukt TAL anbinden. Für alle anderen Standorte war Sunrise auf die kommerziellen Vorleistungsprodukte von Swisscom angewiesen. Der hierbei durch Sunrise entstehende Wettbewerbsdruck auf Swisscom war daher stark eingeschränkt. Zumindest im vorliegend zu beurteilenden Fall kann nicht von wirksamem aktuellem Wettbewerb gesprochen werden. Gleiches gilt für [...], da auch [...] auf die Vorleistungsprodukte anderer FDA (vermutungsweise Swisscom) angewiesen war. Potentieller Wettbewerb 365. Zwar sind neue Markteintritte auf dem Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich durch die Möglichkeiten, von Swisscom Vorleistungsprodukte zu beziehen, durchaus möglich. Dennoch geht von solchen neuen Marktzutritten nur soviel Wettbewerb aus, wie Swisscom als einziger Anbieter von kommerziellen Vorleistungsprodukten zulässt bzw. über den Bezug der regulierten Vorleistungsprodukte (meist für eine beschränkte Anzahl von Anschlüssen) möglich ist. 366. Wettbewerbsdruck könnte zum Beispiel durch einen neuen Infrastrukturanbieter entstehen. Zum Zeitpunkt der Ausschreibung der Post war allerdings ein Marktzutritt eines neuen Infrastrukturanbieters, der bereits auf die Wettbewerbsverhältnisse im Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich zum Zeitpunkt der Ausschreibung einen Einfluss gehabt haben könnte, nicht ersichtlich. 367. Aus diesem Grund ist davon auszugehen, dass zum Zeitpunkt der Ausschreibung der Post auf dem Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich kein potentieller Wettbewerb vorhanden war. Stellungnahme Swisscom zu den Wettbewerbsverhältnissen im Endkundenmarkt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich 368. Swisscom macht geltend, dass es nicht zutrefte, dass auf dem die Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung betreffenden Endkundenmarkt kein aktueller Wettbewerb existiere. 346 An der Ausschreibung der Post hätten drei Wettbewerber ein Angebot unterbreitet. Diese seien somit gegenseitig in Wettbewerb getreten. Zudem habe Swisscom ihr Endkundenangebot so berechnet, dass auch Sunrise in der Lage gewesen wäre eine konkurrenzfähige Offerte zu erstellen. 369. Am Bieterwettstreit haben Swisscom, Sunrise und [...] teilgenommen, wobei Sunrise auf die Vorleistungsprodukte von Swisscom zur Leistungserbringung angewiesen war und daher nicht als eigenständiges und unabhängiges Marktangebot angesehen werden kann. Insbesondere in dem Masse, wie Sunrise von den kommerziellen Vorleistungsangeboten von Swisscom abhängig war, konnte Sunrise keinen über den von Swisscom damit festgelegten Preis Wettbewerbsdruck ausüben. 370. Bereits im Urteil zum schnellen Bitstrom hat das Bundesverwaltungsgericht anerkannt, dass durch die Kabelnetzbetreiber weder ein aktueller noch ein potenzieller Wettbe-

346 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 55.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 84

werb bestehe, der auf Swisscom einen disziplinierenden Einfluss auf den Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen ausüben würde.<sup>347</sup> Hierbei wurde auch dem Argument von Swisscom, dass die Kabelnetzbetreiber auf dem Endkundenmarkt Wettbewerbsdruck ausüben würden, der auch disziplinierend auf den Vorleistungsmarkt wirken würde, Rechnung getragen.<sup>348</sup> Auch vorliegend zeigen die Angebote von [...], dass [...] zu keiner Zeit willens oder in der Lage war, in preislicher Hinsicht wettbewerbsfähige Angebote zu unterbreiten, weshalb auch vorliegend nicht von einer disziplinierenden Wirkung ausgegangen werden kann. Somit ist festzuhalten, dass im Rahmen der Ausschreibung der Post kein wirksamer Wettbewerb bestand, der einen disziplinierenden Einfluss auf die Vorleistungsprodukte von Swisscom hätte ausüben können. Zwischenergebnis 371. Es kann somit festgehalten werden, dass zum Zeitpunkt der Ausschreibung weder aktueller noch potentieller Wettbewerb bestand, der das Verhalten von Swisscom diszipliniert hätte. 372. Die nachfolgende Abbildung (Abbildung 4) zeigt nochmals zusammenfassend auf, welche Akteure auf dem Endkundenmarkt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich anbieten können und welche Vorleistungsprodukte sie hierzu einsetzen können. Grundsätzlich kann zwischen denjenigen Anschlüssen, die für eine vom Netzbetreiber verschiedene FDA über eine entbündelte Anschlusszentrale erschlossen werden können (grün dargestellt), und solchen die nicht über eine entbündelte Anschlusszentrale erschlossen werden können unterschieden werden (rot dargestellt). 373. Wurde eine Anschlusszentrale entbündelt (grün dargestellt), so kann grundsätzlich zwischen drei Arten von Anbietern auf dem Endkundenmarkt unterschieden werden. Netzbetreiber können als integrierte Anbieter direkt an den Endkunden gelangen. Layer 1-Nachfrager können basierend auf dem beim Netzbetreiber nachgefragten (regulierten) Layer 1-Angebot auf dem Endkundenmarkt anbieten. Layer 2/3-Nachfrager haben zumindest theoretisch die Möglichkeit beim Layer 1-Nachfrager ein Layer 2/3-Vorleistungsprodukt zu beziehen (vgl. Rz 337) oder sie können direkt beim Netzbetreiber ein Layer 2/3-Vorleistungsprodukt beziehen, um basierend hierauf ein Endkundenangebot zu lancieren. 374. Falls keine Anschlusszentrale erschlossen wurde (rot dargestellt), so kann der Endkunde nur auf zwei Arten von Anbietern auf dem Endkundenmarkt zurückgreifen. Diese sind der Netzbetreiber sowie die Nachfrager nach Layer 2/3-Angeboten.

347 BVGE 2009/35, E. 9.4.2. 348 BVGE 2009/35, E. 8.2.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 85

Abbildung 4: Anbieter von Dienstleistungen auf dem Endkundenmarkt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich. 375. Wie bereits oben dargelegt, ist Swisscom als schweizweiter Netzbetreiber als einzige FDA in der Lage ein schweizweites infrastrukturbasiertes Angebot auf dem Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich zu unterbreiten. Sunrise hat nur einen Teil der Anschlusszentralen entbündelt und kann daher nicht schweizweit Wettbewerbsdruck ausüben. 376. Swisscom war daher in der Lage, sich auf dem Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten und ist deshalb auf diesem Markt als marktbeherrschend einzustufen. B.3.1.2.4. Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffend die Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung Aktueller Wettbewerb 377. Auf dem Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffend die Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung steht die Post als einziger Nachfrager verschiedenen FDA gegenüber. Betreffend die Marktverhältnisse kann im Wesentlichen auf die Ausführungen

in Kapitel B.3.1.2.3 verwiesen werden. Dennoch weist dieser Endkundenmarkt Besonderheiten auf. 378. Als Nachfrager nach elektronischen Kommunikationsdienstleistungen ist die Post für ihren laufenden Geschäftsbetrieb und die Anbindung der einzelnen Poststandorte auf die entsprechenden Dienstleistungen der FDA zwingend angewiesen. Für die FDA hingegen stellt die Post mit einem Umsatzvolumen von über CHF [16-23 Mio.] für vier Jahre zwar einen wichtigen Kunden dar. FDA sind aber nicht zwingend auf den Zuschlag seitens der Post angewiesen. Daher besteht zwischen den FDA und der Post ein Machtgefälle. Der disziplinierende Einfluss, den die Post ausüben kann, beschränkt sich daher im Wesentlichen auf das Ausspielen der bietenden FDA im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens. Breitbandinternetangebot gegenüber Kunden Layer 2/3-Nachfrager Layer 1-Nachfrager Netzbetreiber Endkundenangebot TAL Endkundenangebot L2 Angebot Layer 2 Angebot Endkunden Angebot Anschlusszentrale erschlossen Anschlusszentrale nicht erschlossen Endkundenangebot 1 Anbieter reguliert 2 Anbieter kommerzielle 1 Anbieter kommerziell L1 Markt L2/3 Markt L2/3 Markt

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 86

379. Wie bereits die Analysen zur Marktstellung auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten, dem Wholesale-Markt für Breitbandinternet und dem Endkundenmarkt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich gezeigt haben, sind sämtliche FDA (ausser Swisscom) in mehr oder minder starkem Ausmass auf Vorleistungsprodukte von Swisscom angewiesen. Daher sind ihre Möglichkeiten, gegenüber der Post mit Swisscom in wirksamen Wettbewerb zu treten, beschränkt. 380. Die Möglichkeiten, mit Swisscom im Geschäftskundenbereich in Wettbewerb zu treten, werden vornehmlich durch die Möglichkeiten bestimmt, anstatt der kommerziellen Produkte von Swisscom die regulierte TAL für die Bereitstellung der WAN-Anbindung gegenüber der Post einzusetzen. Ohne eine Anschlusszentrale entbündelt zu haben, hätte eine FDA von Swisscom Vorleistungsprodukte und Eigenleistungen in Höhe von CHF [32-38 Mio.] für die Anbindung der Poststellen nachfragen müssen (vgl. Rz 181). Damit sind die Möglichkeiten solcher FDA Wettbewerbsdruck in preislicher Hinsicht auf Swisscom auszuüben auf dieses hohe Preisniveau der kommerziellen Vorleistungspreise beschränkt. Sunrise verfügt in der Schweiz über die grösste Anzahl entbündelter Anschlusszentralen. Dennoch musste Sunrise für die Anbindung der Poststandorte mit Vor- und Eigenleistungskosten gegenüber Swisscom in Höhe von mindestens CHF [16-23 Mio.] (vgl. Rz 181 sowie Rz 175 f., 177 und 178 f.) tragen. Zusammen mit den zusätzlich von Sunrise zu erbringenden Eigenleistungen (vgl. Rz 183 ff.) hätte sie unter günstigsten Annahmen kostendeckend zu einem Preis von CHF [20'000'000-21'000'000] anbieten können. Der von den anderen FDA im Rahmen der Ausschreibung der Post in Sachen WAN-Anbindung ausgehende Wettbewerbsdruck war also aufgrund der von Swisscom im Wholesale-Markt für Breitbandinternet verlangten Vorleistungspreise auf maximal CHF [20'000'000-21'000'000] begrenzt. 381. Vergleicht man diesen von den FDA und der Post auf Swisscom ausgehenden beschränkten Wettbewerbsdruck mit den anhand der TAL errechneten internen Kosten von Swisscom in Höhe von CHF [8'000'000-10'000'000] (vgl. Rz 180 f. 183 ff. und insbesondere 186 f.)<sup>349</sup>, so ergibt sich für Swisscom ein sehr grosser Preissetzungsspielraum, den sie zu ihren Gunsten ausnutzen kann und in dessen Rahmen sie sich von den Wettbewerbern unabhängig verhalten kann. 382. Aufgrund der Tatsache, dass Swisscom über die Wholesale-Preise für Breitbandanbindungen im

Geschäftskundenbereich die Endkundenpreise ihrer Konkurrenten beeinflussen kann, dass die Post keine über das Ausspielen der einzelnen Bieter hinausgehende Verhandlungsmacht hat und dass keine alternativen FDA zur Verfügung stehen, die für das Gebot gegenüber der Post nicht auf die Vorleistungsprodukte von Swisscom angewiesen sind, existiert auf dem die Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung betreffenden Endkundenmarkts für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffend die Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung kein aktueller Wettbewerb. Potentieller Wettbewerb 383. Betreffend den potentiellen Wettbewerb kann auf die Ausführungen zum Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich verwiesen werden. Zudem würde sich ausschliesslich für die Teilnahme an der Ausschreibung der Post betreffend WAN-Anbindung für eine FDA ein Markteintritt nicht lohnen.

349 Wobei die auf diese Weise errechneten internen Kosten von Swisscom bedeutend zu hoch sein müssten, da die kostenorientierten Preise für die TAL nur für Anbindungen bis 2 Mbit/s angewendet wurden. Für die Standorte mit höheren Anforderungen an die Bandbreite wurden zu Gunsten von Swisscom ihre kommerziellen Preise angewendet, obwohl die Bereitstellungskosten gemäss Auskunft des BAKOM vom 9. September 2013 (act. 92, S. 6) auch für VDSL-Anbindungen, also für weit über 2 Mbit/s hinausgehende Anbindungen, denjenigen der TAL entsprechen.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 87

384. Zum Zeitpunkt der Ausschreibung bestand daher kein potentieller Wettbewerb. Zwischenergebnis 385. Zusammenfassend kann daher für den Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffend die WAN-Anbindung der Post festgehalten werden, dass weder aktueller noch potentieller Wettbewerb bestand, der das Verhalten von Swisscom in entscheidendem Masse diszipliniert hätte. Zudem war auch die Verhandlungsmacht der Post als Nachfrager nicht ausreichend gross, um Swisscom in ihren Möglichkeiten, sich unabhängig zu verhalten, entscheidend zu disziplinieren.

B.3.1.2.5. Ergebnis der Analyse der Marktstellung 386. Aufgrund der obigen Ausführungen kann festgehalten werden, dass Swisscom auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich sowie auf dem Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Wie die Analysen zur Ausschreibung gegenüber der Post gezeigt haben, verfügt Swisscom ebenfalls über eine marktbeherrschende Stellung auf dem Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffend die Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung. Auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten verfügt zwar lediglich Swisscom über ein vollständiges Kupferkabelnetzwerk im Anschlussbereich und damit über einen Marktanteil von 100 % und kann daher als einzige Unternehmung in der Schweiz einen Zugang zur physischen Kupferkabelnetzinfrastruktur gewähren. Damit kann sie sich grundsätzlich unabhängig verhalten. Jedoch ist sie aufgrund der gesetzlichen Verpflichtung, die TAL in nichtdiskriminierender Weise zu kostenorientierten Preisen Dritten zur Verfügung zu stellen, in ihren Handlungsalternativen eingeschränkt, weshalb sie ihre marktbeherrschende Stellung nur teilweise (Preissetzungsspielraum bis zum regulierten Preis und Einschränkung durch die Nichtdiskriminierungspflicht) ausnutzen kann. Ihr Handlungsspielraum ist demnach nach wie vor als wesentlich zu qualifizieren. Daher verfügte Swisscom zum Zeitpunkt der Ausschreibung auch im Markt für den Zugang zur physischen Kupferkabelnetzinfrastruktur

über eine marktbeherrschende Stellung. B.3.2 Unzulässige Verhaltensweisen und Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung 387. Gemäss der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Es kann zwischen einem sog. Behinderungsmissbrauch und einem sog. Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch unterschieden werden. Eine klare Zuordnung ist nicht in allen Fällen möglich, da Geschäftspraktiken von marktbeherrschenden Unternehmen zugleich behindernd und ausbeutend sein können.<sup>350</sup> 388. Ein Behinderungsmissbrauch liegt vor, wenn andere Unternehmen (i. d. R. aktuelle oder potenzielle Konkurrenten; in einem ersten Schritt aber auch andere Marktteilnehmer) in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert werden. Dabei spielt es keine Rolle, ob sich die Behinderung auf dem Markt des marktbeherrschenden Unternehmens oder auf einem vor- bzw. nachgelagerten Markt aktualisiert. Der Behinderungsmissbrauch umfasst somit sämtliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen ausserhalb eines fairen Leistungswettbewerbs, die sich gegen (aktuelle oder potenzielle) Konkurrenten

350 RPW 2010/1, S. 166 Rz 322, Preispolitik Swisscom ADSL; vgl. auch BGE 139 I 72, 100 ff. E. 10.1.1 (= RPW 2013/1, 130 f. E. 10.1.1), Publigroupe SA et al./WEKO.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 88

oder Handelspartner richten und diese in ihren Handlungsmöglichkeiten auf dem beherrschten oder benachbarten Markt einschränken.<sup>351</sup> 389. Demgegenüber wird bei einem Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch die Marktgegenseite (d. h. insb. die Lieferanten oder Abnehmer des marktbeherrschenden Unternehmens) benachteiligt, indem dieser ausbeuterische Geschäftsbedingungen oder Preise aufgezwungen werden. Einen typischen Ausbeutungsmissbrauch stellt deshalb die Erzwingung von unangemessenen Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG dar. Charakteristisch für den Ausbeutungsmissbrauch ist das Streben des marktbeherrschenden Unternehmens nach ökonomischen Vorteilen durch eine Beeinträchtigung der Interessen von Handelspartnern und Verbrauchern unter Ausnutzung seiner marktbeherrschenden Stellung.<sup>352</sup> 390. Wie es das Bundesgericht im Fall «Publigroupe» festgehalten hat, ist anhand eines dualen Prüfungsmusters zu eruieren, ob ein unzulässiges Verhalten bzw. ein Missbrauch vorliegt: In einem ersten Schritt sind die Wettbewerbsverfälschungen (d. h. Behinderung bzw. Benachteiligung von Marktteilnehmern) herauszuarbeiten. In einem zweiten Schritt sind mögliche Rechtfertigungsgründe (sog. legitimate business reasons) zu prüfen. Unzulässiges Verhalten liegt dann vor, wenn kein sachlicher Grund für die Benachteiligung bzw. Ausbeutung oder die Behinderung vorliegt. Die Lehre anerkennt daneben weitere Kriterien für die Beurteilung der Frage, ob ein unzulässiges Verhalten bzw. ein Missbrauch vorliegt, wie etwa die Behinderungs- oder Verdrängungsabsicht, die Schwächung der Wettbewerbsfähigkeit, den Nichtleistungswettbewerb oder die normzweckorientierte Interessenabwägung.<sup>353</sup> 391. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, hat Swisscom ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht und damit die Marktgegenseite benachteiligt und andere Unternehmen in der Aufnahme bzw. Ausübung des Wettbewerbs behindert. B.3.2.1 Erzwingung unangemessener Preise 392. Gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG fällt eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens bei einer Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener

Geschäftsbedingungen in Betracht. B.3.2.1.1. Rechtliche Grundlagen 393. Im Beispielkatalog von Art. 7 Abs. 2 KG wird unter Bst. c die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen als Beispiel für einen Ausbeutungsmissbrauch gemäss Art. 7 Abs. 1 KG aufgeführt.<sup>354</sup> Marktbeherrschende Unternehmen versuchen hierdurch in der Regel ihren Profit zu maximieren, indem sie den fehlenden Wettbewerb ausnutzen, um Kunden in den vor- oder nachgelagerten Märkten auszubeuten. 394. Praxis und Lehre sehen bei Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG als Tatbestandselemente den Preis und sonstige Geschäftsbedingungen, die Erzwingung sowie die Unangemessenheit vor. Der Wortlaut von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG zielt auf den Preis bzw. auf sonstige Ge-

351 BGE 139 I 72, 101 E. 10.1.1 m. w. H. (= RPW 2013/1, 130 E. 10.1.1), Publigroupe SA et al./WEKO; vgl. auch Botschaft KG 1995, BBl 1995 468, 569. 352 BGE 139 I 72, 102 E. 10.1.1 m. w. H. (= RPW 2013/1, 130 f. E. 10.1.1), Publigroupe SA et al./WEKO. 353 BGE 139 I 72, 104 E. 10.1.2 m. w. H. (= RPW 2013/1, 131 E. 10.1.2), Publigroupe SA et al./WEKO. 354 BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 295), Ar. 7 KG Rz 247.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 89

schäftsbedingungen ab, wobei die Trennlinie zwischen Preis und sonstigen Geschäftsbedingungen nicht scharf ist.<sup>355</sup> 395. Im Hinblick auf den Einzelatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG, der die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen zum Gegenstand hat, bildet das Verhaltenselement des Aufzwingens das qualifizierende Element, welches zur Marktbeherrschung und zu den unangemessenen Preisen hinzutritt. Folglich kommt gemäss Bundesgericht dem Element der Erzwingung in Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG eine eigenständige Bedeutung zu.<sup>356</sup> Daher muss für das Vorliegen eines Marktmissbrauchs im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG i. V. m. Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG zumindest auf die Marktgegenseite ökonomischer Druck ausgeübt werden, der sich auf die Marktbeherrschung stützt und welchem die Marktgegenseite nichts entgegenzusetzen hat bzw. welchem sie nicht ausweichen kann.<sup>357</sup> 396. Als weiteres Tatbestandselement sieht Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG die Unangemessenheit des Preises oder der sonstigen Geschäftsbedingungen vor. Die Unangemessenheit von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen ist ein nicht näher umschriebener Begriff. Die Lehre geht daher davon aus, dass bei der Anwendung von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG äusserste Zurückhaltung geboten ist.<sup>358</sup> Der Gesetzgeber spricht im Zusammenhang mit Geschäftsbedingungen dann von Unangemessenheit, wenn sie aufgrund der konkreten Umstände offensichtlich unbillig sind.<sup>359</sup> Hierbei geht der Gesetzgeber von einem vernünftigen Verhältnis zwischen dem Wert der von einem marktbeherrschenden Unternehmen angebotenen Leistung und dem hierfür verlangten Preis aus. 397. Gemäss Praxis der WEKO ist ein von einem marktbeherrschenden Unternehmen festgelegter Preis unangemessen, wenn er in keinem angemessenen Verhältnis zur wirtschaftlichen Gegenleistung steht und nicht Ausdruck von Leistungswettbewerb, sondern einer monopolnahen Dominanz auf dem relevanten Markt ist.<sup>360</sup> Für eine solche Überprüfung schlägt die WEKO das „Vergleichsmarktkonzept“ („relative Methode“ oder „Benchmark-Methode“), die „Kostenmethode“ („absolute Methode“) oder die „Als-ob“ Methode vor. Bei der letztgenannten werden die Preise so simuliert, als wäre der Markt einem unverfälschten Wettbewerb ausgesetzt.<sup>361</sup> B.3.2.1.2. Erzwingung unangemessener Preise durch Swisscom im Rahmen der Angebotsgestaltung 398. Im vorliegend zu beurteilenden Fall steht insbesondere die Preisgestaltung der regulierten im Verhältnis zur

Preisgestaltung der kommerziellen Vorleistungsprodukte von Swisscom im Geschäftskundenbereich im Vordergrund. Auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich ist Swisscom die einzige FDA, die entsprechende Vorleistungsprodukte schweizweit anbieten kann. Zwar ist es theoretisch denkbar, dass FDA, die eine Anschlusszentrale entbündelt haben, ihrerseits Layer 2- und Layer 3-Produkte über die ab der Anschlusszentrale verfügbaren TAL anbieten. Hierzu muss allerdings die Interkonnektion mit diesen FDA gewährleistet werden. Zudem sind die von der 355 BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 295), Art. 7 KG Rz 293. 356 Urteile des BGer 2C.343/2010 und 2C.344/2010 vom 11.04.2011 (BGE 137 II 199), E. 4.3.4. 357 Urteile des BGer 2C.343/2010 und 2C.344/2010 vom 11.04.2011 (BGE 137 II 199), E. 4.3.5. 358 BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 295), Art. 7 KG Rz 312. 359 BBl 1995 I 468, 572 f. (Fn 297), Ziff. 2.3.2. 360 RPW 2008/4, 579 Rz 176, Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern. 361 RPW 2008/4 579 Rz 176, Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern; RPW 2006/3, 433 Rz 55, Medikamentenpreis Thalidomid.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 90

FDA angebotenen Dienstleistungen regional auf die von ihr entbündelten Anschlusszentralen beschränkt, so dass in denjenigen Regionen, in denen keine Anschlusszentrale entbündelt worden ist, auf die Dienstleistungen von Swisscom zurückgegriffen werden muss. Zumindest in diesen Regionen gibt es für alternative FDA keinerlei Ausweichmöglichkeiten, was dazu führt, dass Swisscom sich in ihrer Preisgestaltung weitgehend unabhängig von möglichen Wettbewerbern verhalten und somit gegenüber ihren Nachfragern ihre Preise sowie sonstigen Geschäftsbedingungen durchsetzen und damit erzwingen kann. 399. Aber selbst in denjenigen Regionen, in denen eine FDA eine Swisscom-Anschlusszentrale entbündelt hat, ist es äusserst unwahrscheinlich, dass eine solche FDA gegenüber konkurrierenden FDA ein Layer 2- oder Layer 3-Produkt anbietet. Daher ist davon auszugehen, dass Swisscom quasi die einzige FDA ist, welche auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich umfassende Dienstleistungen anbietet. Da für Konkurrenten in der Regel keine Alternativen zu Swisscom bestehen, ist auch im gesamten Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen ein hohes Erzwingungspotenzial seitens Swisscom gegeben. 400. Im Hinblick auf die Unangemessenheit von Preisen und sonstigen Geschäftsbedingungen können, wie bereits oben aufgeführt, aus der bisherigen Praxis der WEKO das „Vergleichsmarktkonzept“, die „Kostenmethode“ sowie die „Als-ob“ Methode abgeleitet werden (vgl. Rz 397). 401. Beim sogenannten „Vergleichsmarktkonzept“ wird die Unangemessenheit eines Preises aus dem Vergleich mit Preisen auf ähnlich gelagerten Vergleichsmärkten hergeleitet.<sup>362</sup> Dabei kann die Vergleichsmarktmethode nur dann verwertbare Indizien für die Unangemessenheit von Preisen liefern, wenn die Vergleichsmärkte rechtlich und tatsächlich vergleichbar sind. Damit ein Vergleich mit anderen Unternehmen, welche untereinander konkurrieren, offen steht, muss grundsätzlich ein Vergleichsmarkt ersichtlich sein. Da allerdings Swisscom im Bereich der Erbringung von Breitbanddienstleistungen im Geschäftskundenbereich aufgrund ihrer in der Schweiz einzigartigen Infrastruktur über ein weitreichendes Monopol verfügt, erscheint ein solcher Preisvergleich im vorliegenden Fall wenig sinnvoll. Aus diesem Grund bietet sich die Verwendung des „Vergleichsmarktkonzepts“ für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens nicht an. 402. Als zweite Methode kann die sogenannte „Kostenmethode“ angewendet werden. Bei dieser Methode wird der verlangte Preis mit dem Preis verglichen, welcher

durch die Wettbewerbsbehörden aufgrund der Gestehungskosten unter Berücksichtigung einer normalen Gewinnmarge errechnet wird. Diese Methode wird teilweise auch „absolute Methode“ genannt.<sup>363</sup> 403. Nach eigenen Angaben hat Swisscom als integriertes Unternehmen ihre Buchhaltung dahingehend abgeändert, dass sie den Bereich Infrastruktur als reines Cost-Center betreibt. Gemäss Aussagen von Swisscom ist es daher nicht möglich, eine Projektkostenabrechnung zu erstellen, mittels welcher die einzelnen internen Kosten für die zur Realisierung des jeweiligen Projektes bezogenen Vorleistungen bestimmt werden können.<sup>364</sup> Aus diesem Grund können gemäss Swisscom keine verlässlichen Angaben zu den internen Kosten für die Bereitstellung der Dienstleistungen gegenüber der Post gemacht werden. Infolgedessen kann eine direkte und detaillierte Analyse der durchschnittlichen Kosten, die bei Swisscom für die in Frage stehenden Dienste in dem relevanten Zeitraum angefallen sind, nicht durchgeführt

362 RPW 2008/4, 579 Rz 177, Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern. 363 RPW 2008/4, 579 Rz 177, Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern. 364 Eingabe Swisscom vom 26. Juli 2012 (act. 65), S. 4 f.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 91

werden. Daher muss für die Überprüfung der Angemessenheit der von Swisscom verlangten Preise ein anderer Eckwert verwendet werden. 404. Ein guter Anhaltspunkt hierfür liefert die Preisbestimmung für die regulierte TAL. Die Regulierung der TAL wurde mit der Revision vom 1. April 2007 des Fernmeldegesetzes (FMG; SR 784.10) eingeführt, mit dem Ziel, den damals weitgehend fehlenden Wettbewerb zu beleben.<sup>365</sup> Die TAL muss von marktbeherrschenden FDA zu kostenorientierten Preisen angeboten werden, wobei sich das BAKOM hierbei auf die Wiederbeschaffungswerte eines „Modern Equivalent Assets“ (nachfolgend: MEA) abstützt. Die so regulierten Preise können also als Korrektiv zum fehlenden Wettbewerb in diesem Marktsegment angesehen werden. Im Preis für eine regulierte TAL sind bereits die Kapitalkosten und damit auch die branchenüblichen Gewinne mitberücksichtigt.<sup>366</sup> Gemäss Angaben des BAKOM resultieren die Preise für die regulierte TAL aus einer modellhaften Berechnung der Wiederbeschaffungswerte der schweizweiten Kupferkabelnetzwerkinfrastruktur. Da Swisscom allerdings über eine weitgehend abgeschriebene Kupferkabelnetzwerkinfrastruktur verfügt, ist davon auszugehen, dass die tatsächlichen historischen Kosten von Swisscom deutlich tiefer liegen als die kostenorientierten Preise, welche auf Wiederbeschaffungskosten einer effizienten Anbieterin basieren und auch eine Rendite für das investierte Kapital beinhalten.<sup>367</sup> Damit ist davon auszugehen, dass die Kosten von Swisscom für den Betrieb einer Kupferkabelnetzwerkinfrastruktur deutlich unter dem gegenüber Sunrise verrechneten Preis für eine TAL von insgesamt CHF 22.83 liegen.<sup>368</sup> Die kostenorientierten Preise für die TAL sind daher eine gute Annäherung an eine Situation, in welcher auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten Wettbewerb herrschen würde. Neben diesen Kosten für die Kabelnetzwerkinfrastruktur im Anschlussbereich kommen auch für Swisscom Kosten für den Betrieb von Anschlusszentralen sowie die Kosten für den Unterhalt eines Backbone-Netzes und VVGK dazu. Da Swisscom die Kosten für den Betrieb ihrer Anschlusszentralen auf eine viel grössere Anzahl Kunden umlegen kann, ist davon auszugehen, dass ihre tatsächlichen internen Kosten weit unter denen von Sunrise für die Entbündelung einer Anschlusszentrale liegen. Mangels detaillierter Kostenaufstellung seitens Swisscom wird zu Gunsten von Swisscom von denselben Kosten wie für Sunrise ausgegangen, so dass

zusätzlich CHF [10-20] pro Anschlussleitung an Kosten für den Infrastrukturausbau einer Anschlusszentrale, CHF [5-6] für allgemeine Verwaltungs- und Vertriebsgemeinkosten, CHF [1-5] für die Backbone-Anbindung und CHF [0.50-1.00] für das Plattformmanagement hinzugerechnet werden. Somit können maximale Kosten für Swisscom in Höhe von CHF [40-52] pro Teilnehmeranschluss berechnet werden, um gegenüber einem Endkunden wie der Post entsprechende Breitbanddienstleistungen erbringen zu können. 405. Gemäss Angaben des BAKOM ist ebenfalls nicht davon auszugehen, dass die tatsächlichen historischen Kosten für eine VDSL-Anbindung, sei es mit oder ohne Glasfaserabschnitt, im Durchschnitt über den regulierten Entgelten liegen.<sup>369</sup> Somit sind diese Kosten (im Sinne von internen Maximalkosten) für Swisscom auch für diejenigen Anschlüsse anzuwenden, die mit einer VDSL-Anbindung erschlossen werden können, also für Anschlüsse mit einer maximalen symmetrischen Bandbreite von über 2 Mbit/s. 406. Im Rahmen ihrer kommerziellen Produkte bietet Swisscom im Geschäftskundenbereich für symmetrische Anbindungen mit BBCS Dienstleistungen mit einer Bandbreite von

365 Botschaft zur Änderung des Fernmeldegesetzes (FMG) vom 12. November 2003, BBl 2003 7951, 7959 Ziff. 1.1.2.1. 366 Eingabe BAKOM vom 5. September 2013 (act. 92), S. 2. 367 Eingabe BAKOM vom 9. September 2013 (act. 92), S. 4. 368 Vgl. Eingabe Swisscom vom 22. September 2010 (act. 50), S. 13. 369 Eingabe BAKOM vom 9. September 2013 (act. 92), S. 6.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 92

1.2 und 1.8 Mbit/s zwischen CHF 215.– (für 1.2 Mbit/s Zone 1) und CHF 400.– (für 1.8 Mbit/s Zone 3) an. Damit betragen die Preise für die kommerziellen Produkte von Swisscom mindestens das [4-6]- bis [8-10]-fache der internen Kosten von Swisscom und denjenigen Kosten, die bei einer vergleichenden Betrachtung der Vorleistungen durch eine FDA zu erbringen wären (vgl. Rz. 404) und einem Konkurrenzniveau entsprechen. Für das Produkt CES liegen die Kosten für eine Anbindung von bis zu 2 Mbit/s zwischen CHF 490.– (Zone A) und CHF 784.– (Zone C). Damit betragen diese Kosten das [10-12]- bis [16-18]-fache der internen Kosten für die Leistungserbringung seitens Swisscom. Dass die kommerziellen Erlöse weit über den regulierten bzw. internen Kosten stehen, stellt Swisscom in ihrer Eingabe vom 22. September 2010 dar, indem sie aufzeigt, dass sich der monatliche Nettoerlös für die Bereitstellung einer 1 Mbit/s-Anbindung eines Poststandortes bei Vorleistungskosten von CHF 22.83 auf CHF 192.17 belaufen kann. Gleiches gilt auch für die von Swisscom angebotenen kommerziellen Layer 2- und Layer 3-Produkte.<sup>370</sup> 407. Um zu beurteilen, ob Preise unangemessen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG sind, stellt der Gesetzgeber auf den Rechtsgrundsatz der Billigkeit der Preise ab. Gemäss Art. 4 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210) hat ein Richter bei Billigkeitsentscheiden die objektiven Umstände des Einzelfalls zu würdigen und basierend hierauf einen Entscheid nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffen.<sup>371</sup> 408. Dies wird in der Literatur kritisiert.<sup>372</sup> AMSTUTZ/CARRON schlagen beispielsweise vor, stattdessen auf die Schwere des Eingriffs in die Wettbewerbsfreiheit des Vertragspartners und auf allfällige Behinderungswirkungen zu Lasten von Unternehmen, die auf den relevanten Märkten aktiv sind, abzustellen.<sup>373</sup> So gehen die Autoren davon aus, dass gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG nur offensichtliche Ausbeutungssituationen untersagt sind und vom marktbeherrschenden Unternehmen nicht die Festlegung eines gerechten Preises verlangt werden darf.<sup>374</sup> 409. Da, wie bereits oben ausgeführt (vgl. Rz

133), die kommerziellen Vorleistungsproduk- te von Swisscom mit der regulierten TAL in technischer Hinsicht für die Erbringung der Breit- banddienstleistungen gegenüber den Endkunden austauschbar sind, rechtfertigt sich für die Betrachtung der Angemessenheit der Preise der kommerziellen Vorleistungsprodukte BBCS und CES der Vergleich mit der TAL zuzüglich Eigenleistungen (vgl. Rz. 155 f.). Wie oben dargelegt, betragen die von Swisscom angebotenen kommerziellen Vorleistungspreise das [4-6]- bis [16-18]-fache der internen Kosten, wenn die Leistung über das regulierte Vorleis- tungsprodukt TAL erbracht werden kann, wobei dieses Kostenniveau einem Wettbewerbsni- veau in etwa entsprechen dürfte. 410. Damit stehen die kommerziellen Vorleistungspreise von Swisscom in keinem vernünf- tigen Verhältnis zu den internen Kosten bzw. zu einem Preisniveau unter Wettbewerbsbe- dingungen. Sie sind daher als unangemessen zu qualifizieren. Wie nachfolgend anhand der Angebotsgestaltung für die Erschliessung der Poststandorte aufgezeigt wird, zeigt auch Swisscom konkludent auf, dass sie die kommerziellen Preise für überhöht ansieht, indem sie Sunrise gegenüber auf dem Preisniveau der von Sunrise vorgenommenen Mischrechnung zwischen der regulierten TAL und den kommerziellen Vorleistungsangeboten in Wettbewerb tritt, anstatt ein Preisniveau gegenüber der Post anzubieten, welches dem Preisniveau der kommerziellen Vorleistungsangebote von Swisscom entsprechen würde (vgl. Kap B.3.2.1.4).

370 Eingabe Swisscom vom 22. September 2010 (act. 50), S. 13. 371 IVO SCHWANDER in: NAV-Kommentar zum ZGB, Kren Kostkiewicz, Schwander, Wolf (Hrsg.), 2006, Art. 4 N 1 ff. 372 Z.B. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 295), Art. 7 KG Rz 300. 373 BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 295), Art. 7 KG Rz 300. 374 BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 295), Art. 7 KG Rz 299.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 93

411. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts kommt dem Tatbestandselement des Erzwingens eine selbständige Bedeutung zu.<sup>375</sup> Das Bundesgericht kommt allerdings zum Schluss, dass aufgrund des Gesetzeszwecks der Verhinderung volkswirtschaftlich oder so- zial schädlicher Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen nicht eine vollständige wirtschaftliche Unterjochung erforderlich sei.<sup>376</sup> Zu verlangen ist für einen Missbrauch zumindest, dass die Marktgegenseite dem ökonomischen Druck, der sich auf die Marktbeherrschung stützt, nichts entgegenzusetzen hat bzw. diesem nicht auswei- chen kann. 412. Im vorliegend zu beurteilenden Fall stellen sich daher die Fragen, auf welche Vorleis- tungsprodukte eine FDA ohne eigene Infrastruktur ausweichen kann, wenn sie die von Swisscom verlangten Preise für BBCS und CES nicht akzeptieren möchte und welche mögli- chen Rechtsmittel einer betroffenen FDA zur Verfügung stehen, um sich gegen eine solche Erzwingung effektiv zu wehren. 413. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts kann bei der Anwendung des Kartell- rechts die besondere sektorielle Regelung des Fernmeldegesetzes nicht unbeachtet blei- ben.<sup>377</sup> Die beiden Rechtsordnungen stehen insoweit in einem engen Kontext und beeinflus- sen sich gegenseitig. Daher macht nur eine Auslegung, die auch zu einem einheitlichen und in sich geschlossenen Gesamtsystem führt Sinn. 414. Die marktbeherrschende Stellung von Swisscom auf dem Vorleistungsmarkt für Breitbandinternet, der sowohl den Geschäftskundenbereich als auch den Privatkundenbe- reich umfasst, hat das Bundesverwaltungsgericht bereits rechtskräftig festgestellt.<sup>378</sup> Hier- durch wurde es für alternative FDA erst möglich, die gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. a und b FMG regulierten Vorleistungsprodukte vollständig entbündelter Zugang zum Teilnehmeran- schluss und

Zugang zum schnellen Bitstrom (BSA) zu nutzen. 415. Bei der Frage, ob Swisscom ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Wholesale- Markt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich missbraucht hat, ist daher die Möglichkeit der Nutzung der TAL durch alternative FDA gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG zu berücksichtigen, da die TAL grundsätzlich eine Ausweichmöglichkeit zu den kommerziellen Vorleistungsprodukten von Swisscom darstellt. 416. Um die TAL nutzen zu können, müssen alternative FDA die entsprechenden Anschlusszentralen von Swisscom, ab denen sie die TAL nutzen wollen, an ihr Backbone-Netz anschliessen und die hierfür notwendigen Investitionen in den Ausbau und Anschluss der Anschlusszentrale tätigen. Für die Frage ob und inwiefern die TAL daher eine Alternative zu den kommerziellen Produkten von Swisscom darstellt und damit für FDA eine tatsächliche Ausweichmöglichkeit besteht, um sich der marktbeherrschenden Stellung von Swisscom zu entziehen, muss zwischen der Situation unterschieden werden, in welcher eine alternative FDA eine Anschlusszentrale bereits entbündelt hat und in welcher eine solche Entbündelung nicht stattgefunden hat. 417. Wie bereits das Verhalten von Sunrise bei der Angebotsgestaltung zeigt, plante Sunrise das erheblich günstigere regulierte Vorleistungsprodukt TAL für die Leistungserbringung gegenüber der Post einzusetzen, wenn sie eine entsprechende Anschlusszentrale entbündelt hatte bzw. geplant hatte, eine solche Anschlusszentrale zu entbündeln. Damit besteht für diejenigen Standorte, die Sunrise aufgrund einer eigenen Entbündelung der Anschluss-

375 BGE 137 II 199, S. 211, E. 4.3.4. 376 BGE 137 II 199, S. 211, E. 4.3.5. 377 BGE 137 II 199, S. 211, E. 5.1. 378 BVGE 2009/35, E.7.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 94

zentrale mit der TAL erschliessen kann, mit der Nutzung TAL eine Alternative zu den kommerziellen Produkten von Swisscom. Damit sind in diesem Bereich die Möglichkeiten von Swisscom ihre kommerziellen Preise gegenüber Sunrise durchzusetzen eingeschränkt. Swisscom ist daher nicht in der Lage den vom Bundesgericht geforderten ökonomischen Druck, dem Sunrise nicht ausweichen kann, aufzubauen. Für diese Poststandorte ist daher nicht von einer Erzwingung unangemessener Preise seitens Swisscom gegenüber Sunrise auszugehen. 418. Anders präsentiert sich die Sachlage für diejenigen Anschlüsse, für welche Sunrise keine regulierten Vorleistungsprodukte einsetzen kann. Dies sind insbesondere diejenigen Poststandorte, die an einer Anschlusszentrale angeschlossen sind, die nicht von Sunrise entbündelt wurde oder die eine höhere Anforderung an die Bandbreite haben, als diejenige die mit der TAL erreicht werden kann (Poststandorte mit einer Breitbandanforderung von mehr als 2 Mbit/s). Zwar bestünde für Sunrise für diejenigen Anschlüsse bis 2 Mbit/s die Möglichkeit die noch nicht erschlossene Anschlusszentrale zu erschliessen und damit auf die regulierten Vorleistungsprodukte von Swisscom auszuweichen. Es ist aber meist aufgrund der zu geringen Anzahl Endkunden, die Sunrise über eine nicht von ihr entbündelte Anschlusszentrale mit der TAL erreichen kann, in der Regel nicht wirtschaftlich, die hierfür notwendigen Investitionskosten in Höhe von CHF [100'000-200'000] bis CHF [150'000-250'000] zu leisten. Daher besteht für Sunrise für diese Poststandorte keine wirtschaftlich sinnvolle Ausweichmöglichkeit zu den kommerziellen Vorleistungsprodukten von Swisscom. Für diejenigen Poststandorte, die aufgrund ihrer Anforderungen an die zur Verfügung zu stellende Bandbreite nicht mit den regulierten Vorleistungsprodukten bedient werden können, bestehen für Sunrise keine zu den kommerziellen Vorleistungsprodukten von Swisscom alternativen Vorleistungsprodukte. Hier könnte Sunrise als Alternative höchstens selbst eine zu

Swisscom parallele Infrastruktur aufbauen, was allerdings von den aufzuwendenden Kosten in keinem Verhältnis zu den erzielbaren Erträgen stehen würde, zu parallelen Infrastrukturen und zu noch höheren Kosten als die Entbündelung einer Anschlusszentrale führen. Beide Varianten sind ökonomisch nicht rational. Möglichkeiten, dem ökonomischen Druck, den Swisscom durch überhöhte kommerzielle Vorleistungspreise (vgl. Rz. 404 ff.) auf ihren Wettbewerber Sunrise ausübt, auszuweichen, bestehen also in diesem Bereich für Sunrise nicht. Vielmehr sind Wettbewerber wie Sunrise in diesem Bereich dem durch die Preissetzung von Swisscom ausgesetzten wirtschaftlichen Druck ausgeliefert und können dem nicht ausweichen. 419. Im Hinblick auf mögliche zur Verfügung stehende Rechtsmittel kann für die kommerziellen Vorleistungsprodukte von Swisscom nicht auf Art. 11a FMG zurückgegriffen werden, da diese nicht in das regulierte Zugangsregime fallen. Möglich wäre allenfalls auch ein Verfahren gemäss Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985 (PüG; SR 942.20), um gegen die Durchsetzung missbräuchlicher Preise seitens Swisscom vorgehen zu können. 420. Gemäss Art. 16 Abs. 1 PüG kann allerdings die WEKO gegen Wettbewerbsabreden oder marktmächtige Unternehmen Untersuchungen einleiten, auch wenn der Preisüberwacher den Preis herabgesetzt oder das Verfahren eingestellt hat. Zudem gehen gemäss Art. 3 Abs. 3 KG Verfahren zur Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen nach KG den Verfahren nach dem PüG vor, es sei denn die Wettbewerbskommission und der Preisüberwacher treffen gemeinsam eine gegenteilige Regelung. Da die Wettbewerbskommission und der Preisüberwacher betreffend den vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt keine Vereinbarung getroffen haben geht grundsätzlich das Verfahren gemäss KG vor. Basierend auf diesen Kollisionsnormen kann daher ein mögliches Verfahren gemäss PüG nicht dazu herangezogen werden, die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes in Frage zu stellen.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 95

421. Zudem unterscheiden sich die Verfahren nach PüG und KG gemäss Bundesverwaltungsgericht in beträchtlicher Weise.<sup>379</sup> Bei Preisausbeutungssachverhalten genügt für eine Intervention des Preisüberwachers schon die Abwesenheit von wirksamem Wettbewerb, um im Sinne einer Preissenkung gemäss Art. 10 PüG eingreifen zu können. Demgegenüber hat der Preisüberwacher keinerlei Sanktionskompetenzen, um „Preisausbeutungen“ als solche nachträglich zu bestrafen. Vor diesem Hintergrund können PüG und KG parallel zur Anwendung kommen und schliessen sich bei der Beurteilung eines Sachverhalts nicht gegenseitig aus. Lediglich die Überprüfung der Missbräuchlichkeit von Preisen von marktmächtigen Unternehmen bleibt dem Preisüberwacher vorbehalten. 422. Der kartellrechtliche Tatbestand der Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger Geschäftsbedingungen gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. c KG geht in seiner Wirkungsweise weiter als die reine Preissenkungs-kompetenz des Preisüberwachers, da neben der Unangemessenheit des Preises auch dessen Wirkung auf den Wettbewerb zu beurteilen ist. Hierbei stellt sich allerdings die Frage, ob im Lichte der Eingriffsmöglichkeiten des Preisüberwachers im Markt überhaupt unangemessene Preise gegenüber der Marktgegenseite erzwungen werden können und diese dadurch benachteiligt werden kann. 423. Gemäss Art. 7 PüG kann, wer vermutet, dass die Erhöhung oder Beibehaltung eines Preises missbräuchlich sei, dies dem Preisüberwacher schriftlich melden. Der Preisüberwacher klärt danach gemäss Art. 8 PüG ab, ob Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Preiserhöhung oder –beibehaltung bestehen. Falls dieser einen Missbrauch feststellt, strebt er eine einvernehmliche Regelung an (Art. 9 PüG) oder er kann eine Preissenkung verfügen (Art.

10 PüG). 424. Das Verfahren gemäss PüG ist ein Verwaltungsverfahren für welches die Offizialmaxime gilt. Eine Person, welche eine Meldung gemäss Art. 7 PüG beim Preisüberwacher macht, kann hierdurch keine Rechte für sich geltend machen, sondern lediglich den Preisüberwacher anstossen eine Preissenkung für die Gesamtheit der von missbräuchlichen Preisen Betroffenen durchzusetzen. Daher kann durch eine Meldung an den Preisüberwacher höchstens indirekt eine Preissenkung erwirkt werden. Damit stellt die Meldung beim Preisüberwacher für eine von einer Erzwingung unangemessener Preise betroffene Person kein Rechtsmittel dar. Hierin unterscheidet sich die Möglichkeit der Meldung bei der Preisüberwachung vom Rechtsmittel gemäss Art. 11a FMG, welches einer FDA zur Verfügung steht, wenn eine andere FDA die Bedingungen von Art. 11 FMG verweigert. Vor diesem Hintergrund reicht die Möglichkeiten der Meldung bei der Preisüberwachung nicht aus, um eine mögliche Erzwingung unangemessener Preise durch ein marktbeherrschendes Unternehmen zu verneinen. 425. So muss ein Marktteilnehmer, der mit unangemessenen Preisen konfrontiert ist, diese erst einmal in Kauf nehmen, da er sie durch eine blosser Meldung gestützt auf das PüG gegenüber sich selbst nicht verhindern kann. Daher kann sich der Tatbestand der Erzwingung unangemessener Preise gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. c KG auch im Lichte der Möglichkeiten gemäss PüG manifestieren. Das PüG schliesst daher eine mögliche Erzwingung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG nicht von vorne herein aus. 426. Im konkreten vorliegenden Fall wurde, soweit der WEKO bekannt, auch kein Verfahren gemäss PüG eingeleitet und die von Swisscom verlangten unangemessenen Preise durch den Preisüberwacher gesenkt. Daher hatten die betroffenen Marktteilnehmer, insbesondere Sunrise, auch keine rechtlichen Möglichkeiten, die Erzwingung unangemessener Preise durch Swisscom zu verhindern.

379 BVGE 2011/32, E. 11.3.3.4.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 96

427. Zusammenfassend kann daher festgestellt werden, dass die von Swisscom angewendete Preispolitik im Bereich der kommerziellen Vorleistungspreise aufgrund der Ausweichmöglichkeiten von Sunrise auf die regulierten Vorleistungspreise nicht zu einer vollständigen wirtschaftlichen Unterjochung führt. Dennoch kann Sunrise für diejenigen Poststandorte, für welche sie keine regulierten Vorleistungsprodukte einsetzen kann, dem durch die überhöhten Preise der kommerziellen Vorleistungsprodukte von Swisscom ausgeübten wirtschaftlichen Druck, nicht ausweichen. Sunrise hat dem also nichts entgegenzusetzen, weshalb auch das für die Anwendbarkeit von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG vom Bundesgericht geforderte Kriterium der Erzwingung vorliegend erfüllt ist. B.3.2.1.3. Stellungnahme Swisscom zur Erzwingung unangemessener Preise im Rahmen der Angebotsgestaltung 428. Swisscom macht geltend, dass Alternativenanbieter zur Zeit der Ausschreibung bestanden. Die Kabelnetzbetreiber mit ihren flächendeckenden Netzen stellten Ausweichmöglichkeiten zu BBCS und CES dar. Durch Partnerschaften könnten diese Netze genutzt werden, was z.B. mit Quickline durchaus auch realistisch wäre. Allerdings könnte es sein, dass die Managementkosten für die Post dadurch gestiegen wären. Auch für die TAL würden bei Elektrizitätswerken Alternativen bestehen. Die Kupferkabelinfrastruktur könnte dort gemietet werden, wie das auch in den Jahren 1997 und folgende möglich gewesen sei.<sup>380</sup> 429. Auf das Vorbringen, wonach Kabelnetzbetreiber im Markt für Wettbewerbsdruck sorgen würden und eine entsprechende disziplinierende Wirkung entfalten würden sei auf die Ausführungen in Rz 368 ff. verwiesen. 430. Swisscom erachtet die Preisbestimmung für die regulierte TAL im

Rahmen der Kostenmethode nicht als einen guten Anhaltspunkt zur Beurteilung der BBCS- und CES-Preise. Der Ansatz sei schon deshalb falsch, weil die Kosten, die zum Preis der TAL führten mit den Kosten von CES und BBCS nichts zu tun hätten. Die Leistungen und Gestehungskosten von Swisscom bei der TAL auf der einen Seite und BBCS und CES auf der anderen Seite würden in wesentlichen Elementen voneinander abweichen.<sup>381</sup> Zudem sei es keineswegs zu Gunsten von Swisscom, wenn auf die Kosten der TAL abgestellt würde. Swisscom führt aus, dass sie ihre Endkundenleistungen nicht mittels TAL erbringen würde, sondern praktisch durchgehend auf Basis der Vorleistungsprodukte IPSS und CIS. Die Frage, ob Swisscom die Kosten für den Betrieb der Anschlusszentrale, den Unterhalt, den Backbone sowie für die VVGK auf eine grössere Anzahl Kunden umlegen könne, sei deshalb irrelevant.<sup>382</sup> <sup>431</sup>. Hierzu ist festzuhalten, dass die Produkte BBCS und CES in den entsprechenden Bandbreiten technisch als Substitute zur TAL angesehen werden können. Daher rechtfertigt sich ein Preisvergleich zwischen diesen in jedem Fall. Zudem ist es unerheblich auf welcher Basis Swisscom ihre Endkundenleistungen erbringt, da das Berechnungsmodell für die TAL bereits auf einen effizienten Anbieter zu Wiederbeschaffungswerten abstellt. Wären die internen Kosten von Swisscom höher als die vom Sekretariat auf Basis der TAL berechneten Kosten, so müsste grundsätzlich von einem ineffizienten Anbieter ausgegangen werden. Swisscom stand es allerdings offen, darzulegen ob und inwiefern die internen Kosten höher sind als die vom Sekretariat berechneten. Hierauf hat Swisscom bisher verzichtet. Daher ist gegen die Verwendung der Kostenschätzung basierend auf der TAL, unter Berücksichtigung der Zusatzkosten für zusätzliche Leistungen, nichts einzuwenden.

<sup>380</sup> Protokoll Anhörung Swisscom vom 1. Juni 2015 (act. 154), S. 7. <sup>381</sup> Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act 146), Rz 205. <sup>382</sup> Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act 146), Rz 206.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 97

<sup>432</sup>. Betreffend das Verhältnis zwischen der Sektorregulierung durch das Fernmeldegesetz und dem allgemeinen Wettbewerbsrecht, macht Swisscom geltend, dass es einer Ausweitung der Sektorregulierung auf die kommerziellen Vorleistungsprodukte gleichkäme, wenn verlangt würde, dass die Preise der kommerziellen Vorleistungsprodukte auf dem Niveau des TAL-Preises liegen müssten.<sup>383</sup> Dies würde der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in Sachen Office Connex zuwiderlaufen, gemäss welcher Swisscom andere Vorleistungen als die regulierten nicht bereitstellen müsse.<sup>384</sup> Hieraus schliesst Swisscom, dass auch wegen der sektorspezifischen Zugangsregulierung eine Kosten-Preis-Schere zum Nachteil anderer FDA ausgeschlossen sei.<sup>385</sup> <sup>433</sup>. Mit der sektorspezifischen Zugangsregulierung hat der Gesetzgeber ein Berechnungsmodell eingeführt, um die aus seiner Sicht marktüblichen Preise festzusetzen. Gemäss Praxis des Bundesgerichts gilt die besondere Regelung des Fernmelderechts neben dem Kartellgesetz.<sup>386</sup> Insbesondere bildet das Interkonnektionsregime in diesem Sinne lediglich eine besondere sektorielle Regelung, die zur übrigen preis- und wettbewerbsrechtlichen Ordnung hinzutritt und diese nicht ausschliesst. Im Rahmen der Regulierung der Interkonnektion wurde vom Gesetzgeber bewusst ein Berechnungsmodell gewählt, bei welchem die marktbeherrschende Anbieterin nicht dem Wettbewerb geopfert werden sollte.<sup>387</sup> Ihr Aufwand werde durch die Deckung ihrer Kosten und die Entschädigung ihres Investitionskapitals zu branchenüblichen Bedingungen abgegolten. Mit der Regulierung des vollständig entbündelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss und dem Zugang zum schnellen Bitstrom hat der Gesetzgeber für

diese beiden Technologien eine Berechnungsmethode gewählt, welche den langfristigen Wiederbeschaffungswerten (LRIC) zuzüglich einen angemessenen Gewinn berücksichtigt und damit demjenigen Preisniveau entspricht, welches auf lange Frist bei wirksamen Wettbewerb resultieren sollte. Wie bereits vorher dargelegt verfügt Swisscom auf dem Vorleistungsmarkt für Breitbandinternet im Geschäftskundenbereich über eine marktbeherrschende Stellung. Die von Swisscom für die kommerziellen Vorleistungsprodukte verlangten Preise sind nicht das Resultat wirksamen Wettbewerbs und entsprechend in keiner Weise dem Preisniveau, welches bei wirksamen Wettbewerb resultieren sollte. Das Preisniveau ist vielmehr [4-6] bis [8-10] Mal so hoch. Aufgrund dieser Preissetzungspolitik seitens Swisscom kann es trotz sektorspezifischen Zugangsregulierung sehr wohl zu überhöhten Preisen kommen. B.3.2.1.4. Erzwingung unangemessener Preise durch Swisscom gegenüber Nachfragern nach Vorleistungsprodukten, die in der vorliegenden Ausschreibung gleichzeitig Wettbewerber waren 434. Wie bereits oben dargelegt, sind FDA, die über keine eigene Netzwerkinfrastruktur verfügen, über welche sie im Geschäftskundenbereich symmetrische Breitbandanbindungen anbieten können, auf Vorleistungsprodukte von Swisscom angewiesen und haben keine Ausweichmöglichkeiten auf Vorleistungsprodukte anderer Anbieter (vgl. Rz 398 f.). Dies gilt insbesondere für Anbieter, die im Rahmen der Ausschreibung der Post betreffend „WAN- Anbindung“ ein Angebot unterbreiten wollten. Sämtliche FDA mussten für die Bereitstellung ihrer Dienstleistungen auf ein Vorleistungsprodukt von Swisscom zurückgreifen. Als einziger Anbieter von Vorleistungsprodukten, auf welche andere FDA zwingend angewiesen waren, besteht für Swisscom damit ein erhebliches Erzwingungspotenzial. Dieses Erzwingungspotenzial wird allerdings durch die Verfügbarkeit der TAL dahingehend beschränkt, dass kein über dem regulierten Preis liegendes Entgelt für die Nutzung der TAL erzwungen werden kann. Da alternative FDA in grösserem oder weniger grossem Ausmass auf die kommerziellen Produkte von Swisscom zur Erschliessung der einzelnen Poststandorte angewiesen waren, konnte Swisscom die von ihr gesetzten Preise für die kommerziellen Vorleistungsprodukte BCS und CES von der Marktgegenseite trotz Bestehens des regulierten TAL-Angebots erzwingen. 435. Im Rahmen der Ausschreibung der Post betreffend „WAN-Anbindung“ hat Swisscom für die kommerziellen Vorleistungsprodukte gegenüber einer FDA ihre Standardpreise inklusive den entsprechenden Rabatten verlangt. Von den alternativen FDA war einzig Sunrise in der Lage, potentiell auf eine grössere Anzahl regulierter TAL (gemäss Beispielrechnung Szenario Swisscom für 1'518 Standorte) zurückzugreifen. Da der Preis für eine regulierte TAL bedeutend tiefer ist, als die kommerziellen Vorleistungsprodukte von Swisscom, war Sunrise in der Lage, geringere Durchschnittspreise gegenüber der Post anzubieten, als die anderen FDA, welche vollständig auf die kommerziellen Vorleistungspreise angewiesen sind. So konnte Sunrise gegenüber der Post ein Angebot unterbreiten, das bedeutend unter den Vorleistungskosten einer FDA lag, die vollständig auf die kommerziellen Vorleistungsprodukte von Swisscom hätte zurückgreifen müssen. 436. Dies bedeutet aber gleichzeitig, dass Sunrise gemäss Beispielrechnung (Szenario Swisscom) für die restlichen [...] Standorte die

383 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 104. 384 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 103. 385 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 106. 386 BGE 137 II 199, 207 E. 3.4. 387 Botschaft zur Änderung des Fernmeldegesetzes vom 12. November 2003, BBL 2008 I 7951, S. 7970, Kap. 2.1.2.1. 32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 98

kommerziellen Vorleistungsprodukte von Swisscom beziehen musste, um die Anforderungen der Post erfüllen zu können. Eben für diese kommerziellen Vorleistungsprodukte bestanden auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich keine alternativen Anbieter (vgl. 312 ff.). Zudem bestanden keine rechtlichen Möglichkeiten gegen die überhöhten kommerziellen Vorleistungspreise vorzugehen, da diese nicht der Regulierung durch das FMG (insb. Art. 11a FMG) unterliegen und die Meldung gemäss Preisüberwachungsgesetz kein Verfahren darstellt, mittels welchem sich eine betroffene Person direkt gegen unangemessene Preise wehren kann (vgl. Rz 423 ff.). Damit konnte sich Sunrise weder durch die Wahl eines alternativen Anbieters noch mit rechtlichen Mitteln gegen die von Swisscom verlangten Preise zur Wehr zu setzen.<sup>437</sup> Da es aber zumindest für Sunrise möglich war, eine Mischrechnung durchzuführen, bietet es sich für die Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts an, als Vergleichswert für die Vorleistungspreise im Bereich BBCS und CES die Preise des regulierten Teilnehmeranschlusses heranzuziehen. So bringt auch Swisscom in ihrer Beispielrechnung vor, dass Sunrise insgesamt 1'518 Poststandorte hätte anschliessen können (vgl. Rz 160). Daraus schliesst Swisscom, dass Sunrise kostendeckend für ca. CHF [16-23 Mio.] gegenüber der Post hätte anbieten können. Damit zeigt Swisscom auf, dass für gewisse Poststellen der entbündelte Teilnehmeranschluss durch infrastrukturbasierte Anbieter als Alternative zu Layer 2- oder Layer 3-Angeboten für die Erbringung der fraglichen Dienstleistung herangezogen werden kann. Zudem werden die tieferen regulierten Preise nicht unter Kosten angeboten, da im Preis der TAL bereits sämtliche relevanten Wiederbeschaffungskosten sowie eine angemessene Kapitalverzinsung berücksichtigt sind.<sup>388 438</sup>. Aber auch Swisscom ging im Rahmen des Bieterwettstreits von einer Mischrechnung seitens Sunrise und dem damit verbundenen beschränkten Preisdruck durch den Wettbewerber Sunrise aus. Swisscom hat gegenüber der Post einen Preis von CHF [16-23 Mio.] geboten und für diesen Preis den Zuschlag erhalten. Es bestehen keine Anhaltspunkte, dass dieser Preis unter den internen Kosten von Swisscom lag (vgl. Berechnungen in Rz 202 ff.).

388 Vgl. Eingabe BAKOM vom 5. September 2013 (act. 92), BAKOM-Antwort zum Auskunftsbegehren der WEKO, S. 2 ff.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 99

Dies gilt umso mehr, als Swisscom selbst argumentiert, dass Sunrise für CHF [16-23 Mio.] ein kostendeckendes Angebot hätte offerieren können. Eine FDA, die keine Anschlusszentrale entbündelt hatte, hätte allerdings von Swisscom Vorleistungsprodukte zu einem Preis von CHF [32-38 Mio.] (vgl. Rz 180) einkaufen müssen, um dieselbe Dienstleistung gegenüber der Post zu erbringen, wie Swisscom dies zu einem Endkundenpreis gegenüber der Post in Höhe von CHF [16-23 Mio.] getan hat. Damit ergibt sich eine Preisdifferenz zwischen den Vorleistungskosten für Dritte und den Kosten, die Swisscom gegenüber der Post in Rechnung gestellt hat von mindestens CHF [10-20 Mio.]. Dass Swisscom der Post einen leicht über dem von ihr berechneten Vorleistungspreis in Höhe von ca. [16-23 Mio.] liegenden Preis angeboten hat, liegt an der Tatsache, dass sie bei der Festsetzung ihres Preisniveaus vom partiellen Wettbewerbsdruck des durch Sunrise induzierten Preisniveaus ausgegangen ist. Sunrise war es nur deshalb möglich tiefere Preise anzubieten, weil sie für einen Teil der anzubindenden Poststellen auf das regulierte Vorleistungsprodukt TAL zurückgreifen konnte.<sup>439</sup> Für die erhebliche Preisdifferenz zwischen dem Gebot von Swisscom und den zu richtenden Vorleistungspreisen für die

kommerziellen Angebote BBCS und CES sind vorliegend keine sachlichen Gründe ersichtlich, da beide Male die Bedürfnisse der Post in gleicher Weise abgedeckt werden. Ausgehend von der Tatsache, dass gemäss Aussagen von Swisscom sowie aufgrund der Berechnungen der WEKO der von Swisscom gegenüber der Post verlangte Preis von CHF [16-23 Mio.] nicht unter den eigenen Kosten liegt, sind die Vorleistungspreise für BBCS und CES im Geschäftskundenbereich unangemessen, da aufgrund dieser Preise Kosten für den Vorleistungsanbieter für dieselben Dienstleistungen entstehen, die um ca. [60-80] % höher liegen als der von Swisscom verlangte Endverkaufspreis. 440. Die für die Wettbewerber von Swisscom geltenden überhöhten kommerziellen Vorleistungspreise führten im Rahmen der Ausschreibung der Post dazu, dass sie der Post in preislicher Hinsicht keine wettbewerbsfähigen Angebote unterbreiten konnten und somit in der Ausübung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG behindert wurden. Da wie bereits oben ausgeführt alternative FDA ohne eigene Netzwerkinfrastruktur die kommerziellen Vorleistungsprodukte von Swisscom angewiesen waren und in jedem Fall die Infrastruktur von Swisscom zur Angebotsunterbreitung nutzen mussten, waren von dieser Praxis im Rahmen der Ausschreibung der Post sämtliche Wettbewerber von Swisscom ohne eigene Infrastruktur betroffen. 441. Dies betraf vorliegend insbesondere Sunrise, welche für die kommerziellen Vorleistungsprodukte überhöhte Preise bezahlen musste und nur dank der regulierten Vorleistungspreise für die TAL auf eine Mischrechnung zurückgreifen konnte. Aufgrund dieser Mischrechnung konnte sie einen Preis bieten, der zwar unterhalb der CHF [32-38 Mio.] für BBCS/CES lag. Dies ändert aber nichts an der Tatsache, dass damit auch der von Sunrise für die Realisierung des Projekts WAN-Anbindung der Post zu bezahlende Vorleistungspreis für das Gesamtpaket, aufgrund der Preispolitik von Swisscom für die kommerziellen Vorleistungsprodukte überhöht war. Da Sunrise für die kommerziellen Vorleistungsprodukte keine Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung standen und keine effektiven Rechtsmittel bestanden, um sich dagegen zu wehren, war Sunrise der Preissetzungspolitik von Swisscom sowohl für die nachgefragten kommerziellen Vorleistungsprodukte als auch für das Gesamtpaket im Rahmen der Ausschreibung gegenüber der Post ausgeliefert und konnte dem damit von Swisscom aufgebauten Druck nichts entgegensetzen. 442. Damit sind Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 7 Abs. 1 KG i. V. m. Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG im Rahmen der Ausschreibung gegenüber der Post erfüllt. Swisscom hat im Rahmen der Ausschreibung ihre marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG missbraucht, indem sie überhöhte Preise für kommerzielle Vorleistungsprodukte verlangt hat.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 100

B.3.2.1.5. Stellungnahme Swisscom zur Erzwingung unangemessener Preise gegenüber Nachfragern nach Vorleistungsprodukten, die in der vorliegenden Ausschreibung gleichzeitig Wettbewerber waren 443. Swisscom hält dem entgegen dass die gemäss Antragsmassgeblichen Kriterien für die Unangemessenheit von Preisen auch hier nicht geprüft würden. In Rz 398 f. würde die Prämisse, dass die Preise für BBCS und CES überhöht seien mit der Tatsache bestätigt, dass keine sachlichen Gründe vorliegen würden, welche die im Vergleich zur TAL erheblich höheren Preise rechtfertigen würden. Diese Argumentation käme einem Zirkelschluss gleich und sei falsch, weil dem Sekretariat die Beschreibungen von TAL, CES und BBCS vorgelegen hätten und so durchaus Gründe für die unterschiedlichen Preise hätten gefunden werden können. 389 444. Weiter bringt Swisscom vor, dass die Unangemessenheit der BBCS- und CES-Preise nicht mit dem

Argument begründet werden könne, dass die „Bedürfnisse der Post“ mit allen drei Vorleistungsprodukten hätten abgedeckt werden können. Bei der Unangemessenheit müsse das Verhältnis von Preis und wirtschaftlicher Gegenleistung beachtet werden. Da BBCS und CES andere Vorleistungsprodukte als die TAL seien, sei eine offensichtliche Unangemessenheit im Sinne eines Missverhältnisses zwischen Preis und wirtschaftlicher Gegenleistung nicht ersichtlich.<sup>390</sup> 445. Wie bereits in Rz 411 ausgeführt, sind die unangemessenen Preise das Ergebnis eines missbräuchlichen Verhaltens von Swisscom. Insbesondere auch das klare Missverhältnis zwischen dem Preis für die TAL plus Eigenleistung im Vergleich zum Preis für BBCS und CES plus Eigenleistung zeigt, dass die Preise für die kommerziellen Vorleistungsprodukte deutlich überhöht sind. B.3.2.1.6. Erzwingung unangemessener Preise gegenüber der Post 446. Swisscom hat gegenüber der Post einen Preis von CHF [16-23 Mio.] verlangt und damit der Post das preislich günstigste Angebot unterbreitet, wobei das Konkurrenzangebot von Sunrise betreffend die Qualität der bereitgestellten Leistung besser als das von Swisscom abgeschnitten hat.<sup>391</sup> 447. Wie bereits oben aufgeführt, standen der Post neben denjenigen FDA, die eine Offer- te eingereicht haben, keine Alternativen zur Verfügung. Vielmehr hätte sie entweder ein noch teureres Angebot akzeptieren müssen oder auf eine WAN-Anbindung ihrer Standorte verzichten müssen. Die Post hatte daher keine Ausweichmöglichkeiten, um den Preisforderungen von Swisscom zu entgehen. Somit ist das Tatbestandselement des Erzwingens im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG erfüllt. 448. Wie bereits oben ausgeführt, stellt die Möglichkeit der Meldung eines möglicherweise unangemessenen Preises beim Preisüberwacher keine Rechtsdurchsetzungsmöglichkeit eines betroffenen Unternehmens dar, um sich gegen die Erzwingung unangemessener Preise im Einzelfall effektiv zu wehren (vgl. 419 ff.). Es kann somit festgehalten werden, dass die Möglichkeiten nach PÜG der Anwendung von Art. 7 KG bzw. der Erfüllung des Tatbestandselements des „Erzwingens“ gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG nicht entgegenstehen kann (vgl. auch vorstehend, Rz 425 ff.).

389 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act 146), Rz 214. 390 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act 146), Rz 215. 391 Vgl. Eingabe Post vom 4. November 2010 (act. 52), Feinevaluationsbericht im Vergabeverfahren, S. 5.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 101

449. Wie bereits oben dargelegt, ist für die Bereitstellung der WAN-Anbindung für die Post von internen Kosten von Swisscom von maximal CHF [8'000'000-10'000'000] auszugehen (vgl. Rz 186). Hierbei ist zu berücksichtigen, dass in dem Vorleistungspreis für die TAL, welcher für das Angebot der Post von Swisscom eingesetzt wird, ein angemessener Gewinn bereits enthalten ist.<sup>392</sup> Zudem basieren die zugrunde gelegten Vorleistungspreise für die TAL auf Wiederbeschaffungskosten und nicht auf den historischen Kosten, weshalb die tatsächlichen Kosten nochmals um einiges tiefer als die in Rz 173 ff. und Rz 186 berechneten Kosten einzustufen sind. Rechnet man ausgehend von diesen für Swisscom anfallenden internen Vorleistungskosten in Höhe von CHF [8'000'000-10'000'000] noch die von Swisscom angegebene Gewinnmarge von [...] % dazu,<sup>393</sup> so kommt man auf einen rechnerischen Preis für die Dienstleistungen von Swisscom gegenüber der Post von CHF [9'000'000-12'000'000]. Gegenüber der Post hat Swisscom allerdings einen Preis in Höhe von CHF [16-23 Mio.] verlangt. Der von Swisscom von der Post verlangte Preis ist damit ca. doppelt so viel oder CHF [8'500'000-11'500'000] höher als der basierend auf den von Swisscom angegebenen Ge-

winnmargen errechnete Preis. Damit ist auch das Kriterium der Unangemessenheit des Preises gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG erfüllt. 450. Die Post hat für die WAN-Anbindung ihrer Poststandorte das Angebot von Swisscom gewählt und ist daher vertraglich verpflichtet, den überhöhten Preis zu bezahlen. Hierdurch wird die Post, als von der unzulässigen Verhaltensweise seitens Swisscom betroffenes Unternehmen, im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG benachteiligt. 451. Damit sind die Tatbestandselemente im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG i. V. m. Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG gegenüber der Post erfüllt. Swisscom hat gegenüber der Post unangemessene Preise erzwungen. B.3.2.1.7. Stellungnahme Swisscom zur Erzwingung unangemessener Preise gegenüber der Post 452. Swisscom macht geltend, die Folgerungen des Sekretariats, wonach das Kriterium des Erzwingens erfüllt sei, weil der Post nur die Offerten von Swisscom, Sunrise und Cablecom vorgelegen hätten und die Post keine Ausweichmöglichkeit gehabt habe, seien unrichtig.<sup>394</sup> Die Post selbst habe sich für ein selektives Vergabeverfahren entschieden und dabei die Kriterien für die Präqualifikation festgelegt.<sup>395</sup> Dabei liege es in der Natur der Sache, dass nur unter den verlangten und eingereichten Offerten ausgewählt werden könne. Das Kriterium „Wirtschaftlichkeit/Preis“ war dabei zudem nur zu 40% gewichtet, wobei die Post bezüglich des Preises in den Nachverhandlungen mittels nachdrücklicher Forderung weitere Preissenkungen erreichte.<sup>396</sup> Von einer Ausübung ökonomischen Drucks auf die Post könne keine Rede sein. Der Nachweis eines Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung bestehe nicht und sei auch im Antrag nicht erstellt worden. Eine offensichtliche Unbilligkeit sei ebenso wenig ersichtlich.<sup>397</sup> Swisscom bringt des Weiteren vor, dass das Sekretariat mit dem Argument, die Post habe keine Ausweichmöglichkeiten gehabt, insbesondere auch die eigene Aussage in Rz 382 bestreitet, wonach die Post die einzelnen Bieter ge-

392 Vgl. Eingabe BAKOM vom 5. September 2014 (act. 92), S. 2. 393 Vgl. Eingabe Swisscom vom 14. März 2014 (act. 127), S. 4. 394 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act 146), Rz 223. 395 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act 146), Rz 224. 396 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act 146), Rz 225. 397 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act 146), Rz 226.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 102

geneinander ausspielen und dabei den Angebotspreis drücken konnte. Die Post habe im Gegenteil sogar über erhebliche Verhandlungsmacht verfügt.<sup>398</sup> 453. Zwar haben andere Marktteilnehmer aufgrund ihrer Kostenstruktur nicht in der Lage, Wettbewerbsdruck auf Swisscom auszuüben, welcher über den individuellen Preismix zwischen regulierten und kommerziellen Vorleistungsprodukte von Swisscom hinausgeht, auszuüben. Damit konnten sie dem Preissetzungsverhalten von Swisscom grundsätzlich nichts entgegensetzen. Da die internen Kosten von Swisscom bei maximal knapp [9-11 Mio.] CHF lagen und der Verkaufspreis an die Post mehr als [...] so hoch ist, liegen auch klar überhöhte Preise vor, die Swisscom damit als marktbeherrschendes Unternehmen in kartellrechtlich unzulässiger Weise erzwungen hat. 454. Swisscom gibt an, dass die Preisverhandlungen von grossem Druck, einen solchen prestigeträchtigen Grosskunden nicht an einen anderen Bieter zu verlieren, geprägt waren. In den Verhandlungen werde sehr genau geschaut, wie tief man den Preis noch drücken könne ohne die Compliance Richtlinien zu verletzen. Swisscom konnte nicht genau abschätzen, wer vorne lag, hat aber kalkulieren können, welchen Preis Sunrise bei einem optimalen Mix bieten könnte. Aus

diesen Gründen kam Swisscom dazu, den Offertpreis gegenüber der Post von CHF [20-28 Mio.] auf CHF [16-23 Mio.] massiv um ca. [15-25] % zu senken. 399 455. Selbst nach dieser massiven Preissenkung von ca. [15-25] %, war der Preis, den Swisscom gegenüber der Post geboten hat, immer noch [...] so hoch, wie die internen Kosten. Im Übrigen kann auf die Ausführungen in Rz 453 verwiesen werden. 456. Auch wenn die Post durch geschickte Verhandlungstaktik Swisscom dazu bringen konnte, die Preise zu senken und somit über einen gewissen Verhandlungsspielraum bezüglich der Endpreise verfügte und die Unwissenheit der Bieter untereinander über die gebotenen Offerten und Preise zu ihrem Vorteil war, so war es doch Swisscom, die betreffend ihre Preissetzung eine untere Schranke setzen konnte, wobei auch deren untere Schranke weit über den Kosten lag.

B.3.2.1.8. Mögliche sachliche Gründe 457. Auch im Hinblick auf die Erzwingung unangemessener Preise ist gemäss Praxis der WEKO zu prüfen, ob diese Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens sachlich gerechtfertigt werden kann. 458. Theoretisch könnte eine hohe Differenz zwischen Kosten und Verkaufspreisen im unternehmerischen Risiko oder in anstehenden Investitionen begründet sein. Da allerdings die regulierten kostenorientierten Preise bereits auf den Wiederbeschaffungswerten der Infrastruktur berechnet werden und eine angemessene Kapitalverzinsung beinhalten<sup>400</sup>, kommen mögliche anstehende Investitionen in die Infrastruktur als Rechtfertigungsgrund nicht in Frage. Ebenfalls besteht beim Verkauf der Vorleistungsprodukte an andere FDA oder der Erbringung der Dienstleistung gegenüber der Post kein überdurchschnittliches unternehmerisches Risiko, welches entsprechende Preisaufläge rechtfertigen würde. Andere sachliche Gründe, welche die kartellrechtlich relevante Verhaltensweise von Swisscom im Hinblick auf die Erzwingung unangemessener Preise rechtfertigen würden, sind nicht ersichtlich.

398 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 54. 399 Protokoll Anhörung Swisscom vom 1. Juni 2015 (act. 157), S. 7-8. 400 Eingabe BAKOM vom 5. September 2013 (act. 92), S. 4.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 103

B.3.2.2 Diskriminierung von Handelspartnern 459. Gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG fällt eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens bei einer Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen in Betracht. B.3.2.2.1. Rechtliche Grundlagen 460. Die Literatur und Praxis unterscheidet zwischen direkter Diskriminierung, bei welcher ein marktbeherrschendes Unternehmen ungleiche Geschäftsbedingungen auf gleichartige Lagen anwendet<sup>401</sup> und indirekter Diskriminierung, bei welcher gleiche Geschäftsbedingungen auf nichtgleichartige Situationen angewendet werden<sup>402</sup>. Bei der Analyse, ob eine Diskriminierung vorliegt, genügt es, dass die Ausgangslagen äquivalent bzw. gleichwertig sind.<sup>403</sup> So braucht der Vergleich nicht ausschliesslich auf die involvierten Produkte abzustellen. Vielmehr müssen die Transaktionen in ihrer Gesamtheit betrachtet und sämtliche relevanten Begleitumstände einbezogen werden. Es sind also die Eigenarten und Besonderheiten der jeweiligen Produkte bzw. des jeweiligen Marktes gebührend zu berücksichtigen.<sup>404</sup> Im Hinblick auf die Vergleichbarkeit von Geschäften wurde auf Äquivalenz geschlossen, wenn Handelspartner miteinander in Wettbewerb stehen, die gleichen oder ähnliche Erzeugnisse fabrizieren oder zumindest die gleiche Funktion im Vertrieb ausüben, die Geschäfte gleiche oder gleichartige Erzeugnisse zum Gegenstand haben und sich hinsichtlich der im Geschäftsverkehr als erheblich angesehenen Merkmale nicht wesentlich unterscheiden.<sup>405</sup>

461. Damit sich der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG realisieren kann, muss ein Handelspartner von der Diskriminierung betroffen sein.<sup>406</sup> Hierbei ist unerheblich, ob ein Geschäft tatsächlich realisiert wird oder ob es bereits (aufgrund der Diskriminierung) in der Anbahnungsphase scheitert. Als möglicher Handelspartner kommt immer die Marktgegenseite des marktbeherrschenden Unternehmens in Betracht.<sup>462</sup> Zumindest von einem Teil der Literatur wird zudem gefordert, dass sich eine Diskriminierung im Markt auswirkt und zu einem Wettbewerbsnachteil bei den betroffenen Handelspartnern führt.<sup>407</sup> Die Notwendigkeit eines solchen Nachteils kann aus Art. 7 Abs. 1 KG abgeleitet werden, wonach gefordert wird, dass durch den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt wird. Diese Haltung entspricht auch der bisherigen Praxis der WEKO und der REKO/WEF.<sup>408</sup> 463. Damit auf eine unzulässige Diskriminierung geschlossen werden kann, darf eine solche Diskriminierung zudem nicht durch sachliche Gründe gerechtfertigt sein. Hierbei ist die Frage zu beantworten, ob der betroffene Handelspartner im Wettbewerb mit Dritten in unbilliger, das heisst in sachlich nicht gerechtfertigter Weise, benachteiligt wird.<sup>409</sup> Dabei ist den

401 vgl. RPW 2008/4, 544 Rz 224, Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern. 402 vgl. RPW 2008/4, 544 Rz 244, Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern. 403 BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn. 295), Art. 7 KG N 206. 404 Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen BBl 1995 468, 571 f. Ziff. 2.3.2. 405 BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn. 295), Art. 7 KG N 206. 406 BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn. 295), Art. 7 KG N 215. 407 BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn. 295), Art. 7 KG N 216. 408 Vgl. RPW 2005/3, 505 E. 5.4.1, Swisscom AG Swisscom Fixnet AG/WEKO; RPW 2008/3, 385 Rz 140, Publikation von Arzneimittelinformationen; RPW 2009/3 166 f. Rz 322 ff., Preispolitik ADSL. 409 BBl 1995 468 (Fn 387), 572.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 104

Unterschieden in der Sache beim Vergleich der Leistungen Rechnung zu tragen. So können unterschiedliche Preiskonditionen beispielsweise durch Skalenerträge sachlich gerechtfertigt werden, solange diese nicht in unbilliger Weise angewendet werden. In diesem Sinne hat die Beurteilung eines Diskriminierungssachverhalts dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu genügen, wenn vergleichbare Leistungen zu unterschiedlichen Preisen angeboten werden. B.3.2.2.2. Stellungnahme Swisscom zu den rechtlichen Grundlagen betreffend die Diskriminierung von Handelspartnern 464. Betreffend des Vorwurfs der Diskriminierung von Handelspartnern gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG bringt Swisscom vor, dass sich diese nur auf die secondary line discrimination bezieht.<sup>410</sup> Der Antrag des Sekretariats beziehe sich aber auf eine primary line discrimination, was der ratio legis von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG nicht gerecht werde und eine unrichtige Anwendung von Bundesrecht darstelle.<sup>411</sup> Bei der primary line discrimination gehe es nämlich um eine Diskriminierung von Konkurrenten des beherrschenden Unternehmens. Die Stossrichtung sei dabei die Verdrängung von aktuellen Konkurrenten oder die Behinderung potentieller Konkurrenten beim Marktzutritt. Sowohl das Verdrängungsverhalten, wie auch dessen Wirkung könnten auf dem beherrschten oder einem ihm vor-, oder nachgelagerten Markt auftreten. Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG beziehe sich jedoch gemäss dem verwendeten Terminus „Handelspartner“ ausschliesslich auf Unternehmen, die nicht in einem Wettbewerbsverhältnis zum beherrschenden

Unternehmen stehen. Es gehe also um eine secondary line discrimination nämlich die Benachteiligung eines Unternehmens der Marktgegenseite im Vergleich zu seinen Konkurrenten.<sup>412 465</sup> Es muss vorliegend zwischen dem Endkundenmarkt und dem Vorleistungsmarkt differenziert werden. Im Rahmen der Ausschreibung der Post waren andere FDA wie z.B. Sunrise und Cablecom gleichzeitig Konkurrenten für eine Offerte, aber auch Nachfrager nach Vorleistungen von Swisscom um die Anbindungen betreffend die Poststandorte zu realisieren. Für den Vorleistungsmarkt waren Sunrise und Cablecom folglich Handelspartner. <sup>466</sup> Im Hinblick auf die secondary line discrimination führt Swisscom aus, dass eine direkte Diskriminierung vorliege, wenn das beherrschende Unternehmen im Verhältnis zu den Handelspartnern ungleiche Geschäftsbedingungen anwendet, obwohl sich die Handelspartner in gleichen oder gleichartigen Situationen befinden und ihre Leistungen für deren Kunden physisch oder funktionell ähnlich sind.<sup>413</sup> Ein Indiz für einen Missbrauch liege dann vor, wenn die Diskrepanz nicht mithilfe rechtlicher und ökonomischer Faktoren erklärt werden könne.<sup>414</sup> Im Zusammenhang mit den Vorleistungen TAL, BBCS und CES würden nicht ungleiche Bedingungen auf Unternehmen der Marktgegenseite in gleichartigen Lagen angewendet.<sup>415</sup> Hierbei merkt Swisscom an, dass sich die Endkundenleistungen auf der Basis von TAL, BBCS und CES in kommerzieller Hinsicht unterscheiden würden und auch die Kostenstrukturen von TAL, BBCS und CES auf Seiten Swisscom unterschiedlich seien.<sup>416</sup> Aus dem Antrag liesse sich denn auch nicht entnehmen, ob und inwiefern die unterschiedlichen Preise für die unterschiedlichen Vorleistungen TAL, BBCS und CES als direkte oder indirekte Diskriminierung zu qualifizieren wären.<sup>417</sup> Zudem würde der Antrag auf der unzutreffenden Prä-

410 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 151. 411 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 159. 412 Vgl. Basler Kommentar Art. 7, N. 202ff. 413 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 161. 414 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 161. 415 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 162. 416 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 162. 417 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 165.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 105

missen basieren, dass das Diskriminierungsverbot im Wesentlichen gleiche Preise für unterschiedliche Vorleistungen verlange.<sup>418 467</sup> Es ist zwar korrekt, dass den unterschiedlichen Vorleistungsprodukten TAL, BBCS und CES unterschiedliche Eigenleistungen zugrunde liegen. Diese Kosten für diese zusätzlichen Eigenleistungen unterscheiden sich allerdings nicht in einem Mass wie sich dies in der Preissetzung von Swisscom für die kommerziellen Vorleistungsprodukte BBCS und CES im Vergleich zur TAL widerspiegelt. Daher kann, wie nachfolgend aufgeführt, auf eine Diskriminierung von Handelspartnern gegenüber dem (hypothetischen) internen Nachfrager von Swisscom geschlossen werden. B.3.2.2.3. Diskriminierung von Handelspartnern durch Swisscom im Rahmen der Ausschreibung <sup>468</sup>. In der Untersuchung Preispolitik ADSL hat die WEKO auf eine Diskriminierung von Handelspartnern geschlossen, wenn sich die Abnehmer von Vorleistungsprodukten für Breitbandanbindungen zu den gleichen Bedingungen beim marktbeherrschenden Unternehmen eindecken können, jedoch der Weiterverkauf an die Endkunden aufgrund der Endkundenpreise des vertikal integrierten Anbieters wegen zu knappen Margen nur mit Verlusten erfolgen kann.<sup>419 469</sup> Im vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt sind die

einzelnen Vorleistungsprodukte von Swisscom im Markt miteinander zu vergleichen. Neben den regulierten Vorleistungsprodukten wie TAL und BSA bietet Swisscom die kommerziellen Produkte BBCS und CES an. Insbesondere im Geschäftskundenbereich sind im Rahmen der Leistungserbringung gegenüber Endkunden die Vorleistungsprodukte TAL, BBCS und CES aus technischer Sicht austauschbar, wenn eine FDA die für eine Entbündelung notwendigen Investitionen geleistet hat. Innerhalb der den jeweiligen Technologien zugrundeliegenden Leistungsmerkmale (Anbindung bis 1.8 Mbit/s) sind diese drei Technologien daher als äquivalent anzusehen. Dennoch verlangt Swisscom für die kommerziellen Produkte BBCS und CES einen Preis, der um ein Vielfaches höher ist als derjenige der TAL. Swisscom zeigt diesen Preisunterschied in der Beispielrechnung ihrer Eingabe vom 22. September 2010 auf. So hat sie den monatlichen Erlös für eine 1 Mbit/s-Anbindung eines Poststandortes von bis zu CHF 215.– pro Monat angegeben.<sup>420</sup> Dieser Preis entspricht dem Vorleistungspreis BBCS vom 1. November 2008 für die kleinste zur Verfügung stehende Anbindung von 1.2 Mbit/s in der Zone 1.421. Das entsprechende kommerzielle Alternativprodukt CES in der kleinsten zur Verfügung stehenden Anbindung von bis zu 2 Mbit/s für die Region A kostet CHF 490.– pro Monat.<sup>422</sup> 470. In ihrer Beispielrechnung macht Swisscom geltend, dass einem Anbieter, der eine bestimmte Anschlusszentrale erschlossen hat, regulierte Vorleistungskosten in Höhe von CHF [20-24] pro Monat gegenüber Swisscom entstehen, so dass dieser aufgrund der TAL einen monatlichen Nettoerlös von CHF [180-200] erzielen kann. Weiter führt Swisscom aus, dass in einer solchen Konstellation eine FDA die gegenüber Swisscom entstehenden Einkosten in Höhe von CHF [260-290] innerhalb von [1-2] Monaten amortisieren kann.<sup>471</sup> Im vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt steht Sunrise als Nachfrager nach Vorleistungsprodukten mit Swisscom auf dem Endkundenmarkt in direktem Wettbewerb. Die

418 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 169. 419 RPW 2010/1 146 Rz 202, Preispolitik ADSL. 420 Eingabe von Swisscom vom 22. September 2010 (act. 50), S. 13. 421 Vgl. Price Manual Broadband Connectivity Service (BBCS) (act. 5, Beilage 28), S. 5. 422 Vgl. Price Manual Carrier Ethernet Service (CES) (act. 5, Beilage 30), S. 4.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 106

Möglichkeiten der Nutzung der TAL sind allerdings auf diejenigen Standorte beschränkt, die entbündelt wurden.<sup>472</sup> Da die Entbündelung Investitionen in den Ausbau einer Anschlusszentrale nach sich ziehen, lohnt sich eine solche nur für FDA, die ab einer bestimmten Anschlusszentrale eine ausreichend grosse Kundenbasis haben. Umgerechnet auf die durchschnittliche Anzahl Kunden an den Anschlusszentralen von Sunrise können die durchschnittlichen Entbündelungskosten pro Kunde mit ca. CHF [500-1'000] angegeben werden, was für die Ausschreibungsdauer von vier Jahren ca. CHF [10-20] pro Monat ausmacht. Rechnet man zusätzlich noch die von Swisscom aufgeführten 6 Prozent Verwaltungs- und Vertriebsgemeinkosten (CHF [4-6])<sup>423</sup> sowie die Kosten für das Plattformmanagement (CHF [0.50-1.00]) und die Backbone-Kosten (CHF [1-5]) hinzu, kommen monatlich weitere CHF [7-9] hinzu. Somit würden für entbündelte Anschlusszentralen monatliche Vorleistungskosten von ca. CHF [40-52] pro Anschluss anfallen. Zu diesen internen Vorleistungskosten ist eine FDA wie Sunrise in der Regel in der Lage, ein Breitbandangebot im Geschäftskundenbereich gegenüber einem Endkunden anzubieten, wenn sie eine entsprechende Anzahl an Kunden hat, die sie über eine Anschlusszentrale anbinden kann, so dass sich eine Entbündelung lohnt. Da Swisscom eine

bedeutend grössere Anzahl Kunden pro Anschlusszentrale bedient, verteilen sich die Fixkosten pro Anschlusszentrale auf eine viel grössere Anzahl Kunden. Damit sind die entsprechenden Kosten für Swisscom bedeutend tiefer. Die tatsächlichen internen Kosten von Swisscom sind unbekannt, da Swisscom selbst angibt, die entstehenden Netzkosten intern nicht zu verrechnen.<sup>424</sup> 473. Indem Swisscom im Geschäftskundenbereich für das Vorleistungsprodukt BBCS im vorliegenden Fall einen Preis von CHF 215.– pro Monat verlangt hat und Sunrise diese Produkte nachfragen musste, da sie die entsprechende Anschlusszentrale nicht entbündelt hatte, bestand für sie keinerlei Möglichkeit, im Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich mit Swisscom in Wettbewerb zu treten. Vielmehr sah sich Sunrise gezwungen, für ein gleichwertiges Vorleistungsprodukt einen ca. fünfmal so hohen Preis zu bezahlen, wie für das äquivalente regulierte Vorleistungsprodukt zuzüglich Eigenleistungen. 474. Wie in den oben aufgezeigten Szenarien (vgl. Tabelle 30) dargestellt, war bei der Ausschreibung WAN-Anbindung der Post Sunrise nicht in der Lage, ein gegenüber Swisscom konkurrenzfähiges Angebot zu unterbreiten, obwohl in den Szenarien mit einer grossen Anzahl TAL gerechnet wurde und Sunrise so im Durchschnitt ihre Vorleistungskosten gegenüber einer FDA, die nur die kommerziellen Vorleistungsprodukte von Swisscom nachfragt, deutlich senken konnte. 475. Im vorliegend zu beurteilenden Fall handelt es sich bei Swisscom um ein vertikal integriertes Unternehmen, welches den Bereich Infrastruktur als reines Cost-Center betreibt. Gemäss Aussagen von Swisscom ist es daher nicht möglich, eine Projektkostenabrechnung zu erstellen, mittels welcher die einzelnen internen Kosten für die zur Realisierung des Projektes bezogenen Vorleistungen bestimmt werden können.<sup>425</sup> Aus diesem Grund kann für den vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt nicht unterschieden werden, ob eine direkte (unterschiedliche Preise für äquivalente Vorleistungsprodukte) oder indirekte (dieselben Preise, wobei die rechnerisch entstehenden Verluste durch interne Quersubventionierungen gedeckt werden) Diskriminierung vorliegt. Der von Swisscom mit CHF [16-23 Mio.] gegenüber der Post angebotene Endkundenpreis liegt allerdings unterhalb der errechneten Kosten von Sunrise (vgl. Tabelle 30).

423 Eingabe Swisscom vom 25. Oktober 2013 (act. 111), S. 22. 424 Stellungnahme Swisscom vom 22. September 2010 (act. 50), S. 11 f. 425 Eingabe Swisscom vom 26. Juli 2012 (act. 65), S. 4 f.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 107

476. Die Preisgestaltung von Swisscom muss in einer solchen Konstellation als unbillige Diskriminierung für äquivalente Dienstleistungen angesehen werden. Hierbei war Sunrise gegenüber dem internen Nachfrager von Swisscom diskriminiert. Damit ist das erste Tatbestandsmerkmal der Diskriminierung gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG erfüllt. 477. Als zweites Tatbestandselement sieht Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG die Betroffenheit von Handelspartnern vor. Hierbei muss sich die Diskriminierung gegen Handelspartner richten, die auf vor- oder nachgelagerten Märkten tätig sind.<sup>426</sup> Im vorliegend zu beurteilenden Fall waren grundsätzlich sämtliche auf dem nachgelagerten Markt tätigen Nachfrager (nach den für die elektronische Datenübertragung notwendigen Vorleistungsprodukten zur Erbringung der von der Post nachgefragten Dienstleistung) gegenüber dem (hypothetischen) internen Nachfrager beim integrierten Unternehmen Swisscom von der Diskriminierung betroffen. Vorliegend war Sunrise von der im Rahmen der Ausschreibung von Swisscom praktizierten Diskriminierung betroffen.

478. Damit sind die Tatbestandselemente der Diskriminierung und der Betroffenheit von Handelspartnern erfüllt. 479. Als drittes Tatbestandselement sieht Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG einen Wettbewerbsnachteil vor. Ob ein Wettbewerbsnachteil als eigenständiges Tatbestandsmerkmal erfüllt sein muss, ist in der Lehre umstritten.<sup>427</sup> Da allerdings im vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt die Konkurrenten von Swisscom lediglich ein konkurrenzfähiges Angebot hätten unterbreiten können, wenn sie Verluste in Kauf genommen hätten, ist auch das dritte Tatbestandselement erfüllt. Durch die hohen Preise für kommerzielle Vorleistungsprodukte war Sunrise nicht in der Lage, mit Swisscom in Wettbewerb zu treten. Damit wurde Sunrise, die teilweise auf kommerzielle Vorleistungsprodukte angewiesen war, in der Aufnahme und Ausübung des Wettbewerbs behindert. Damit ist auch das Tatbestandselement des Wettbewerbsnachteils gemäss Art. 7 Abs. 1 KG erfüllt. 480. Allerdings stellt nicht jede Ungleichbehandlung eine kartellrechtlich unzulässige Diskriminierung dar. So sieht Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG als viertes Tatbestandselement die Abwesenheit von objektiven Rechtfertigungsgründen vor. Hierbei muss zwischen objektiven Notwendigkeiten und kommerziellen Interessen unterschieden werden.<sup>428</sup> Es gilt der Grundsatz, dass gleiches seiner Massgabe nach gleich und ungleiches seiner Massgabe nach ungleich zu behandeln ist. Demnach kann es nicht angehen, dass ein Layer 1-Angebot, bei welchem vom Nachfrager noch eine ganze Reihe weiterer Eigenleistungen erbracht werden müssen, zum gleichen Preis angeboten werden muss, wie ein Layer 2- oder Layer 3-Angebot, bei welchem geringere Eigenleistungen zu erbringen sind. In dieser Hinsicht kann sich eine entsprechende Preisdifferenzierung rechtfertigen. Wenn allerdings der Preisunterschied zwischen den aus technischer Sicht grundsätzlich austauschbaren Layer 1-Produkten und Layer 2- bzw. Layer 3-Produkten so weit auseinandergeht, dass die Nachfrager nach Layer 2- und Layer 3-Produkten keinerlei Möglichkeit haben, im Wettbewerb bestehen zu können und daher in preislicher Hinsicht nicht mehr austauschbar sind, geht die Preisdifferenz über das durch die unterschiedlichen Eigenleistungen begründete Mass hinaus. 481. Wie bereits ausgeführt können Fernmeldedienstanbieter, die eine Anschlusszentrale entbündelt haben, gegenüber der Post die Breitbandanbindung bis 2 Mbit/s zu Gesamtkosten von CHF [40-52] pro Monat anbieten (vgl. Rz 472), während sie für das günstigste kommerzielle Vorleistungsprodukt von Swisscom für eine Breitbandanbindung von 1.2 Mbit/s CHF

426 BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 295), Art. 7 KG, Rz 215. 427 BSK

KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 295), Art. 7 KG, Rz 216. 428 BSK

KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 295), Art. 7 KG, Rz 223.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 108

215 bezahlen müssen. Daher können unterschiedliche Eigenleistung nur insoweit als legitime Rechtfertigungsgründe herangezogen werden, als die Preisdifferenzen zwischen Layer 2- bzw. Layer 3-Produkten und Layer 1-Angeboten nur so gross sind, dass diese von nachfragenden FDA für ein Endkundenangebot in preislicher Hinsicht noch alternativ eingesetzt werden können. Dies wäre bei einem regulierten Preis für die TAL in Höhe von CHF 18.80 und zusätzlichen Eigenleistungen von CHF [22-34], also gerechtfertigten Gesamtkosten in Höhe von CHF [40-52] der Fall. Die nicht mit Eigenleistungen begründbare Preisdifferenz liegt vorliegend also bei mindestens CHF [163-175] pro Anschluss und Monat. Wenn die Preise damit wie vorliegend so weit auseinanderklaffen, dass Nachfrager nach Layer 2- und Layer 3-Produkten auf dem nachgelagerten Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich aus dem Markt gedrängt werden, kann eine solche Preisdiskrimi-

nierung nicht mehr mit den unterschiedlichen Eigenleistungen gerechtfertigt werden. 482. Im vorliegend zu beurteilenden Fall sind die Preisdifferenzen so gross, dass FDA, welche nicht die TAL nutzen können, gegenüber Swisscom und gegenüber FDA, die die TAL nutzen können, nicht wettbewerbsfähig sind. Damit kann die von Swisscom vorgenommene Preisdiskriminierung aufgrund unterschiedlicher Eigenleistungen nicht objektiv gerechtfertigt werden. Andere Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich. 483. Indem Swisscom die Preise für ihre kommerziellen Vorleistungsprodukte im Vergleich zu den Preisen der regulierten Vorleistungsprodukte so hoch ansetzt, dass die Nachfrager nach den kommerziellen Vorleistungsprodukten nicht mit Swisscom oder einer FDA, welche dieselbe Leistung über die TAL anbieten kann, in Wettbewerb treten kann, diskriminiert Swisscom ihre Handelspartner und hindert sie so in der Aufnahme und Ausübung des Wettbewerbs, ohne dass sachliche Rechtfertigungsgründe dafür vorliegen. B.3.2.2.4. Stellungnahme Swisscom zur Diskriminierung von Handelspartnern im Rahmen der Ausschreibung 484. Swisscom macht geltend, dass dem Antrag nicht zu entnehmen sei, ob und inwiefern die unterschiedlichen Preise für die unterschiedlichen Vorleistungen TAL, BBCS und CES als direkte oder indirekte Diskriminierung zu qualifizieren wären. 429 485. Swisscom hat selbst ausgeführt, dass die Vorleistungsangebote für Kundenprojekte im Geschäftskundenbereich jeweils aufgrund der spezifischen Anforderungen an den Standort und die Infrastruktur der die Vorleistungsprodukte nachfragenden FDA angepasst werden. Am Ende resultiert für die FDA ein Vorleistungspreis für die Realisierung des jeweiligen Endkundenprojektes. Obwohl die Leistungen TAL, BBCS und CES für Bandbreiten bis 2 Mbit/s grundsätzlich austauschbar sind und selbst unter Berücksichtigung der zu leistenden Eigenleistungen resultieren beispielsweise im Falle der WAN-Anbindung Post vollkommen unterschiedliche Gesamtkosten für die Realisierung dieses Projektes, verlangt Swisscom für diese Produkte ohne sachliche Gründe massiv unterschiedliche Preise. Während eine FDA, welche vollständig auf die kommerziellen Vorleistungsprodukte von Swisscom angewiesen ist, mit Kosten von ca. CHF [32-38 Mio.] zu rechnen hat, hätte eine FDA, welche sämtliche Anschlusszentralen von Swisscom entbündelt hätte mit Vorleistungskosten von ca. [8'000'000-10'000'000] Mio. zu rechnen. Diese Ungleichbehandlung ist auf die überhöhten Preise für die kommerziellen Vorleistungsprodukte von Swisscom zurückzuführen und führt damit zu einer Diskriminierung derjenigen FDA, welche nicht wie Swisscom in sämtlichen Anschlusszentralen präsent sind (vgl. Rz 481). 486. Swisscom bringt vor, dass soweit im Antrag losgelöst von der konkreten Ausschreibung der Post eine Diskriminierung durch die Preisgestaltung bei BBCS und CES diagnosti-

429 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 165.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 109

ziert werden sollte, wäre dies eine klare Überschreitung des Untersuchungsgegenstandes und der damit gegebenen Zuständigkeit der WEKO. 430 Weiter macht Swisscom geltend, dass es bei der in Rz 302 ff. (hier: Rz 468 ff.) des Antrags erwähnten Untersuchung Preispolitik ADSL ausschliesslich um die Bedingungen des Vorleistungsproduktes BBCS gegangen sei. Die diesbezügliche (nicht rechtskräftige) Verfügung der WEKO vom 19. Oktober 2009 sei daher nicht einschlägig für den vorliegenden Fall, in welchem die unterschiedlichen Preise der unterschiedlichen Vorleistungen TAL, BBCS und CES im Lichte des Diskriminierungsverbots verglichen würden. 431 487. Im Rahmen der Ausschreibung der Post wurde die Preissetzungspolitik von Swisscom eingehend

untersucht. Hierbei hat sich herausgestellt, dass die sich im Rahmen dieser Untersuchung ergebenden kartellrechtlich problematischen Verhaltensweisen ihren Ursprung in der Preisgestaltung bei BBCS und CES haben. Wenn Swisscom vorbringt, dass die konkrete Abklärung des Sachverhalts eine Überschreitung des Untersuchungsgegenstandes darstelle, macht Swisscom implizit eine unvollständige und unrichtige Abklärung des Sachverhalts geltend. Dass die aus der Untersuchung gewonnenen Erkenntnisse nicht auf andere Verhaltensweisen von Swisscom in anderen Ausschreibungen angewendet wurden und die sich hieraus für Swisscom ergebenden Rechtsfolgen auf die Ausschreibung der Post beschränken, ist wiederum das Ergebnis des bei der Eröffnung der Untersuchung festgelegten und in der Folge nicht erweiterten Untersuchungsgegenstandes. Das Vorbringen von Swisscom, dass vorliegend eine klare Überschreitung des Untersuchungsgegenstandes und der damit gegebenen Zuständigkeit der WEKO vorliegen würde, ist daher unbegründet.

488. Swisscom bringt weiter vor, eine FDA, die in die Entbündelung investiert habe, könne gemäss Antrag für die Leistungen für die Post sowohl TAL als auch BBCS oder CES einsetzen. Der Antrag müsste dementsprechend schliessen, dass die Preise für BBCS und CES höher sein müssten als der TAL-Preis. Aus einer beschränkten Substituierbarkeit könne nicht abgeleitet werden, dass die Preise im Wesentlichen gleich sein müssten. Die möglichen Erlöse, die in einem konkreten Fall bei einer 1 Mbit/s-Anbindung über die TAL realisiert werden könnten, seien für die Beurteilung des BBCS-Preises für eine 1.2 Mbit/s-Anbindung in Zone 1 und des Preises für eine CES-Anbindung bis 2 Mbit/s in Region A nicht relevant.<sup>432</sup> 489. Die WEKO stellt nicht in Abrede, dass sich die Preise für BBCS und CES von denjenigen der TAL unterscheiden dürfen. Vielmehr stellt sich allerdings die Frage, ob die Preise für BBCS und CES im Vergleich zu den Preisen, die Swisscom sich selbst als interner Nachfrager verrechnet hat, in einem Masse überhöht sind, dass dies im Rahmen der Ausschreibung gegenüber der Post zu einer Diskriminierung von Sunrise im Vergleich zum internen Nachfrager von Swisscom geführt haben. Um dies zu beurteilen bietet die TAL eine gute Annäherung, da bei funktionierendem Wettbewerb aufgrund der Substituierbarkeit von TAL, BBCS und in beschränktem Masse CES diese drei Produkte bei denselben Anforderungen an die Bandbreite unter Berücksichtigung der Eigenleistungen ein im Wesentlichen ähnliches Preisniveau aufweisen würden. Vorliegend weisen die kommerziellen Vorleistungsprodukte Preise auf, die mit denen der regulierten TAL in keiner Weise vergleichbar sind, weshalb auch auf eine Diskriminierung der Handelspartner zu schliessen ist. 490. Swisscom führt aus, dass vorliegend nur das Verhalten von Swisscom in der Ausschreibung der Post Untersuchungsgegenstand sei. FDA ohne TAL würden in dieser Ausschreibung keine Rolle spielen. FDA, die Endkundenleistungen nur auf Basis von BBCS und

430 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 171. 431 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 175. 432 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 177.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 110

CES anbieten würden, existierten auf dem sachlichen Markt gar nicht. Dementsprechend hätten sie durch das Verhalten von Swisscom nicht diskriminiert werden können.<sup>433</sup> 491. Wie bereits oben aufgeführt, führt die Preissetzung von Swisscom für ihre kommerziellen Vorleistungsprodukte im Geschäftskundenbereich zu einer Diskriminierung von Sunrise gegenüber dem internen Nachfrager bei Swisscom (vgl. 474). 492. Swisscom macht geltend, dass aus dem in Rz 480 beschriebenen Gleichheitsgrundsatz nicht folge, dass

unterschiedlich strukturierte Produkte mit unterschiedlichen relevanten Kosten unter dem Strich vergleichbare Preise haben müssten. Vielmehr führe die Forderung des Antrags, wonach Ungleiches im Wesentlichen gleich behandelt werden müsste, zu einer Umkehrung des Gehalts des Gleichheitsgrundsatzes. Im Übrigen bezwecke das Kartellgesetz nicht, die Anforderungen der Sektorregulierung auf kommerzielle Preise auszudehnen und so zu bewirken, dass regulierte und kommerzielle Angebote „in preislicher Hinsicht (...) austauschbar“ gemacht würden.<sup>434</sup> 493. Die Sektorregulierung simuliert für die regulierten Vorleistungsprodukte Preise, die einem wirksamen Wettbewerb entsprechen. Es spricht daher aus kartellrechtlicher Sicht nichts dagegen, gegen überhöhte Preise vorzugehen, die aufgrund des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung zustande kommen und die im Zusammenspiel mit den regulierten Preisen zu einer Diskriminierung der Marktgegenseite gegenüber dem internen Nachfrager führen. 494. Swisscom führt aus, dass es sich bei den Produkten TAL, BBCS und CES um vollkommen unterschiedliche Produkte handle.<sup>435</sup> Dies mache sich auch in der Kostenstruktur von Swisscom bemerkbar.<sup>436</sup> Als entscheidendes Kriterium seien die Eigenleistungen für die Produkte zu nennen. Diese seien unterschiedlich. TAL sei ein Layer 1 Angebot bei welchem die Wertschöpfung gering sei. BBCS und CES hingegen seien veredelte Breitbandangebote. TAL ist nur die Bereitstellung der Linie. Bei BBCS und CES fielen zusätzliche Kosten für das IP Netz und den Transport ins Gewicht. Um einen Dienst über die IP Technologie bereitzustellen, brauche es ein IP Netz, Verschlüsselung, Transport und Router Einrichtungen. Es brauche im Unterschied zur TAL diese zusätzlichen Netzinfrastrukturen.<sup>437</sup> Die unterschiedlichen Vorleistungspreise beruhten auf sachlichen Gründen und die Tatsache, dass sich die Preise für TAL, BBCS und CES unterscheiden würden, könne nicht als unzulässige Diskriminierung qualifiziert werden.<sup>438</sup> Die Kosten für diese kommerziellen, gemanagten Produkte seien nebst den freien, wirtschaftlichen Aspekten deshalb gerechtfertigt, weil der Unterhalt und Service von Swisscom erbracht werde.<sup>439</sup> Zudem sei der TAL-Preis ein regulierter, kostenorientierter Preis, während die Preise für BBCS und CES kommerziell seien, für welche gemäss Swisscom der Grundsatz der Kostenorientierung nicht gelte.<sup>440</sup> Das Gleichbehandlungsgebot und das Diskriminierungsverbot verlangten nicht, dass unterschiedliche Leistungen wie TAL, BBCS und CES im Wesentlichen gleiche Preise haben müssten.<sup>441</sup> Der Auffassung die Preise für BBCS und CES seien nur dann „diskriminierungsfrei“, wenn sie den Kosten TAL und Eigenleistung einer FDA entsprechen würden, könne nicht gefolgt wer-

433 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 178. 434 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act 146), Rz 180. 435 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act 146), Rz 142 f. 436 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act 146), Rz 144 f. 437 Protokoll Anhörung Swisscom vom 1. Juni 2015 (act. 157), S. 3. 438 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act 146), Rz 146. 439 Protokoll Anhörung Swisscom vom 1. Juni 2015 (act. 157), S. 4. 440 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act 146), Rz 147. 441 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act 146), Rz 148.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 111

den.<sup>442</sup> Zudem bestehe kein Raum gestützt auf das KG faktisch kostenorientierte Preise herbeizuführen. 495. Hierzu ist anzumerken, dass es grundsätzlich kartellrechtlich nicht zu beanstanden ist, wenn für unterschiedliche Vorleistungsprodukte grundsätzlich unterschiedliche Preise verlangt werden, solange die Preisunterschiede nicht unangemessen

sind, dass diese aus sachlichen Gründen nicht mehr zu rechtfertigen sind. Vorliegend sind die von Swisscom verlangten Preisunterschiede sachlich nicht zu rechtfertigen. Hierzu kann auf die Ausführungen in den Rz 467, 485 und 493 verwiesen werden. 496. Swisscom hält in ihrer Stellungnahme fest, dass die Ausführungen zu den Definitionen von Gleichbehandlung und sachlich nicht gerechtfertigter bzw. diskriminierender Ungleichbehandlung (Rz 140 ff.), die Nichtanwendung von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG auf die primary line discrimination bzw. die Behinderung von Konkurrenten (Rz 151 ff.) und die Ausführungen zu den rechtlichen Grundlagen und zum Untersuchungsgegenstand (Rz 168 ff.) auch für die angebliche Diskriminierung von Handelspartnern in der Ausschreibung der Post gelten würden.<sup>443</sup> Der im Antrag in Rz 313 aufgeführte Verweis der WEKO auf die bisherige Praxis zur Kosten-Preis-Schere sei insofern verfehlt, als es vorliegend anders als im Fall „Preispolitik Swisscom ADSL“ nicht um gleiche Preise für „dieselben Vorleistungsprodukte“ gehe, sondern um unterschiedliche Preise für unterschiedliche Vorleistungen. Soweit in Rz 313 des Antrags der WEKO angetönt werden sollte, dass die Konkurrenten vorliegend aufgrund hoher Vorleistungspreise auf dem Endkundenmarkt rechnerische Verluste erleiden würden, welche sich im Falle von Swisscom durch hohe Gewinne des Wholesale-Bereichs kompensieren liessen, weist Swisscom dies zurück. Swisscom erläutert weiter, dass sie ihr Endkundengeschäft mit Breitbandanbindungen nachgewiesenermassen profitabel betreibe. Von einer Quersubventionierung könne keine Rede sein.<sup>444</sup> 497. Hierzu ist anzumerken, dass Swisscom selbst vorbringt, die internen Vorleistungskosten nicht zu kennen und solche auch nicht intern zu verrechnen.<sup>445</sup> Demnach müssten für Swisscom grundsätzlich auch keine Aussagen darüber gemacht werden können, ob sie ihr Endkundengeschäft profitabel betreiben kann. Dies ist aber für die Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts unerheblich, da aufgrund der Anwendung der unterschiedlichen Vorleistungspreise für die unterschiedlichen Produkte TAL, BBCS und CES Situationen entstehen, bei welchen Unternehmen mit identischen Nachfragestrukturen im Bereich Breitbandanbindung letztendlich lediglich aufgrund der an einer Ausschreibung mitbietenden FDA unterschiedliche Preise gegenüber dem marktbeherrschenden Unternehmen zu bezahlen haben. Damit betreibt Swisscom als marktbeherrschendes Unternehmen konsequente Preisdiskriminierung. 498. Swisscom führt aus, dass der Diskriminierungsvorwurf unzutreffend sei. Letztlich stütze sich die Prämisse, nach welcher BBCS- und CES-Preise überhöht seien, nur auf das Argument, dass der Endkundenpreis von Swisscom unter den angeblichen internen Kosten von Sunrise liege. Dies vermöge eine angebliche Diskriminierung eines Konkurrenten niemals zu begründen.<sup>446</sup> 499. Die Schlussfolgerung von Swisscom in diesem Rahmen greift zu kurz. Nicht nur aus der Tatsache, dass Swisscom einen tieferen Preis als Sunrise geboten hat, wird auf eine Diskriminierung geschlossen, sondern auch aus der Tatsache, dass der von Swisscom ge-

442 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act 146), Rz 149 f. 443 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act 146), Rz 186. 444 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act 146), Rz 187. 445 Stellungnahme Swisscom vom 22. September 2010 (act. 50), S. 11 f. 446 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act 146), Rz 196.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 112

botene Preis unter den Kosten von Sunrise liegt und Sunrise als Nachfrager nach Vorleistungsprodukten gegenüber dem internen Nachfrager von Swisscom höhere Preise bezahlen musste (vgl. Rz 475). 500. Aber auch aufgrund der starken Preisunterschiede zwischen

regulierten und kommerziellen Vorleistungsprodukten entsteht eine Situation, in welcher grundsätzlich in Wettbewerb zueinander stehende FDA für die Erbringung einer identischen Endkundenleistung ohne sachliche Rechtfertigungsgründe (die unterschiedlichen Eigenleistungen vermögen den massiven Preisunterschied zwischen regulierten und kommerziellen Vorleistungsprodukten nicht zu erklären) unterschiedliche Vorleistungspreise zu bezahlen haben. B.3.2.3 Kosten-Preis-Schere B.3.2.3.1. Grundlagen 501. In der Schweiz existiert zur Kosten-Preis-Schere noch keine reiche Fallpraxis, weshalb die (auf der EU-Rechtsprechung basierenden) Erwägungen der EU nicht ohne weiteres übernommen werden können. Nach Praxis der WEKO kann eine Kosten-Preis-Schere vorliegen, wenn ein vertikal integriertes Unternehmen die Endleistungspreise (Retail) im Vergleich zu den Vorleistungspreisen (Wholesale) derart tief ansetzt, dass es vergleichbar effizienten Wettbewerbern auf den Endkundenmärkten verunmöglicht wird, Gewinne zu erwirtschaften, um im Markt verbleiben zu können.<sup>447</sup> 502. Art. 7 KG orientiert sich konzeptionell, hinsichtlich des Wortlautes und aufgrund dessen Entstehungsgeschichte an Art. 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (nachfolgend: AEUV).<sup>448</sup> Zwar hat Art. 7 KG keinen EU-politischen Hintergrund, dennoch kann sich die Praxis in der Schweiz an die in der EU gelebte Praxis anlehnen. Art. 102 AEUV befasst sich mit der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung. Nach der Rechtsprechung im europäischen Wettbewerbsrecht liegt, wie bereits unter Rz 298 ausgeführt, eine Kosten-Preis-Schere vor, wenn ein Unternehmen, das über eine beherrschende Stellung auf dem Markt eines Vorleistungsprodukts verfügt und selbst einen Teil seiner Produktion zur Herstellung eines Verarbeitungserzeugnisses verwendet, während es das restliche Vorleistungsprodukt auf dem Markt verkauft und die Preise, zu denen es das Vorleistungsprodukt an Dritte verkauft, so hoch ansetzt, dass die Dritten über keine ausreichende Verarbeitungsmarge verfügen, um auf dem Markt des Verarbeitungserzeugnisses zu bleiben.<sup>449</sup> In der EU bildet der Tatbestand der Kosten-Preis-Schere eine eigenständige Form einer missbräuchlichen Verhaltensweise unter Art. 102 AEUV ausserhalb des darin aufgeführten Beispielkatalogs.<sup>450</sup> Demnach braucht es in der EU beim Vorliegen einer Kosten-Preis-Schere keinen separaten Nachweis, dass entweder die Vorleistungspreise oder die Endkundenpreise missbräuchlich sind. 503. In der juristischen Literatur wird erwähnt, dass eine Kosten-Preis-Schere vorliegt, wenn ein vertikal integriertes Unternehmen seine Konkurrenten auf der unteren Marktstufe

447 RPW 2010/1, 146 Rz 203, Preispolitik Swisscom ADSL. 448 Konsolidierte Fassung: ABI. C 115 vom 9. Mai 2008, S. 89 ; früher Art. 82 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft; EGV (Konsolidierte Fassung: ABI. C 325 vom 24. Dezember 2002, S. 33). 449 RPW 2010/1, 146 Rz 206, Preispolitik Swisscom ADSL; Urteil des Gerichts in erster Instanz vom 10. April 2008, T-271/03. 450 WORKING PARTY NO. 2 ON COMPETITION AND Regulation, Margin Squeeze vom 19. Oktober 2009 (DAF/COMP/WP2/WD(2009)32, Rz 4; Tomasz KOZIEL, Margin Squeeze as a Stand-Alone Abuse of Dominant Position – Remarks to the Judgment of the European Court of Justice in TeliaSonera, The Columbia Journal of European Law, 2011, (15.08.2012).

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 113

zu Grosshandelspreisen (Vorleistungsentgelt) beliefert, die dermassen nahe bei den vom vertikal integrierten Unternehmen verwendeten Retail-Preisen (Endkundenentgelt) liegen, dass den Konkurrenten eine zu knappe Marge verbleibt, um mit dem vertikal integrierten

Unternehmen auf Endkundenstufe in Wettbewerb zu treten.<sup>451</sup> 504. Aus ökonomischer Sicht liegt eine Kosten-Preis-Schere vor, wenn ein marktbeherrschendes, vertikal integriertes Unternehmen auf dem Vorleistungsmarkt ein für die Nachfrager unverzichtbares Vorleistungsprodukt anbietet und auf dem Endkundenmarkt ebenfalls tätig ist, wobei die Preissetzung für das Vorleistungs- und Endkundenprodukt derart gestaltet ist, dass ein effizienter Nachfrager nach dem Vorleistungsprodukt keine ausreichende Marge erzielen kann, um im Endkundenmarkt bestehen zu können.<sup>452</sup> 505. In der ökonomischen Literatur gelten Kosten-Preis-Scheren als Spezialfall sogenannter „vertical foreclosure“.<sup>453</sup> Sie werden als Situationen beschrieben, in welchen ein vertikal integriertes Unternehmen hohe Preise für seine vorgelagerten Dienstleistungen gegenüber Wettbewerbern im nachgelagerten Markt verlangt, während die Endkundenpreise des vertikal integrierten Unternehmens derart niedrig angesetzt werden, dass der Wettbewerb im nachgelagerten Markt ausgeschaltet oder erheblich geschwächt wird (chill downstream competition).<sup>454</sup> Eine weitergehende Definition geht von einer Kosten-Preis-Schere aus, falls ein vertikal integriertes Unternehmen – mit Marktmacht in der Bereitstellung einer wesentlichen Vorleistung – die Preissetzung bei den vorgelagerten oder ihren nachgelagerten Dienstleistungen in einer Weise und für eine genügend lange Zeit vornimmt, um einem mindestens ebenso effizienten Wettbewerber im nachgelagerten Markt einen genügenden Ertrag zu verunmöglichen, um im Markt zu verbleiben.<sup>455</sup> 506. Es werden in der Literatur grundsätzlich zwei verschiedene Arten von Kosten-Preis-Scheren unterschieden:<sup>456</sup> 507. In einer ersten Variante verrechnet das marktbeherrschende Unternehmen Wettbewerbern höhere Vorleistungspreise als sich selbst bzw. seiner Tochterunternehmung, die im nachgelagerten Markt tätig ist. In diesem Zusammenhang wird oft von einer diskriminierenden Kosten-Preis-Schere gesprochen. Durch die Ungleichbehandlung der auf das Vorleistungsprodukt angewiesenen Wettbewerber im Vergleich zu sich selbst bzw. zur Tochterunternehmung werden diese Wettbewerber diskriminiert und damit in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert. <sup>457</sup> In einem solchen Fall könnte Art. 7 Abs. 1 KG auch den Beispielstatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG (Diskriminierung von Handelspartnern) erfüllen.<sup>458</sup>

<sup>451</sup> MANI REINERT, Preisgestaltung, in: Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Geiser/Krauskopf/Münch (Hrsg.), 2005, 145. <sup>452</sup> statt vieler: CROCIONI PIETRO/VELJANOVSKI CENTO, Price Squeezes, Foreclosure and competition law – principles and guidelines, S. 30, (11.10.2011). <sup>453</sup> RPW 2010/1, 146 Rz 212, Preispolitik ADSL. Für eine Übersicht über „vertical foreclosure“ siehe PATRICK REY/JEAN TIROLE, A Primer on Foreclosure, Handbook of Industrial Organisation II, 2007. <sup>454</sup> RPW 2010/1, 146 Rz 212, Preispolitik ADSL; PAUL A GROUT, Recent Developments in the Definition of Abusive Pricing in European Competition Policy, CMPO Working Paper Series No. 00/23, August 2000 überarbeitet im März 2001. <sup>455</sup> PIETRO CROCIONI/CENTO VELJANOVSKI, Price Squeezes, Foreclosure and Competition Law, Principles and Guidelines, Journal of Network Industries, 2003 (vol. 4), S. 28ff. <sup>456</sup> CROCIONI/VELJANOVSKI (Fn 455), S. 32 ff. <sup>457</sup> CROCIONI/VELJANOVSKI (Fn 455), S. 32. <sup>458</sup> EVELYNE CLERC/PRANVERA KËLLEZI, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Tercier/Bovet (Hrsg.), 2013, Art. 7 Abs. 2 KG N 135 ff.

508. In einer zweiten Variante verrechnet das marktbeherrschende Unternehmen Wettbewerbern dieselben Vorleistungspreise wie sich selbst bzw. seiner Tochterunternehmung, die im nachgelagerten Markt tätig ist. Dennoch reicht die Differenz zwischen Vorleistungspreis und Endkundenpreis nicht aus, damit die Wettbewerber im Markt überleben können. Das integrierte Unternehmen kann im Unterschied zu seinen Wettbewerbern seine Endkundensparte bzw. seine Tochterunternehmung querfinanzieren. Die unzureichende Preisdifferenz kann einerseits daraus resultieren, dass das integrierte Unternehmen überhöhte und damit unangemessene Vorleistungspreise gegenüber seinen Wettbewerbern verrechnet.<sup>459</sup> Damit könnte dasselbe Verhalten in der zweiten Variante einen Ausbeutungstatbestand im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG (Erzwingung unangemessener Preise) darstellen.<sup>460</sup> Das Bundesgericht hält im Publigroupeurteil ausdrücklich fest, dass die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen einen typischen Ausbeutungsmisbrauch darstellt.<sup>461</sup> In einem solchen Fall käme Art. 7 Abs. 1 KG durch die Erfüllung des Beispieletatbestandes von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG zur Anwendung. Andererseits kann die unzureichende Preisdifferenz daraus resultieren, dass das integrierte Unternehmen seine Wettbewerber auf dem Endkundenmarkt gezielt bei Preisen unterbietet.<sup>462</sup> In einem solchen Fall wäre Art. 7 Abs. 1 KG durch den Beispieletatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. d KG (gegen Wettbewerber gerichtete Unterbietung von Preisen) erfüllt.<sup>463</sup> 509. Eine Kosten-Preis-Schere, die das Tatbestandselement der Behinderung von Wettbewerbern in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG erfüllt kann daher auch gleichzeitig die Tatbestandsmerkmale der Diskriminierung von Handelspartnern (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG), der Erzwingung unangemessener Preise (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG) oder der gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Unterbietung von Preisen (Art. 7 Abs. 2 Bst. d KG) erfüllen.<sup>464</sup> B.3.2.3.2. Stellungnahme von Swisscom zu den Grundlagen einer Kosten-Preis-Schere 510. Swisscom ist der Meinung, dass es problematisch sei, den Tatbestand der Kosten-Preis-Schere unter Art. 7 Abs. 2 Bst. b oder Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG zu subsumieren. Gemäss der bundesgerichtlichen Praxis müsse die Auslegung von Art. 7 Abs. 2 KG nahe beim Wortlaut der jeweiligen Tatbestände bleiben. Dem Bestimmtheitsgebot und der Berechenbarkeit der Rechtsanwendung werden sonst nicht genügt. Das „Erzwingen“ in Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG sei nicht gleichbedeutend mit „verlangen“. Weder Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG noch Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG seien ausreichend bestimmt formuliert, um in rechtsstaatlich vertretbarer Weise auf eine Kosten-Preis-Schere angewendet zu werden. Nach Meinung von Swisscom lasse sich eine Kosten-Preis-Schere nur unter die Generalklausel in Art. 7 Abs. 1 KG erfassen. Eine Sanktionierung bloss gestützt auf die Generalklausel werde vom Bundesverwaltungsgericht unter Hinweis auf Art. 7 EMRK jedoch abgelehnt.<sup>465</sup> 511. Das Bundesgericht hat in seinem Urteil in Sachen Publigroupe ausdrücklich offen gelassen, ob eine Sanktionierung aufgrund von Art. 7 Abs. 1 KG möglich sei.<sup>466</sup> Damit ist eine Sanktionierung aufgrund der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG in keiner Weise ausge-

459 CROCIANI /VELJANOVSKI (Fn 455), S. 32. 460 CR Concurrence-Clerc/Këllezi (Fn 458), Art. 7 Abs. 2 KG N 137. 461 Urteil des BGer 2C\_484/2010 vom 29.06.2012 (nachfolgend: Publigroupeurteil), E. 10.1.1. 462 CROCIANI/VELJANOVSKI (Fn 455), S. 32. 463 CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (Fn 458), Art. 7 Abs. 2 KG N 137. 464 Publigroupeurteil (Fn 461), E. 8.2.2. 465 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 232. 466 Publigroupeurteil (Fn 461), E. 8.2.2.

schlossen. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass der nicht im Beispielkatalog aufgeführte Tatbestand einer Kosten-Preis-Schere auch gleichzeitig den Tatbestand der Erzwingung unangemessener Preise oder der Diskriminierung erfüllen kann, was vorliegend, wie bereits gezeigt wurde, der Fall ist. Sobald ein Sachverhalt eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. b oder c KG erfüllt, stellt sich daher die Frage, ob ein Sachverhalt alleine aufgrund der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG sanktionierbar ist, nicht. 512. Swisscom macht generell geltend, dass eine Verurteilung wegen unzulässiger Verhaltensweisen nicht auf der Basis von hypothetischen Sachverhalten erfolgen könne. Soweit sich der Antrag daher auf Szenarien abstütze, die nicht den tatsächlichen Sachverhalt abbilden würden, würde sich ein Schluss auf missbräuchliches Verhalten verbieten. 513. Hierzu ist festzuhalten, dass die einzelnen, vom Sekretariat vorgenommenen Berechnungen die Problematik der Preissetzung von Swisscom verdeutlichen und daher einen Teil der Sachverhaltsabklärung darstellen. Insbesondere kann hierdurch das Zusammenspiel der regulierten und kommerziellen Vorleistungsprodukte im Hinblick auf eine grössere Ausschreibung, wie vorliegend die Ausschreibung der Post, aufgezeigt werden. Der massgebliche Sachverhalt stellt daher die Preissetzung von Swisscom betreffend die kommerziellen und regulierten Vorleistungsprodukte dar, welche auf den tatsächlich von Swisscom in Rechnung gestellten Preisen beruht. Der von Swisscom geltend gemachte Vorhalt, die Sanktionierung würde auf einen hypothetischen Sachverhalt abstellen, stösst daher ins Leere. B.3.2.3.3.

Realisierung einer Kosten-Preis-Schere im Rahmen der Ausschreibung 514. Im Rahmen der Ausschreibung zur WAN-Anbindung der Poststandorte hat Swisscom den Zuschlag für die Erschliessung zu einem Preis von CHF [16-23 Mio.] erhalten (vgl. Rz 201). Demgegenüber hätte eine FDA, die bisher keine Anschlusszentrale entbündelt hat, von Swisscom Vorleistungsprodukte in Höhe von CHF [32-38 Mio.] (vgl. Rz 180) nachfragen müssen. In einer Beispielrechnung hat Swisscom vorgebracht, dass Sunrise als FDA, die einen Teil der Anschlusszentralen entbündelt hätte, Vorleistungskosten in Höhe von CHF [16-23 Mio.] zu tragen gehabt hätte (vgl. Rz 10). Basierend auf den Grundannahmen von Swisscom und einer monatsgenauen Berechnung sind im Kostenszenario von Swisscom allerdings Vorleistungskosten in Höhe von CHF [16-23 Mio.] zu veranschlagen (Rz 176). Sunrise selbst ging in ihrer ersten Eingabe von Vorleistungskosten in Höhe von ca. CHF [...] aus. 515. Da bereits die kommerziellen Vorleistungskosten alternativer Fernmeldedienstleister in Höhe von CHF [32-38 Mio.] – den Endkundenpreis für die Erschliessung der Poststandorte in Höhe von CHF [16-23 Mio.] übertreffen, muss vorliegend von einer Kosten-Preis-Schere ausgegangen werden. Selbst für Sunrise als einzige FDA, die auf eine grössere Anzahl an entbündelten Anschlusszentralen voraussichtlich hätte zurückgreifen können, ergeben sich im theoretisch günstigsten Fall Vorleistungskosten in Höhe von CHF [16-23 Mio.]. Rechnet man die zu erbringenden Eigenleistungen in Höhe von CHF [2'000'000- 3'000'000] (vgl. Rz. 185) hinzu, so liegen die Kosten für die Erbringung der Dienstleistungen gegenüber der Post mit CHF [20'500'000-21'500'000] über dem von Swisscom gegenüber der Post offerierten Preis. Auch in diesem Fall liegt eine Kosten-Preis-Schere seitens Swisscom vor. 516. Im konkreten Fall muss allerdings berücksichtigt werden, dass für Sunrise diese Berechnungen grundsätzlich zu tief sind, da [...]. Zudem war zum Zeitpunkt der Ausschreibung noch nicht klar, wie viele Anschlusszentralen Sunrise überhaupt entbündeln würde, weshalb Sunrise noch einen Sicherheitsabschlag mit einrechnen müssen.

B.3.2.3.4. Stellungnahme Swisscom zur Realisierung einer Kosten-Preis-Schere im Rahmen der Ausschreibung 517. Swisscom macht in ihrer Stellungnahme geltend, dass die Bejahung einer Kosten-Preis-Schere voraussetzen würde, dass die angeblich behinderten Konkurrenten gleich effizient seien wie das Unternehmen, dem die Anwendung einer Kosten-Preis-Schere vorgeworfen werde. In der Rechtsprechung der EU werde daher der equally efficient competitor Test angewendet. Er basiere auf einer Kostendeckungsanalyse des marktbeherrschenden Unternehmens und beschränkt dessen „Marktstrukturverantwortung“ auf Konkurrenten, die ebenso effizient seien.<sup>467</sup> Eine Kosten-Preis-Schere liege nach diesem Test nur vor, wenn die Spanne zwischen Vorleistungs- und Endkundenentgelt negativ oder zu gering sei, um die produktspezifischen Kosten des beherrschenden Unternehmens für die Erbringung seiner eigenen Leistung auf dem nachgelagerten Markt zu decken.<sup>468</sup> Dieser Test sei insbesondere bei dynamischen Wachstumsmärkten, wie bei Telekommunikationsmärkten, wichtig, da sonst ineffiziente Wettbewerber geschützt würden. Der Test sei auch aus Gründen der Rechtssicherheit geboten, weil ein beherrschendes Unternehmen die Kosten der Konkurrenten nicht kenne.<sup>469</sup> Dies habe insbesondere auch in der Schweiz zu gelten, da die Sanktionen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG strafrechtliche Anklagen im Sinne von Art. 6 EMRK seien und deshalb wegen Art. 7 EMRK verstärkte Anforderungen an die Bestimmtheit und Auslegung der materiellen Kartellrechtsnorm zu stellen seien, wenn eine Sanktion drohe. Dies bedeute, dass für andere Tests, welche auf die Kosten der Konkurrenten von Swisscom abstellen würden, aus rechtsstaatlichen Gründen kein Raum bestehen würde. Angebliche interne Kosten von Sunrise seien daher zum Nachweis einer Kosten-Preis-Schere irrelevant.<sup>470</sup> Der Antrag befasse sich an keiner Stelle mit dem equally efficient competitor Test und äussere sich nicht zur Frage, ob und inwiefern andere FDA als vergleichbar effizient wie Swisscom zu qualifizieren seien. Es werde beispielsweise nirgends erwogen, die Anzahl entbundelter TAL könnte darauf hinweisen, dass Sunrise (oder evtl. Upc Cablecom) weniger effizient seien als Swisscom.<sup>471</sup> Den Missbrauchsvorwurf begründe der Antrag denn auch nicht in erster Linie mit angeblichen Nachteilen für Sunrise, sondern mit den Nachteilen hypothetischer FDA, die nicht in die Entbündelung investiert hätten und zu 100% CES oder BBCS einsetzen müssten. Soweit der Antrag mit angeblichen internen Zusatzkosten von Sunrise argumentiere, vermöge dies einen Kosten-Preis-Scheren-Vorwurf nicht zu begründen.<sup>472</sup> 518. Im Rahmen der Berechnungen wurde grundsätzlich auf die Vorleistungskosten von Swisscom abgestellt. Lediglich bei den Kosten für den Grundausbau einer Anschlusszentrale, wurde auf die Kosten von Sunrise abgestellt. Hieraus kann Swisscom allerdings nichts zu ihren Gunsten ableiten. Falls Sunrise betreffend den Grundausbau von Anschlusszentralen tatsächlich ineffizient gewesen sein sollte, so würden die von Swisscom für die Produkte BBCS und CES ermittelten Eigenleistungskosten noch niedriger ausfallen und das kommerzielle Preisniveau dieser beiden Produkte müsste in noch stärkerem Masse als unangemessen qualifiziert werden. Somit stösst der Vorwurf auf ineffiziente Anbieterinnen abgestellt zu haben in dieser Hinsicht ins Leere. Bei der von Swisscom aufgeworfenen Frage, ob Sunrise oder evtl. Cablecom weniger effizient seien als Swisscom, da sie eine geringere Anzahl TAL entbündelt hätten, sei auf die den Telekommunikationsmärkten spezifischen Eigenschaften von Netzwerkmärkten hingewiesen. Diese sind dadurch gekennzeichnet, dass sich die Infrastrukturkosten auf eine grössere Anzahl von Kunden verteilt, was zu steigenden Skalener-

467 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 90. 468 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 91. 469 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 92. 470 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 93. 471 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 94. 472 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 95.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 117

trägen führt. Alleine schon aufgrund der geringeren Marktanteile von Sunrise lassen sich Infrastrukturanvestitionen, wie der Ausbau einer Anschlusszentrale, auf weniger Endkunden verteilen, weshalb es für Sunrise wirtschaftlich nicht effizient ist, sämtliche Anschlusszentralen in der Schweiz zu entbündeln. Hieraus kann aber nicht geschlossen werden, dass Sunrise im Markt ein ineffizienter Anbieter sei. Die Anzahl entbundelter Anschlusszentralen ist daher wesentlich vom Marktanteil der FDA abhängig und lässt daher keine Rückschlüsse auf die Effizienz der jeweiligen FDA zu. 519. Swisscom macht geltend, dass sie in ihrer Eingabe vom 14. März 2014 (act. 127) nachgewiesen habe, dass sie ihr LAN-I basiertes Endkundengeschäft profitabel betreiben würde. Da dieses Endkundengeschäft von Swisscom profitabel betrieben werde, könne keine praktizierte Kosten-Preis-Schere zum Nachteil anderer FDA vorliegen. Das dazu eingereichte Beweismittel werde von den Wettbewerbsbehörden jedoch nicht gewürdigt. 473 520. Das Vorbringen von Swisscom, wonach ihr LAN-I basiertes Endkundengeschäft profitabel betrieben werde, ist für die kartellrechtliche Beurteilung der von Swisscom praktizierten Verhaltensweise unerheblich. Konkret wird Swisscom vorgeworfen, überhöhte kommerzielle Vorleistungsprodukte im Markt zu verlangen und gleichzeitig die Endverkaufspreise auf einem nur geringfügig höheren Niveau zu halten, so dass für die kommerzielle Vorleistungsprodukte nachfragenden FDA keine ausreichende Marge mehr resultiert. Zudem gibt Swisscom selbst an, dass interne Kosten nicht intern verrechnet werden, weshalb das Endkundengeschäft grundsätzlich immer profitabel ist bzw. Swisscom gemäss ihren oben gemachten Ausführungen nicht beurteilen kann, ob das Endkundengeschäft profitabel ist (vgl. Rz 497). Swisscom kann daher aus ihrem Vorbringen nichts zu ihren Gunsten ableiten. 521. Laut Swisscom kann eine Kosten-Preis-Schere in der Ausschreibung der Post nicht vorliegen, weil der Antrag in Rz 514 ausdrücklich festhält, dass keine Anhaltspunkte für ein Endkundenangebot von Swisscom unter den eigenen internen Kosten bestehen. 474 522. Hierzu kann auf die Ausführungen in Rz 520 verwiesen werden. Eine Kosten-Preis-Schere kann auch dann realisiert werden, wenn Swisscom wie vorliegend ihr Endkundengeschäft profitabel betreibt, und zwar dann, wenn den externen Nachfragern nicht dieselben Vorleistungspreise verrechnet werden, wie dem internen Nachfrager. Gemäss Swisscom werden intern keine Vorleistungskosten verrechnet. Daher kann Swisscom aus dem Argument, sie würde ihr Endkundengeschäft profitabel betreiben, nichts zu ihren Gunsten ableiten. 523. Swisscom macht geltend, dass der Vorwurf einer Kosten-Preis-Schere für FDA, die bisher keine Anschlusszentralen erschlossen haben, nicht tauglich sei. Eine FDA, die nur auf diese Vorleistungen angewiesen gewesen sei, existiere bei der Ausschreibung der Post nicht. 475 Die Argumentationslinie, die dem Sekretariat möglicherweise vorschwebt und folgendermassen aufgebaut würde lautet gemäss Swisscom wie folgt: die BBCS- und CES-Preise seien allgemein als Marktzutrittsschranke zu werten, weil FDA, die Endkundenleistungen ausschliesslich auf Basis von BBCS und CES erbringen wollten, den Wettbewerb auf dem Markt für Breitbandanbindungen für Geschäftskunden nur bei tieferen Preisen

aufnehmen und ausüben könnten. Dass solche FDA daher auch in der Ausschreibung der Post als Bieter hätten auftreten können, sei sehr hypothetisch.<sup>476</sup> Eine Kosten-Preis-Schere sei inso-

473 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 107 ff. 474 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 96. 475 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 111. 476 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 113.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 118

fern a priori ausgeschlossen, denn in einem KG Sanktionsverfahren könne nur auf die Beurteilung tatsächlichen Verhaltens und nicht auf hypothetische Szenarien abgestellt werden.<sup>477</sup> 524. Hierzu ist anzumerken, dass die kommerziellen Vorleistungspreise von Swisscom in keiner Weise hypothetisch sind. Die vom Sekretariat vorgenommenen Berechnungen illustrieren lediglich die wettbewerbsrechtlichen Probleme, welche sich bei der Anwendung der überhöhten kommerziellen Vorleistungspreise ergeben. Daher wurde in keiner Weise auf hypothetische Szenarien, sondern auf real von Swisscom verlangte Vorleistungs- und Endkundenpreise abgestellt. 525. Swisscom macht geltend, dass eine Kosten-Preis-Schere nicht durch eine einzige Ausschreibung bewirkt werden könne.<sup>478</sup> Insbesondere mit Referenzkunden, wie vorliegend der Post, könne mit einem einzelnen Auftrag keine Kostendeckung erreicht werden. Es sei daher ausreichend, dass Swisscom ihr Geschäft mit WAN-Anbindungen insgesamt profitabel betreibe.<sup>479</sup> Ein Ausscheiden der Mitbewerber aus dem Markt falle in casu ausser Betracht, da diese zum heutigen Zeitpunkt weiterhin tätig und nicht von einer Existenzgefährdung betroffen seien. Sowohl Sunrise als auch Cablecom seien auf dem Markt für Breitbandanbindungen für Geschäftskunden aktiv und erfolgreich.<sup>480</sup> So sieht Swisscom den Tatbeweis für die fehlende Existenzgefährdung als gegeben an.<sup>481</sup> 526. Swisscom bringt vor, dass der Zuschlagspreis in Höhe von CHF [16-23 Mio.] kein Festpreis sei, sondern lediglich eine „Momentaufnahme“ des bei den Preisverhandlungen nachgefragten „Leistungsmixes“ darstelle.<sup>482</sup> Hieraus liesse aber nicht auf eine Kosten-Preis-Schere schliessen.<sup>483</sup> Der Offertpreis sei kein Festpreis und entspreche daher nicht dem Entgelt für die zu erbringenden Leistungen. Die Differenz zwischen dem Offertpreis (mögliche konkurrenzfähige Offerte von Sunrise) und dem Entgelt für die zu erbringenden Leistungen liesse sich nur aufgrund einer ex post Berechnung beziffern.<sup>484</sup> Sunrise habe für die nächsten Jahre mit einer massiven Senkung der Preise für die TAL rechnen können. Zudem seien von Swisscom neue attraktive Vorleistungsprodukte wie BBCS auf Glasfaser (nachfolgend: BBCS-F) und Access Line Optical (nachfolgend: ALO) ins Portfolio aufgenommen worden.<sup>485</sup> Daher würde bei einer ex post Betrachtung nichts auf eine Kosten-Preis-Schere hindeuten. 527. Hierzu ist anzumerken, dass vorliegend unter dem Gesichtspunkt einer Kosten-Preis-Schere das Verhältnis zwischen Vorleistungskosten und Endkundenangebot zu untersuchen ist. Die Differenz zwischen den von Swisscom verlangten Vorleistungskosten und dem von Swisscom unterbreiteten Endkundenangebot wurde im Rahmen der Ausschreibung der Post als zu gering eingestuft, als dass Konkurrenten kostendeckend offerieren können. Daher hat das Sekretariat auf eine Kosten-Preis-Schere geschlossen, mittels welcher Sunrise in der Ausübung von Wettbewerb behindert wurde, da sie preislich nie eine Chance auf den Zuschlag hatte, obwohl sie inhaltlich das bessere Evaluationsergebnis erzielt hat. Vorgeworfen wird Swisscom die Erzwingung unangemessener Preise (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG), die Dis-

kriminierung von Handelspartnern (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG) sowie die Anwendung einer Kos-

477 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 114-115. 478 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 116. 479 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 117 f. 480 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 122. 481 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 119. 482 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 128. 483 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 130. 484 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 131 f. 485 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 133 ff.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 119

ten-Preis-Schere. Daher kann Swisscom aus der Argumentation einer fehlenden Existenzgefährdung, nichts zu ihren Gunsten ableiten. 528. Zudem ist für die Beurteilung der Differenz zwischen regulierten, kommerziellen Vorleistungspreisen und Endkundenpreisen die Anzahl der letztendlich erschlossenen Standorte unerheblich, da die massiven Preisunterschiede zwischen regulierten und kommerziellen Vorleistungsprodukten unabhängig von der Anzahl Standorte bestehen. Insbesondere, was die kommerziellen Vorleistungsprodukte anbelangt, konnten Dritte noch nicht abschätzen, welche neuen Produkte Swisscom lancieren würde. Zudem sind die Preise für die im Rahmen der Ausschreibung verwendeten kommerziellen Vorleistungsprodukte über die Laufzeit weitgehend unverändert geblieben. Einzig die TAL ist im Rahmen der Regulierung angepasst worden. Allerdings konnte zum Zeitpunkt der Ausschreibung nicht damit gerechnet werden, dass und in welchem Masse der Preis für die TAL weiter sinken würde. 529. Swisscom bringt weiter vor, dass es weder zutreffend noch bewiesen sei, dass nicht einmal Sunrise in der Lage gewesen sei, der Post eine konkurrenzfähige Offerte zu unterbreiten. Sunrise wäre dazu klar im Stande gewesen, wenn sie ihr Angebot professionell vorbereitet hätte. Die Behauptung, dass Sunrise für ein gleichartiges Vorleistungsprodukt einen höheren Preis hätte bezahlen müssen als ein Swisscom-interner Vorleistungsbezüger, sei aus der Luft gegriffen. Die Angebotskalkulation stelle auf einen wirtschaftlichen Vorleistungsmix ab und bezwecke die Ermöglichung konkurrenzfähiger Angebote anderer FDA. Dass Swisscom die von ihr eingesetzten Vorleistungen IPSS/CIS nicht verrechnet würden, habe auf den Endkundenmarkt keine Auswirkungen und könne aufgrund der Berechnungsweise der Endkundenofferten von Swisscom weder als „direkte Verrechnung eines höheren Preises“ noch als „indirekte preisliche Schlechterstellung zufolge einer Quersubventionierung“ qualifiziert werden. 486 530. Zu den von Swisscom gemachten Ausführungen kann auf die Berechnungen in Tabelle 30 verwiesen werden. Hieraus ergibt sich, dass Sunrise kein kostendeckendes Angebot hätte abgeben können. Im Hinblick auf die fehlende Verrechnung des von Swisscom eingesetzten Vorleistungsprodukts IPSS/CES ist festzuhalten, dass dies auf die von Swisscom an den Tag gelegte Preissetzungspolitik keinen Einfluss hat und daher für die Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts unerheblich ist. B.3.2.4 Fazit 531. Die obige Analyse zeigt, dass Swisscom im Rahmen der WAN-Ausschreibung der Post die Tatbestandsmerkmale der Diskriminierung von Handelspartnern, der Erzwingung unangemessener Preise sowie den Tatbestand einer Kosten-Preis-Schere erfüllt hat. Da keine sachlichen Gründe ersichtlich sind, welche eine solche Verhaltensweise rechtfertigen könnten, sind diese Verhaltensweisen als missbräuchliche Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden

Unternehmens im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG i. V. m. Art. 7 Abs. 2 KG zu qualifizieren. B.3.3 Ergebnis 532. Aufgrund der Sachverhaltsabklärung<sup>487</sup> und der rechtlichen Subsumtion<sup>488</sup> ist erstellt, dass Swisscom im Rahmen der WAN-Ausschreibung der Post ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Vorleistungsmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich

486 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 179. 487 Kapitel A.3. 488 Kapitel B.1 bis B.3.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 120

missbraucht hat, um von Nachfragern nach Vorleistungsprodukten unangemessene Preise zu erzwingen und Handelspartner zu diskriminieren sowie eine Kosten-Preis-Schere anzuwenden. Hierdurch hat Swisscom ihre Wettbewerber im Rahmen der WAN-Ausschreibung der Post im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG in unzulässiger Weise behindert. B.4 Massnahmen 533. Gemäss Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die WEKO über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung. Massnahmen in diesem Sinn sind sowohl Anordnungen zur Beseitigung von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen als auch monetäre Sanktionen gemäss Art. 49a KG. Solche Gestaltungsverfügungen haben stets dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu entsprechen, weshalb die Massnahmen von der Art und Intensität des konkreten Wettbewerbsverstosses abhängig sind.<sup>489</sup> 534. Der vorliegend zu beurteilende Sachverhalt betrifft eine einzelne Ausschreibung der Post und damit ausschliesslich Verhaltensweisen, die in der Vergangenheit liegen, weshalb vorliegend keine Massnahmen angeordnet werden. B.4.1 Sanktionierung 535. Gemäss Art. 49a KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einem Betrag bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet, wobei sich der Betrag nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens bemisst und der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist (Art. 49a Abs. 1 KG). 536. Aufgrund ihrer ratio legis sollen die in Art. 49a ff. KG vorgesehenen Verwaltungssanktionen – und dabei insbesondere die mit der Revision 2003 eingeführten direkten Sanktionen bei den besonders schädlichen kartellrechtlichen Verstössen – die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften sicherstellen und mittels ihrer Präventivwirkung Wettbewerbsverstösse verhindern.<sup>490</sup> Direktsanktionen können nur zusammen mit einer Endverfügung, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt, verhängt werden.<sup>491</sup> 537. Die Belastung von Swisscom mit einer Sanktion setzt die Erfüllung der Tatbestandsmerkmale (Unternehmen, unzulässige Verhaltensweise und Vorwerfbarkeit) von Art. 49a Abs. 1 KG voraus. B.4.1.1 Unternehmen 538. Die unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen, auf welche Art. 49a Abs. 1 KG Bezug nimmt, müssen von einem „Unternehmen“ ausgehen.<sup>492</sup> Der Unternehmensbegriff wird aus

489 Vgl. zum Ganzen auch RPW 2006/1, 152 Rz 83, Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking; Urteil des BVGer, RPW 2007/4, 653 E. 4.2.2, Flughafen Zürich AG (Unique)/WEKO; BSK KG- ZIRLICK/TAGMANN (Fn 295), Art. 30 KG N 107 f. m.w.H. 490 Botschaft vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBI 2002 2022, insb. 2023, 2033 ff. und 2041; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, 92. 491 BBI 2002 2022, 2034. 492 BSK KG-NIGGLI/RIEDO (Fn 295), Vor Art. 49a-53 KG N 17.

Art. 2 Abs. 1 und 1bis KG abgeleitet.<sup>493</sup> Swisscom wird von diesem Unternehmensbegriff erfasst.<sup>494</sup> B.4.1.2 Unzulässige Verhaltensweise 539. Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, welches an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einer Sanktion belastet. Eine Sanktionierung der hier interessierenden zweiten in Art. 49a Abs. 1 KG erwähnten Tatbestandsvariante setzt voraus, dass sich ein marktbeherrschendes Unternehmen i.S.v. Art. 7 KG unzulässig verhält. Im Abschnitt B.3.2 wurde eingehend dargelegt, dass das Verhalten von Swisscom missbräuchlich und daher unzulässig im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG i. V. m. Art. 7 Abs. 2 Bst. b und c KG ist. Das Tatbestandsmerkmal der unzulässigen Verhaltensweise gemäss Art. 49a Abs. 1 KG ist demnach erfüllt. B.4.1.3 Vorwerfbarkeit 540. In der Botschaft zum KG 2003 wurde in Bezug auf die Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG ausgeführt, dass es sich hierbei im Gegensatz zu den Strafsanktionen nach Art. 54 f. KG um Verwaltungssanktionen handle, die kein Verschulden voraussetzten.<sup>495</sup> Ungefähr zur gleichen Zeit, namentlich in ihrem Entscheid vom 7. März 2002, tendierte die REKO/WEF allerdings in eine andere Richtung. Sie hielt – ohne Bezugnahme auf die vorerwähnte Botschaft – bezüglich Art. 51 KG fest, die Idee, dass eine (Verwaltungs-) Sanktion nicht allein aus objektiven Gründen auferlegt werden könne, werde aufgrund ihrer vorangegangenen Ausführungen bekräftigt.<sup>496</sup> Welche Rolle dem Element „faute“ (Verschulden) hinsichtlich der Sanktionierung zukomme, bräuchte allerdings nur beantwortet zu werden, wenn kein oder nur ein vermindertes Verschulden vorliegen würde, was in dem zitierten Urteil aber nicht der Fall sei.<sup>497</sup> In diesem Zusammenhang zitierte die REKO/WEF eine Lehrmeinung, wonach Verschulden vorliege, wenn der Täter wissentlich handle oder Handlungen unterlasse, die eine vernünftige, mit den notwendigen Fachkenntnissen ausgestattete Person in einer entsprechenden Situation hätte vornehmen können oder müssen.<sup>498</sup> Anlässlich der parlamentarischen Diskussionen im September 2002 beantragte eine Minderheit des Nationalrates eine Formulierung von Art. 49a KG, die explizit ein Verschulden voraussetzte; dieser Antrag wurde jedoch verworfen.<sup>499</sup> 541. Die WEKO behandelte in Sachen Sanktionsverfahren Unique-Valet Parking, in welchem es um einen Verstoss gegen eine behördliche Anordnung ging (Art. 50 KG), die Thematik des Verschuldens im Rahmen eines Kapitels zur „Vorwerfbarkeit“. Dabei hielt die

493 Statt vieler: JÜRIG BORER, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz (KG), 3. Aufl. 2011, Art. 49a KG N 6. 494 Vgl. Rz 279. 495 Botschaft Kartellgesetz vom 7.12.2001, BBl 2002 2034. 496 Im Original: „Cela [das Vorangehende] conforte l'idée que l'on ne puisse infliger la sanction prévue à l'article 51 alinéa 1 LCart en se fondant uniquement sur des critères objectifs.“ (Entscheid der REKO/WEF, RPW 2002/2, 398 E. 3.3.1, Rhône-Poulenc S.A., Merck & Co. Inc./WEKO). 497 Entscheid der REKO/WEF, RPW 2002/2, 398 E. 3.3.1, Rhône-Poulenc S.A., Merck & Co. Inc./WEKO. 498 Entscheid der REKO/WEF, RPW 2002/2, 399 E. 3.3.2, Rhône-Poulenc S.A., Merck & Co. Inc./WEKO. 499 Vgl. Amtliches Bulletin der Bundesversammlung (AB) 2002 N 1449 und 1453.

WEKO fest, es müsse mindestens eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung vorliegen.<sup>500</sup> Das BVGer bestätigte in der Folge die Rechtmässigkeit dieses Entscheids.<sup>501</sup> 542. Die WEKO hat seither bei jedem Sanktionsentscheid gemäss Art. 49a Abs. 1 KG die Vorwerfbarkeit geprüft.<sup>502</sup> Diese Praxis der WEKO wurde durch das BVGer im Fall „Publigroupe“ bestätigt. Die WEKO stellte in der diesbezüglichen Verfügung fest, es liege

seitens der Untersuchungsadressatinnen ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinne einer Vorwerfbarkeit vor, nämlich zumindest eine fahrlässige Sorgfaltspflichtverletzung oder ein Organisationsverschulden, weshalb das subjektive Element der Vorwerfbarkeit gegeben sei.<sup>503</sup> Das BVGer hielt fest, diese Sichtweise sei nicht zu beanstanden. Es kam zum Schluss, dass die dortige Beschwerdeführerin 1 einen Kartellrechtsverstoss tatbestandsbegründend zumindest in Kauf genommen und damit eventualvorsätzlich gehandelt habe, da sie nicht alles Notwendige vorgekehrt habe, damit die verantwortlichen Abteilungen, Organe und Angestellten das als kartellrechtlich problematisch angesehene Verhalten aufgelöst haben.<sup>504</sup> Gleichzeitig bestätigte das BVGer, dass neben vorsätzlichem auch fahrlässiges Verhalten von Art. 49a Abs. 1 KG erfasst wird.<sup>505</sup> In der Folge bestätigte auch das Bundesgericht im Fall „Publigroupe“, dass für die subjektive Zurechenbarkeit eines Kartellrechtsverstosses „Vorwerfbarkeit“ erforderlich und ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinne eines Organisationsverschuldens massgebend ist.<sup>506</sup> An anderer Stelle in diesem Urteil hält das BGer sodann fest, es treffe an sich zu, dass eine strafrechtliche Vorwerfbarkeit die genaue Identifikation der zu bestrafenden Person erfordere. Allerdings gehe es hier um die Sanktionierung juristischer Personen, was typischerweise dem Gehalt von Art. 49a KG entspreche. Das Gesetz verlange keine Zurechenbarkeit an eine natürliche Person, sondern eine solche an ein Unternehmen bzw. an dessen Organe. Die Anforderungen an die strafrechtliche Zuordnung kartellrechtlich verpönten Verhaltens an juristische Personen, die eine Organisationseinheit bilden, dürften nicht überzogen werden, denn sonst liefe die Bestimmung von Art. 49a KG, die vom Normzweck und -charakter her typischerweise auf juristische Personen anwendbar ist, ins Leere.<sup>507</sup> 543. Ist ein Kartellrechtsverstoss nachgewiesen, so ist im Regelfall auch die objektive Sorgfaltspflichtverletzung gegeben. Nur in seltenen Fällen wird kein Verschulden des Unternehmens vorliegen; so möglicherweise wenn die durch einen Mitarbeitenden ohne Organstellung begangenen Kartellrechtsverstösse innerhalb des Unternehmens nicht bekannt waren und dies auch mit einer zweckmässigen Ausgestaltung der Organisation nicht hätte bekannt werden können und das Unternehmen alle zumutbaren Massnahmen getroffen hat, den Kartellrechtsverstoss zu verhindern.<sup>508</sup> 544. Eine kartellrechtsrelevante Vorwerfbarkeit ist demnach gegeben, wenn dem Unternehmen ein Verstoss gemäss Art. 49a Abs. 1 KG zumindest als objektive Sorgfaltspflichtverletzung angelastet werden kann. Eine kartellrechtsrelevante Vorwerfbarkeit liegt demnach zunächst vor, wenn die natürlichen Personen die relevanten Handlungen, welche sie für das

500 RPW 2006/1, 169 ff. Rz 197 ff., Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking. 501 Urteil des BVGer, RPW 2007/4, 672 E. 4.2.6, Flughafen Zürich AG (Unique)/WEKO. 502 Siehe die Nachweise in RPW 2011/1, 189 Rz 557, Fn 546, SIX/DCC. 503 RPW 2007/2, 232 ff. Rz 306 ff., insb. Rz 308 und 314, Richtlinien des Verbandes schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern. 504 Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO. 505 Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO. 506 Urteil des BGer 2C\_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/2, E. 12.2.2, Publigroupe SA et al./WEKO. 507 Urteil des BGer 2C\_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/2, E. 3.2 und 3.4, Publigroupe SA et al./WEKO. 508 RPW 2011/1, 189 Rz 558 m.w.H., SIX/DCC.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 123

an der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung beteiligte Unternehmen vornahm,<sup>509</sup> vorsätzlich oder fahrlässig begangen. Zudem ist einem Unternehmen eine objektive

Sorgfalts- pflichtverletzung insbesondere auch dann vorzuwerfen, wenn für das Unternehmen agieren- de natürliche Personen pflichtwidrig das Einschreiten gegen solche Handlungen unterliessen oder das Unternehmen allgemein ein Organisationsverschulden trifft. Dieses besteht darin, dass das Unternehmen nicht alle möglichen und zumutbaren Vorkehren getroffen hat, um die Begehung eines Kartellrechtsverstosses innerhalb des Unternehmens zu verhindern. B.4.1.3.1. Unangemessene Preise 545. In Bezug auf unangemessene Preise, zu welchen Swisscom ihre Vorleistungsprodukte für die Erbringung der Dienstleistungen gegenüber der Post oder anderen Marktteilnehmern an FDA anbot<sup>510</sup>, ist die Vorwerfbarkeit zu prüfen. An dieser Stelle kann angeführt werden, dass Swisscom als marktbeherrschendes Unternehmen in vielen Bereichen eine besondere Verantwortung trifft und sie bezüglich missbräuchlichen Verhaltens eines marktbeherrschenden Unternehmens besonders sensibilisiert sein muss.<sup>511</sup> 546. Was die Preisgestaltung anbelangt, ist augenfällig, dass die Vorleistungspreise für die kommerziellen Produkte BBCS und CES ein Vielfaches der Preise für das regulierte Produkt TAL betragen, obwohl diese aus rein technischer Sicht bis zu einer gewissen Bandbreite austauschbar sind, wobei im Rahmen der Bereitstellung einer Dienstleistung gegenüber einem Endkunden mittels TAL mehr Eigenleistung erbracht werden muss. Aus Tabelle 31 ist zudem ersichtlich, dass die Preisdifferenz zwischen dem regulierten Vorleistungsprodukt TAL und den kommerziellen Angeboten von Swisscom über die Jahre hinweg weiterbestand. Wie aus den obigen Ausführungen (vgl. Rz. 471) hervorgeht, muss eine FDA der Grösse von Sunrise, die Breitband-Dienstleistungen über die TAL anbietet, mit internen Kosten und Vorleistungs-kosten in Höhe von ca. CHF [40-52] rechnen, während der von Swisscom verlangte Vorleistungspreis mindestens CHF 215.■ beträgt. Dass sich Swisscom dieser grossen Preisdifferenz vollkommen bewusst war, zeigt sich an ihrer Eingabe vom 22. September 2010 deutlich.<sup>512</sup> Swisscom rechnet vor, dass Sunrise im Rahmen der WAN-Anbindung der Poststandorte einen Nettoerlös in Höhe von CHF [180-200] pro entbündeltem Teilnehmeran- schluss hätte erzielen können.<sup>513</sup> Damit zeigt Swisscom auf, dass ihr bewusst war, dass die TAL und BBCS austauschbar sind und dass der von ihr im Markt verlangte Preis für BBCS um ein Vielfaches höher ist, als das regulierte Produkt TAL. 547. Es ist darüber hinaus sogar anzunehmen, dass die überhöhten Preise für die kommerziellen Produkte von Swisscom systematisch und strategisch und somit vorsätzlich gesetzt wurden. So zeigt alleine schon das Bieterverhalten von Swisscom im Rahmen der WAN- Anbindung der Poststellen, dass sie sich der Problematik bewusst sein musste. Hätte Swisscom sich selbst intern dieselben Vorleistungspreise verrechnet, wie den Nachfragern nach den kommerziellen Vorleistungsprodukten BBCS und CES, so hätte sie Vorleistungs- kosten in Höhe von CHF [32-38 Mio.] verbuchen müssen. Da Sunrise allerdings auf eine

509 In diesem Zusammenhang ist klarzustellen, dass nicht nur Organe (so schon nur aufgrund von Art. 55 des Zivilgesetzbuches vom 10.12.1907 [ZGB; SR 210]) die Unternehmen in kartellverwaltungs- rechtlich relevantem Sinne zu verpflichten vermögen, sondern vielmehr zumindest alle Mitarbeitenden mit selbstständigen Entscheidungsbefugnissen in ihrem Tätigkeitsbereich (in diesem Sinne Art. 29 Bst. c des Strafgesetzbuches vom 21.12.1937 [StGB; SR 311.0]). Ob noch weitere Personen eine derartige Verpflichtung des Unternehmens herbeiführen, braucht hier mangels Relevanz für vorliegende Untersuchung nicht beantwortet zu werden. 510 Vgl.B.3.2.1. 511 Vgl. Rz556. 512 Eingabe Swisscom vom 22. September 2010 (act. 50), S. 13. 513 Eingabe Swisscom vom 22. September 2010 (act. 50), S. 13.

Mischrechnung aus den regulierten Vorleistungsprodukten und den kommerziellen Vorleistungsprodukten zurückgreifen konnte, konnte Sunrise günstiger als die CHF [32-38 Mio.] anbieten. In einem solchen Fall hätte Sunrise als günstigster Anbieter wohl den Zuschlag erhalten. 548. Aufgrund der regulierten Vorleistungspreise und der damit einhergehenden Mischrechnung hat Sunrise gegenüber anderen FDA (ausser Swisscom) daher einen Kostenvorteil. Bei kartellrechtlich korrekter (also nicht diskriminierender) Anwendung ihrer Preispolitik hätte Swisscom sich selbst immer die kommerziellen Vorleistungspreise verrechnen müssen. Dies hätte zur Folge gehabt, dass Swisscom in preislicher Hinsicht gegenüber Sunrise einen systematischen Kostennachteil gehabt hätte und die Preise für die kommerziellen Vorleistungsprodukte diskriminierungsfrei für sich und andere FDA entsprechend hätte senken müssen. Dies hätte wiederum zur Folge gehabt, dass die Preise für die kommerziellen Vorleistungsprodukte im Geschäftskundenbereich durch das regulierte Vorleistungsprodukt TAL diszipliniert worden wären. Durch das Aufrechterhalten des hohen Preisniveaus für die kommerziellen Vorleistungsprodukte hat Swisscom aber gerade eine solche Disziplinierung durch die Regulierung erfolgreich verhindert. 549. Wie die Gebotsstrategie von Swisscom im Rahmen der Ausschreibung der WAN-Anbindung der Poststellen zeigt, hat sich Swisscom dazu entschieden, eine Kosten-Preis-Schere anzuwenden und sich selbst überhaupt keine Vorleistungspreise verrechnet, als allen anderen FDA, welche auf die kommerziellen Vorleistungsprodukte angewiesen waren. Auf diese Weise konnte Swisscom verhindern, dass Sunrise im Fall der Ausschreibung der Post den Zuschlag erhält. Gleichzeitig konnte Swisscom das Preisniveau für ihre kommerziellen Vorleistungsprodukte auf einem überhöhten Niveau halten. Das Bieterverhalten von Swisscom im Rahmen der WAN-Anbindung der Poststellen zeigt damit auf, dass Swisscom die überhöhten Preise bei den kommerziellen Produkten vorsätzlich zum gesamtwirtschaftlichen Schaden aufrechterhalten hat. 550. Vergleicht man die Preise, welche Swisscom auf dem Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich gegenüber der Post verrechnet hat, mit den internen Kosten von Swisscom, so resultieren auch gegenüber dem Endkunden unangemessene Preise. Dies veranschaulicht Swisscom eindrücklich in ihrer Eingabe vom 22. September 2013, worin Swisscom die potentielle Gewinnmarge für Sunrise im Falle vom regulierten Vorleistungsprodukt aufzeigt.<sup>514</sup> Gemäss Studie des BAKOM liegen die internen Kosten von Swisscom für die Bereitstellung von Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich unter bzw. maximal genauso hoch wie die für die TAL. Aufgrund der enormen Preisdifferenz muss sich Swisscom auch bewusst gewesen sein, dass ihre Preise gegenüber Endkunden überhöht sind. 551. Aus diesen Gründen kommt die WEKO zum Schluss, dass Swisscom im Rahmen ihrer Preissetzung vorsätzlich gehandelt hat. B.4.1.3.2. Diskriminierung von Handelspartnern 552. Im Hinblick auf die Diskriminierung von Handelspartnern seitens Swisscom im Rahmen von grösseren Ausschreibungen, muss davon ausgegangen werden, dass Swisscom ihre Preispolitik strategisch festgelegt hat. Dies hatte zur Folge, dass die kommerziellen Vorleistungsprodukte in einem Masse teurer sind als die regulierten Vorleistungsprodukte, welches nicht mit den bei Swisscom anfallenden Zusatzleistungen für die Bereitstellung der kommerziellen Vorleistungsprodukte zu erklären ist.

514 Eingabe Swisscom vom 22. September 2010 (act. 50), S. 13.

553. Da aber aufgrund der unterschiedlichen Infrastrukturen bei Ausschreibungen im Geschäftskundenbereich von den FDA immer eine Mischrechnung aus kommerziellen und regulierten Vorleistungsprodukten zugrunde liegt, sind aufgrund dieser Preispolitik FDA, welche in grösserem Masse auf kommerzielle Vorleistungsprodukte angewiesen sind, aufgrund der grossen Preisdifferenz gegenüber FDA, welche auf regulierte Vorleistungsprodukte zurückgreifen können behindert. 554. Die Preispolitik von Swisscom basiert auf einer strategischen Entscheidung und wurde von Swisscom willentlich festgelegt. Bei einer unangemessenen Differenz zwischen regulierten und kommerziellen Vorleistungsprodukten musste sich Swisscom bewusst sein, dass dies aufgrund der Mischrechnungen im Geschäftskundenbereich zu Diskriminierungen von Handelspartnern führen würde. Aufgrund der Tatsache, dass Swisscom selbst nach eigenen Angaben einen grossen Aufwand damit betreibt, eine Seitens konkurrierender FDA mögliche Mischrechnung nicht zu unterbieten und nicht einfach die kommerziellen Vorleistungspreise für die interne Verrechnung verwendet, zeigt, dass sich Swisscom der Problematik durchaus bewusst ist. 555. Daher muss auch im Bereich der Diskriminierung von Handelspartnern von Vorsatz seitens Swisscom ausgegangen werden. B.4.1.3.3. Kosten-Preis-Schere 556. Es muss davon ausgegangen werden, dass Swisscom zum Zeitpunkt der Ausschreibung nicht nur Kenntnis des Kartellgesetzes hatte, sondern Swisscom muss sich bereits aufgrund verschiedener kartellrechtlicher Verfahren<sup>515</sup> und insbesondere auch aufgrund des Bundesverwaltungsgerichtsentscheids zum schnellen Bitstrom<sup>516</sup> bewusst gewesen sein, dass sie über eine marktbeherrschende Stellung in verschiedenen Märkten für Breitbandverbindungen verfügt. Da für Swisscom eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für Festnetztelefonie rechtskräftig festgestellt wurde<sup>517</sup>, konnte sie zudem davon ausgehen, dass eine solche marktbeherrschende Stellung auch auf dem benachbarten Markt für Breitbandverbindungen bestehen könnte. Als marktbeherrschendes Unternehmen sollte Swisscom daher besonders sensibilisiert sein.<sup>518</sup> Ihr obliegt eine besondere Verantwortung,<sup>519</sup> insbesondere auch gegenüber ihren Mitkonkurrenten. Zudem hatte Swisscom spätestens im Rahmen der Untersuchung Preispolitik Swisscom ADSL<sup>520</sup> Kenntnis der Problematik von Kosten-Preis-Scheren. Daraus folgt, dass sich Swisscom bewusst war oder mindestens bewusst hätte sein müssen, dass sie durch Anwendung einer Kosten-Preis-Schere Kartellrecht verletzen könnte. 557. Im Hinblick auf ein mögliches Verschulden von Swisscom betreffend die Anwendung einer Kosten-Preis-Schere stellt sich zudem die Frage, ob Swisscom hätte wissen können oder wissen müssen, dass ihre Preispolitik zu einer Kosten-Preis-Schere hätte führen können. In ihrer Gegenrechnung macht Swisscom geltend, Sunrise hätte durch ein günstigeres Produktmix durchaus ein zu dem von Swisscom konkurrenzfähiges Angebot lancieren können. Auch wenn dieses Angebot auf für Swisscom günstigen Annahmen (wie beispiels-

515 Vgl. RPW 2004/2 407 ff., Swisscom ADSL; RPW 2008/1 222 ff., TDC Switzerland AG vs. Swisscom Fixnet AG betreffend schneller Bitstromzugang; RPW 2010/1, 116 ff., Preispolitik Swisscom ADSL. 516 BVGE 2009/35. 517 Verfügung 1998 Festnetztelefonie. 518 Vgl. RPW 2007/2, 233 Rz 308, Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern. 519 Vgl. Publigroupeurteil (Fn 461), E. 10.1.1. 520 RPW 2010/1, 116 ff., Preispolitik Swisscom ADSL.

weise die von Swisscom angenommenen Leitungslängen etc.) beruht, so musste sich Swisscom aufgrund der damals noch herrschenden Unsicherheiten betreffend die tatsächliche Entbündelungsstrategie von Sunrise zumindest im Klaren darüber gewesen sein, dass das Risiko der Realisierung einer Kosten-Preis-Schere gegenüber Sunrise vorhanden war. 558. Gegenüber allen im Markt agierenden FDA, die keine Anschlusszentrale entbündelt hatten, ist aufgrund der im Vergleich zur regulierten TAL sehr hohen Vorleistungspreise eine Kosten-Preis-Schere augenfällig. So hätte eine FDA, die ihr Angebot nicht teilweise auf die TAL hätte aufbauen können CHF [32-38 Mio.] an Vorleistungskosten gegenüber Swisscom zu entrichten gehabt. Swisscom hat gegenüber der Post einen Preis von CHF [16-23 Mio.] offeriert. Dieser Preis ist um CHF [10-20 Mio.] oder [40-50] % tiefer als der gegenüber Wettbewerbern bestehenden Vorleistungskosten. Swisscom musste sich daher bewusst sein, dass aufgrund ihrer Angebotspolitik gegenüber der Post eine Kosten-Preis-Schere gegenüber FDA realisiert wird. 559. Als weiteres Element kommt hinzu, dass Swisscom gemäss ihrer eigenen internen Compliance-Richtlinie jeweils berechnet, welcher Preis nicht unterboten werden darf, damit im konkreten Einzelfall vermutlich keine Preisunterbietung entsteht. Dies bedeutet aber im Gegenzug, dass Swisscom je nach Produktmix gegenüber den Endkunden die maximal möglichen Preise verrechnet, welche aufgrund des überhöhten Preisniveaus auf der Vorleistungsebene möglich sind. Da dieses Vorgehen bei Swisscom institutionalisiert ist, muss auch in diesem Bereich von Vorsatz ausgegangen werden. 560. Damit ist ein Organisationsverschulden durch Vorsatz seitens Swisscom gegeben, wodurch die Vorwerfbarkeit im Sinne einer subjektiven Voraussetzung für eine Sanktionierung von Swisscom begründet wird.

B.4.1.3.4. Stellungnahme von Swisscom zur Vorwerfbarkeit 562. Gemäss Swisscom werden bei der Kalkulation einer Endkundenofferte, welche von Swisscom den Endkunden unterbreitet wird, die jeweils gültigen Preise der regulierten (und kommerziellen) Vorleistungen berücksichtigt. In der Praxis prüft die Geschäftskundenabteilung von Swisscom wie jeder Kundenstandort mit welchen Kundenprodukten erschlossen werden könnte. Die bei einem Dritten anfallenden Kosten für die relevanten Vorleistungen (TAL, CES, BBCS) werden berücksichtigt und Swisscom bezieht die jeweils kundenspezifisch berechneten Kosten in ihr eigenes Angebot mit ein. Der eigene Vorleistungsmix wird auch auf diesen Resultaten abgestellt.<sup>521</sup> Dem eigenen Angebot liegt also eine Mischrechnung zugrunde, zu der eine Marge addiert wird und die mittels Compliance Richtlinien so angepasst wird, dass sie keine regulierten Preise verletzt.<sup>522</sup> 563. Swisscom sind die entbündelten Anschlusszentralen der Wettbewerber bekannt. Wenn Swisscom Berechnungen gemäss der von ihr erwähnten Compliance Richtlinie anstellt, so basieren diese auf einer Schätzung der durch die Wettbewerber nutzbaren TAL. Nur so kann basierend auf einer Mischrechnung, die TAL, BBCS und CES beinhaltet, der rechnerisch tiefst mögliche Preis ermittelt werden, den ein Wettbewerber von Swisscom zu bieten in der Lage ist. Eine solche Mischrechnung muss Swisscom gemäss Compliance Richtlinie allerdings nur deshalb anstellen, weil die Preise für die kommerziellen Vorleistungsprodukte, insbesondere im Vergleich zum TAL-Preis, bedeutend überhöht sind. Dies hat zur Folge, dass Swisscom nicht einfach die kommerziellen Vorleistungspreise ihren eigenen Angeboten zugrunde legen kann, da sie sonst von denjenigen FDA unterboten würde, die die TAL einsetzen könnten. Auf der anderen Seite kann sie ihren eigenen Angeboten auch nicht einfach

<sup>521</sup> Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 86. <sup>522</sup> Protokoll Anhörung Swisscom vom 1. Juni 2015 (act. 157), S. 4-5.

nur die TAL plus Eigenleistungen als Vorleistungspreise zugrunde legen, da sie sonst sämtliche Wettbewerber immer unterbieten würde. 564. Die Vorgehensweise gemäss Compliance-Richtlinie zeigt auf, dass Swisscom als marktbeherrschendes Unternehmen in jedem Einzelfall (mehr oder minder genau) nachrechnet, welchen Anteil der Angebote ein Wettbewerber auf Basis der regulierten und der kommerziellen Vorleistungsprodukte anbieten kann. Damit sind Swisscom die Vorleistungskosten derjenigen Wettbewerber, die bei ihrer Vorleistungsprodukte nachfragen, weitgehend bekannt. Je nachdem, welche FDA in Wettbewerb tritt, fällt diese Rechnung unterschiedlich aus, da nicht jede FDA im gleichen Umfang auf die regulierten Vorleistungsprodukte zurückgreifen kann. Auf diese Weise betreibt Swisscom als marktbeherrschendes Unternehmen im Markt eine konsequente Preisdiskriminierung. 565. Diese Vorgehensweise ist bei Swisscom im Bereich Breitband institutionalisiert und seit mehreren Jahren gängige Praxis. Sie beruht auf klaren Management-Entscheidungen und kann daher als wissentlich und willentlich ausgeführte Praxis bezeichnet werden. Da diese Praxis wie oben gezeigt wettbewerbswidrig ist, muss auf vorsätzliches Handeln von Swisscom geschlossen werden. B.4.1.4 Verjährung 566. Gemäss Swisscom fänden die allgemeinen Bestimmungen zur Verjährung nach dem Schweizerischen Strafgesetzbuch (StGB, SR 311.0) und/oder dem Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR, SR 313.0) auch für Verwaltungssanktionen gemäss Art. 49a KG Anwendung.<sup>523</sup> Swisscom begründet dies damit, dass das KG keine Verfolgungsverjährung für Verhaltensweisen vorsehe, die gemäss Art. 49a Abs. 1 KG mit Busse bedroht sind.<sup>524</sup> Dabei handle es sich gemäss Swisscom jedoch nicht um eine Lücke. Vielmehr würden die Verwaltungssanktionen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG echte Strafen im Rechtssinne darstellen.<sup>525</sup> Zudem würde Art. 49a Abs. 1 KG strafrechtliche Anklagen im Sinne von Art. 6 EMRK formulieren, wobei es irrelevant sei, ob dabei eine Terminologie wie z.B. „Verwaltungssanktionen“ oder „strafrechtsähnlich“ verwendet werde. An der Qualifikation der Bussen von Art. 49a Abs. 1 KG als echte Strafe gemäss den Engel-Kriterien des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte<sup>526</sup> ändere sich dabei nichts. Daher würden die strafrechtlichen sowie rechtsstaatlichen Minimalgarantien von Art. 6 und 7 EMRK sowie gemäss dem bürgerlichen Strafrecht gelten. 567. Spätestens seit dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Sachen Menarini Diagnostics S.R.L. gegen Italien werden kartellrechtliche Sanktionen unabhängig von ihrer systematischen Einordnung in der nationalen Gesetzgebung materiell als Strafrecht qualifiziert und es sind hierfür die Minimalgarantien von Art. 6 EMRK anzuwenden.<sup>527</sup> Nach Schweizer Recht werden Kartellbussen gemäss Art. 49a KG als Verwaltungssanktionen angesehen und befinden sich in der Gesetzessystematik gerade nicht unter Kapitel 5: Strafsanktionen des KG. Dies entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers, der mit Art. 49a KG gemäss Botschaft zur Änderung des Kartellgesetzes gerade keine Strafsanktion, sondern eine Verwaltungssanktion einführen wollte.<sup>528</sup> Damit sollten die im Kartellgesetz ver-

<sup>523</sup> Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 238. <sup>524</sup> Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 235. <sup>525</sup> Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 236. <sup>526</sup> Urteil des EGMR Engel et autres contre Pays-Bas vom 8. Juni 1976. <sup>527</sup> Urteil des EGMR i. S. A. Menarini Diagnostics S.R.L. gegen Italien vom 27. September 2011 (Nr. 43509/08), Rz 38 ff. insb. Rz 44. <sup>528</sup> BBl 2002 I 2022, S. 2034, Kap. 2.1.1.

hängen Bussen dem Verwaltungsrecht und gerade nicht dem Strafrecht unterstellt werden, auch wenn hierfür gemäss EGMR die für das Strafrecht geltenden Mindestgarantien von Art. 6 EMRK zur Anwendung kommen, wie dies auch das Bundesgericht in seiner jüngsten Rechtsprechung bestätigt.<sup>529 568.</sup> Aus der Qualifikation der Bussen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG als echte Strafen leitet Swisscom ab, dass für diese laut Art. 333 Abs. 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB, SR 311) die darin enthaltenen allgemeinen Bestimmungen gelten würden, soweit das Kartellgesetz keine davon abweichenden, spezialgesetzlichen Vorschriften vorsehe.<sup>530</sup> Zudem sei auch Art. 1 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafverfahren (VStrR; SR 313) anwendbar, wenn Verfolgung und Beurteilung von Widerhandlungen einer Verwaltungsbehörde des Bundes übertragen werden. Die Bestimmungen des allgemeinen Teil des StGB würden für Taten gelten, welche die Verwaltungsgesetzgebung des Bundes mit Strafe bedrohe (Art. 2 VStrR), soweit das VStrR oder das Spezialgesetz nichts anderes bestimmen.<sup>531</sup> Da das KG keine solchen spezialgesetzlichen Bestimmungen enthalte, seien die Verjährungsbestimmungen des StGB und des VStrR anwendbar.<sup>532 569.</sup> Demnach würden die sanktionsbewehrten Kartellrechtsverstösse Übertretungen darstellen und würden gemäss Art. 103 StGB i.V.m. Art. 109 StGB innert drei Jahren verjähren oder falls sie als Übertretungen im Sinne des VStrR angesehen würden, würde für sie eine Verfolgungsverjährung von längstens vier Jahren (Art. 11 VStrR i.V.m. Art. 2 VStrR und Art. 333 Abs. 6 Bst. b. StGB) gelten. Dies, weil die Verjährungsfrist von Art. 11 VStrR, welche zwei Jahre beträgt, aufgrund von Art. 333 Abs. 1 und Abs. 6 Bst. b StGB um die ordentliche Dauer (also um weitere zwei Jahre) verlängert würde. Swisscom folgert daraus, dass unabhängig welcher Ansicht auch gefolgt werde, in casu die Verfolgungsverjährung bereits eingetreten sei.<sup>533 570.</sup> Swisscom begründet den Eintritt der Verjährung damit, dass das Unterbreiten eines angeblich kartellrechtswidrigen Angebots ein Erfolgsdelikt darstelle und daher auf den Zeitpunkt der Unterbreitung des Angebots am 28. November 2008 als Tathandlung abzustellen sei.<sup>534</sup> Da bisher noch kein erstinstanzliches Urteil ergangen sei und die vierjährige Verfolgungsverjährung nach Art. 11 VStrR i.V.m. Art. 333 Abs. 6 Bst. b StGB am 28. November 2012 oder die dreijährige Verjährungsfrist gemäss Art. 109 StGB am 28. November 2011 eingetreten sei, komme eine Sanktion nicht mehr in Frage.<sup>535 571.</sup> Für die Sanktionsbestimmungen von Art. 49a KG sind gemäss Art. 39 KG weder das StGB noch das VStrR anwendbar, da das Verfahren vom Gesetzgeber als reines Verwaltungsverfahren ausgestaltet wurde. Das Anwenden der Bestimmungen des StGB bzw. des VStrR auf die Verwaltungssanktionen gemäss Art. 49a KG würde der Anwendung von Art. 39 KG widersprechen und wäre daher gesetzeswidrig. Vielmehr ist gemäss Bundesgericht zu beachten, dass die entsprechende landesrechtliche Rechtslage gilt, soweit sie nicht im Widerspruch zu höherrangigem Recht steht.<sup>536</sup> Dies bedeutet aber nichts anderes, als dass zwar die Verfahrensgarantien gemäss BV bzw. der EMRK bei Verwaltungssanktionen bei der Auslegung des KG zur Anwendung gelangen, die weiteren strafrechtlichen Normen für

529 BGE 140 II 384, S. 390 E. 3.3.1. 530 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act 146), Rz 238. 531 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act 146), Rz 238. 532 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act 146), Rz 239. 533 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act 146), Rz 240. 534 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act 146), Rz 242 ff. 535 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act 146), Rz 248 f. 536 BGE 140 II 384, S. 390, E. 3.3.1.

die Anwendung von Art. 49a KG aber nicht direkt zur Anwendung gelangen dürfen, da es sich um ein Verwaltungsverfahren und nicht um ein Strafverfahren handelt. 572. Das Kartellrecht kennt mit Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG lediglich eine Verfolgungsverjährung von fünf Jahren. Auch wenn Swisscom vorbringt, dass die Anwendung von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG für die Verfolgungsverjährung irrelevant sei und es sich dabei nicht um eine Verjährungsfrist sondern höchstens eine sanktionsrechtliche „Verwirkungsfrist“ handle<sup>537</sup>, sind dies doch die einzigen Verjährungsregeln, die im Kartellrecht gelten und anwendbar sind. Die Untersuchung der WEKO wurde am 18. Juli 2013 gegen Swisscom eröffnet. Der Zuschlag durch die Post im Falle der Vergabe der WAN-Anbindung erfolgte am 28. November 2008, womit die Verfolgungsverjährungsfrist von 5 Jahren gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG gewahrt wurde. 573. Bisher wurde in der Praxis der WEKO deshalb generell von keiner Verjährungsfrist für das Kartellgesetz ausgegangen. Das Bundesgericht geht allerdings davon aus, dass die Verjährung ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des öffentlichen Rechts sei, weshalb öffentlich-rechtliche Ansprüche selbst bei einem Fehlen einer ausdrücklichen Gesetzesbestimmung der Verjährung oder Verwirkung unterliegen würden.<sup>538</sup> Dies müsse umso mehr für Verwaltungssanktionen mit pönalem Charakter gelten. Zwar stellt das Bundesgericht einige Gedanken zu Grundsätzen der Verjährung an, wobei der Richter bei fehlenden gesetzlichen Grundlagen auf verwandte Tatbestände abstellen kann.<sup>539</sup> Letztendlich hat das Bundesgericht allerdings offen gelassen ob und in welchem Umfang Verjährungsfristen für Verwaltungssanktionen anwendbar sind.<sup>540</sup> 574. Selbst wenn entgegen der bisherigen kartellrechtlichen Rechtsprechung und Behördenpraxis die Verjährung als strafrechtliches Grundprinzip angewendet werden müsste, besagt dies nichts über die allfällige Dauer einer solchen Verjährungsfrist. Es ist anzufügen, dass der Gesetzgeber für Wirtschaftsdelikte die Verjährungsfrist gemäss Art. 97 Abs. 1 Bst. c des StGB auf zehn Jahre erhöht hat. Dies nicht zuletzt, weil „Wirtschaftsdelikte [...] meist nicht unmittelbar nach den deliktischen Handlungen, sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt, d.h. unter Umständen Jahre später, aufgedeckt [werden]. Wirtschaftsstrafverfahren sind in der Regel zeitintensiv und somit verjährungsanfällig.“ Die Komplexität der Wirtschaftsstrafverfahren war denn auch eines der Hauptargumente in der parlamentarischen Diskussion zur Verlängerung der Verjährungsfrist. Kartellrechtliche Untersuchungen stehen den angesprochenen Wirtschaftsstrafverfahren hinsichtlich Komplexität regelmässig in nichts nach. Soweit mithin lückenfüllend auch im Bereich der kartellrechtlichen Verwaltungssanktionen eine Verjährungsfrist anzunehmen wäre, so wäre diese mindestens auf zehn Jahre anzusetzen. 575. Zur Klärung der Frage, ob die Verjährung eingetreten ist, stellt sich die Frage ob es sich vorliegend um ein Erfolgs- oder Dauerdelikt handelt. Für den Tatbestand der Diskriminierung gegenüber den anderen bietenden Wettbewerbern könnte von einem Erfolgsdelikt ausgegangen werden, da die Konkurrenz im Moment der Offertengestaltung und des abschliessenden Zuschlags auf dem Markt diskriminiert und verdrängt wird. Für den Tatbestand der Erzwingung unangemessener Preise gegenüber der Post könnte jedoch ein Dauerdelikt vorliegen, da die unerlaubte Handlung sich über alle Jahre zieht, in denen gegenüber der Post für die Leistung ein zu hoher Preis verlangt wird. In casu kann die Frage der Qualifikation des Delikts aber selbst bei der Annahme einer zehnjährigen Verjährungsfrist offenbleiben. Bei Annahme eines Erfolgsdelikts begann sie am 28. November 2008 und endet

537 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 251ff. 538 BGE 140 II 384, S. 396 E. 4.2. 539 BGE 140 II 384, S. 396 E. 4.2. 540 BGE 140 II 384, S. 397 E. 4.3.2. 32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 130

erst am 28. November 2018. Bei Annahme eines Dauerdelikts hat sie erst mit Ende der Laufzeit des Vertrages begonnen. Die Verjährung ist demnach noch in keinem Fall eingetreten. B.4.1.5 Bemessung 576. Rechtsfolge eines Verstosses i.S.v. Art. 49a Abs. 1 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes.<sup>541</sup> Massgebend sind die drei Geschäftsjahre, die dem Entscheid der WEKO vorangehen.<sup>542</sup> Dieser Betrag stellt also die höchstmögliche Sanktion dar. Die konkrete Sanktion bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist.<sup>577</sup> Die konkreten Bemessungskriterien und damit die Einzelheiten der Sanktionsbemessung werden in der SVKG näher präzisiert (vgl. Art. 1 Bst. a SVKG). Die Festsetzung des Sanktionsbetrags liegt dabei grundsätzlich im pflichtgemäss auszuübenden Ermessen der WEKO, welches durch die Grundsätze der Verhältnismässigkeit<sup>543</sup> und der Gleichbehandlung begrenzt wird.<sup>544</sup> Die WEKO bestimmt die effektive Höhe der Sanktion nach den konkreten Umständen im Einzelfall<sup>545</sup>, wobei die Sanktion für jedes an einer Zuwiderhandlung beteiligte Unternehmen individuell innerhalb der gesetzlich statuierten Grenzen festzulegen ist.<sup>546</sup> B.4.1.5.1. Maximalsanktion 578. Die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG). Wie sich unter anderem aus der Botschaft zum KG 2003 ergibt,<sup>547</sup> sind dabei die letzten drei vor Erlass der Verfügung abgeschlossenen Geschäftsjahre massgeblich.<sup>548</sup> Der Unternehmensumsatz i.S.v. Art. 49a Abs. 1 KG berechnet sich dabei sinngemäss nach den Kriterien der Umsatzberechnung bei Unternehmenszusammenschlüssen, Art. 4 und 5 VKU<sup>549</sup> finden analoge Anwendung. 579. Bei Konzerngesellschaften sind sämtliche Umsätze der kontrollierten und kontrollierenden Unternehmen (Tochter-, Mutter-, Schwester-, und Gemeinschaftsunternehmen) in die Umsatzberechnung einzubeziehen.<sup>550</sup> Der Unternehmensumsatz nach Art. 49a Abs. 1 KG

<sup>541</sup> Siehe auch Art. 7 der Verordnung vom 12. März 2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5).  
<sup>542</sup> BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 295), Art. 49a KG N 48. <sup>543</sup> Art. 2 Abs. 2 SVKG. <sup>544</sup> Vgl. PETER REINERT, in: Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2001, Art. 49a KG N 14 sowie RPW 2006/4, 661 Rz 236, Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking. <sup>545</sup> Urteil des BVGer B-2977/2007 vom 27.04.2010, E. 8.3.1, Publigroupe/WEKO Richtlinien des Verbands Schweizerischer Werbegesellschaften über die Kommissionierung von Berufsvermittlern. <sup>546</sup> RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, Elektroinstallationsbetriebe Bern. <sup>547</sup> Vgl. BBl 2002 2022, 2037. <sup>548</sup> Jedenfalls im Ergebnis ebenso etwa RPW 2011/1, 191 Rz 572, SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC); Verfügung i.S. Altimum SA (auparavant Roger Guenat SA), Rz 326, abrufbar unter unter Aktuell > letzte Entscheide > Altimum Décision (3. Dezember 2014). <sup>549</sup> Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4). <sup>550</sup> Art. 5 Abs. 1 Bst. a und VKU.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 131

bestimmt sich mithin auf Konzernebene, wobei gemäss Art 5 Abs. 2 VKU konzerninterne Umsätze bei der Berechnung des Gesamtumsatzes nicht zu berücksichtigen sind. 580. Die so errechnete maximale Sanktion stellt nicht den Ausgangspunkt der konkreten Sanktionsberechnung dar (vgl. dazu sogleich); vielmehr wird am Schluss der anhand der anderen im KG und der SVKG genannten Kriterien erfolgten konkreten Sanktionsberechnung geprüft, ob der Maximalbetrag nicht überschritten wird (Art. 7 SVKG); gegebenenfalls hat eine entsprechende Kürzung zu erfolgen. 581. Im vorliegenden Fall sind die Gesamtumsätze von Swisscom in der Schweiz in den Jahren 2012, 2013 und 2014 für die Berechnung der Maximalsanktion massgebend. Der Nettoumsatz von Swisscom in der Schweiz im Jahr 2011 CHF 9'243 Mio., im Jahr 2012 CHF 9'268 Mio. 551, im Jahr 2013 CHF 9'358 Mio. 552 und im Jahr 2014 CHF 9'586 Mio. 553 Dies ergibt einen Gesamtumsatz in der Schweiz in den letzten drei Geschäftsjahren von CHF 27'869 Mio. Die Maximalsanktion, die Swisscom im vorliegenden Verfahren gemäss Art. 49a Abs. 1 KG auferlegt werden kann, beträgt daher CHF 2'786.9 Mio.

2012 2013 2014 Umsatz in CHF 9'243 Mio.. 9'358 Mio. 9'586 Mio. Gesamtumsatz in CHF 28'187 Mio. Maximalsanktion in CHF 2'818.7 Mio. Tabelle 44: relevante Umsätze der letzten drei Jahre B.4.1.5.2. Konkrete Sanktionsberechnung 582. Nach Art. 49a Abs. 1 KG ist bei der Bemessung des konkreten Sanktionsbetrags die Dauer und Schwere des unzulässigen Verhaltens und der durch das unzulässige Verhalten erzielte mutmassliche Gewinn angemessen zu berücksichtigen. Die KG- Sanktionsverordnung geht für die konkrete Sanktionsbemessung zunächst von einem Basis- betrag aus, der in einem zweiten Schritt an die Dauer des Verstosses anzupassen ist, bevor in einem dritten Schritt erschwerenden und mildernden Umständen Rechnung getragen werden kann. 554 583. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). Dem Zweck von Art. 3 SVKG entsprechend ist hierbei der Umsatz massgebend, der in den drei Geschäftsjahren erzielt wurde, die der Aufgabe des wettbewerbswidrigen Verhaltens vorangehen. 555 Das Abstellen auf diese Zeitspanne der Zuwiderhandlung gegen das KG dient nicht zuletzt auch dazu, die erzielte Kartellrente möglichst abzuschöpfen.

551 Swisscom Geschäftsbericht 2012, Facts & Figures. 552 Swisscom Geschäftsbericht 2013, S. 36. 553 Swisscom Geschäftsbericht 2014, S. 158. 554 RPW 2006/4, 661 Rz 237, Flughafen Zürich AG (Unique) - Valet Parking. 555 In diesem Sinne auch RPW 2012/2, 404 f. Rz 1083 Tabelle 3 sowie 407 f. Rz 1097 Tabelle 5, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau; Verfügung i.S. Altimum SA (auparavant Roger Guenat SA), Rz 326 und 332 m.w.H. in Fn 176, abrufbar unter unter Aktuell > letzte Entscheide > Altimum Décision (02.12.2014).

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 132

584. Im vorliegenden Fall waren der Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffend die Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung und den die Ausschreibung der Post betreffenden Teil des Vorleistungsmarktes für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich von den unzulässigen Verhaltensweisen von Swisscom betroffen. Obergrenze des Basisbetrags (Umsatz auf dem relevanten Markt) 585. Die obere Grenze des Basisbetrags beträgt gemäss Art. 3 SVKG 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren vor Beendigung der

unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat. Die vorliegende Untersuchung betrifft das Verhalten von Swisscom im Rahmen der Ausschreibung im Rahmen der Post. Der relevante Markt ist daher der Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffend die Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung. 586. Im Rahmen der Ausschreibung der Post zur WAN-Anbindung ihrer Poststandorte sollte Swisscom gemäss Gebot einen geplanten massgeblichen Umsatz auf dem relevanten Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffend die Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung von insgesamt CHF [20-22 Mio.] für die Dauer von vier Jahren erzielen. Dies würde einem relevanten Umsatz von CHF [14-16 Mio.] (3/4 von CHF [20-22 Mio.]) für die letzten drei Geschäftsjahre entsprechen. Da allerdings die von der Post nachgefragte Anzahl Standorte variabel war und das Gebot gemäss Aussagen von Swisscom lediglich eine Momentaufnahme der zum Zeitpunkt der Ausschreibung bestehenden Standortlisten entspricht, ist für den massgeblichen Umsatz von den von Swisscom tatsächlich realisierten Umsätzen auszugehen. Vertragsjahr 1 10/2009- 09/2010 Vertragsjahr 2 10/2010- 09/2011 Vertragsjahr 3 10/2011- 09/2012 Vertragsjahr 4 10/2012- 09/2013 Vertragsjahr 5 10/2013- 09/2014 Total [...] [...] [...] [...] [...] [20-25 Mio.] Tabelle 45: Umsätze Swisscom im Rahmen der WAN-Anbindung Poststellen 587. Swisscom gibt an, dass der in den Jahren mit der Post realisierte Umsatz CHF betrug, weshalb der Umsatz der letzten drei Geschäftsjahre auf CHF [12-14 Mio.] zu beziffern sei.<sup>556</sup> Hiervon würden 10 % einem Basisbetrag von CHF [1.2-1.4 Mio.] entsprechen. Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses 588. Gemäss Art. 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrags je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen. Es gilt deshalb zu prüfen, als wie schwer der Verstoss zu qualifizieren ist. 589. Liegen schwere Verstösse gegen das KG vor, insbesondere marktumfassende Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG sowie Missbräuche von marktbeherrschenden Unternehmen nach Art. 7 KG, bewegt sich der Basisbetrag gemäss den Erläuterungen zur SVKG im oberen Drittel des Rahmens.<sup>557</sup> Das Bundesverwaltungsgericht merkt aber im Zusammenhang mit Art. 7 KG an, dass bezüglich der Behinderungs- und Ausbeutungstatbestände die

<sup>556</sup> Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 167 f. <sup>557</sup> Erläuterungen SVKG, 3.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 133

gesamte Bandbreite von bis zu 10 % des Umsatzes zur Disposition steht, um den konkreten Umständen des Einzelfalls gerecht zu werden.<sup>558</sup> 590. Erfüllt ein Unternehmen mit seinen missbräuchlichen Verhaltensweisen gleichzeitig mehrere Tatbestände von Art. 7 Abs. 2 Bst. a-f, ist diese Wettbewerbsbeschränkung nicht schon aus diesem Grund als (besonders) schwerwiegend einzustufen.<sup>559</sup> Werden durch das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens mehrere Tatbestände nach Art. 7 Abs. 1 (Generalklausel) i.V.m. Abs. 2 Bst. a-f (Beispielkatalog) erfüllt, ist jedoch zu prüfen, ob verschiedene Handlungsweisen vorliegen, die separat zu beurteilen und zu sanktionieren sind.<sup>560</sup> 591. Im vorliegend zu beurteilenden Fall hat Swisscom im Rahmen der Ausschreibung der Post sowohl gegenüber der Post unangemessene Endkundenpreise, als auch gegenüber Sunrise unangemessene Vorleistungspreise verlangt. Damit hat Swisscom sowohl im Endkundenbereich als auch im Vorleistungsbereich, jeweils gegenüber unterschiedlichen Marktgegensätzen auf unterschiedlichen Marktstufen unangemessene Preise im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 lit. c KG verlangt. Daher liegen zwei verschiedene Handlungsweisen vor, die

separat zu beurteilen sind. Die aus diesen beiden Handlungsweisen ebenfalls resultierende Kosten-Preis-Schere stellt keine zusätzliche dritte Verhaltensweise Seitens Swisscom dar. 592. Weiter ist zu beachten, dass im Zusammenhang mit Art. 7 KG eine Abstufung nach dem Ausmass der Wettbewerbsbeeinträchtigung im Gegensatz zu Beeinträchtigungen nach Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG schwierig ist. Dies deshalb, weil Art. 7 Abs. 1 KG i. V. m. Art. 7 Abs. 2 KG nicht abschliessend ist und eine allgemeine Einteilung der Behinderungs- und Ausbeutungstatbestände nach Schwere und Gefährdungspotenzial kaum möglich ist.<sup>561</sup> 593. Entscheidend für die Frage, ob ein schwerer oder ein weniger schwerer Verstoss vorliegt, ist die volkswirtschaftliche Schädlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung.<sup>562</sup> 594. Wie bereits erläutert, verfügte Swisscom zum Zeitpunkt der Ausschreibung über einen Marktanteil von annähernd 100 % auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich.<sup>563</sup> Somit waren sämtliche FDA, welche für einzelne Anschlüsse nicht auf die TAL ausweichen konnten, auf die Vorleistungsangebote von Swisscom zwingend angewiesen. Die FDA, welche der Post ein Angebot zur Anbindung der Poststandorte unterbreiten wollten und somit Vorleistungen für Breitbandanbindungen in der ganzen Schweiz beziehen mussten, konnten solche Vorleistungen nur von der Swisscom beziehen.<sup>564</sup> Die FDA waren somit sowohl auf die regulierten als auch auf die kommerziellen Vorleistungsprodukte von Swisscom angewiesen. Swisscom hat ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen dazu missbraucht, die Preise für die kommerziellen Produkte in diesem Bereich im Rahmen der Ausschreibung der Post unangemessen hoch zu halten. Um einer Disziplinierung durch die regulierte TAL auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich im Rahmen der Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung zu entgehen, hat Swisscom eine Kos-

558 Urteil des BVGer B-2977/2007 vom 27.04.2010, E. 8.3.4, Publigroupe/WEKO Richtlinien des Verbands Schweizerischer Werbegesellschaften über die Kommissionierung von Berufsvermittlern; siehe auch BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 295), Art. 49a KG N 56. 559 BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK, (Fn 295), Art. 49a KG N 52. 560 BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK, (Fn 295), Art. 49a KG N 52. 561 BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 295), Art. 49a KG N 53. 562 RPW 2010/1, 179 Rz 404, Preispolitik Swisscom ADSL. 563 Rz 335. 564 Vgl. Rz 361.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 134

ten-Preis-Schere angewendet, um im Vergleich zu denjenigen FDA, die eine Mischrechnung aus regulierten und kommerziellen Vorleistungsprodukten vornehmen konnten, dennoch wettbewerbsfähige Angebote gegenüber Endkunden offerieren zu können. Dies hat letztendlich dazu geführt, dass Swisscom den Zuschlag für das Projekt erhalten hat. Dennoch hat auch dieses Angebot zu einem überhöhten Preisniveau für die Post auf dem Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffend die Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung geführt. 595. Die Festlegung der Preispolitik von Swisscom ist ein strategischer Entscheid und basiert auf den von Swisscom angewendeten Price Manuals. Auch die interne Compliance-Richtlinie ist das Ergebnis eines strategischen Entscheids, dessen Konsequenzen sich Swisscom bewusst sein musste. Aus diesem Grund hat die WEKO auf vorsätzliches Handeln seitens Swisscom geschlossen (vgl. Rz 545 ff. sowie 556 ff). 596. Die Verhaltensweise im Rahmen der Ausschreibung der Post auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich und dem Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im

Geschäftskundenbereich betreffend die Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung weist daher eine besondere Schwere auf. Dies rechtfertigt eine Maximalsanktion von 10 % des massgeblichen Umsatzes auf den relevanten Märkten als Basisbetrag. B.4.1.5.3. Dauer des Verstosses 597. Gemäss Art. 4 SVKG erfolgt eine Erhöhung des Basisbetrages um bis zu 50 %, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen einem und fünf Jahren gedauert hat, für jedes weitere Jahr ist ein Zuschlag von bis zu 10 % möglich. Das Bundesverwaltungsgericht erwähnt dazu, dass im Sinne des Legalitätsprinzips eine Erhöhung des Basisbetrags grundsätzlich vorzunehmen ist, wenn der Verstoss gegen das Kartellgesetz mehrere Jahre gedauert hat.<sup>565</sup> Ob im Bereich unter fünf Jahren eine stufenweise Erhöhung der Sanktion um jeweils 10 % pro Jahr vorgenommen werden soll, ist in der Lehre umstritten.<sup>566</sup> Die WEKO spricht sich jedoch aufgrund des zweiten Satzes von Art. 4 SVKG und aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips in ihrer Praxis für diese Auffassung aus.<sup>567</sup> 598. Swisscom erhielt den Zuschlag für die WAN-Anbindung von Poststandorten ab dem 1. Oktober 2009 für vier Jahre, mit der Option, der Vertragsverlängerung um ein Jahr.<sup>568</sup> Diese Option wurde durch die Post ausgeübt, was dazu geführt hat, dass die unzulässige Verhaltensweise insgesamt fünf Jahre andauert hat. Der Verstoss gegen Art. 7 KG hat somit mindestens fünf Jahre gedauert, weshalb eine Erhöhung von 50 % gerechtfertigt und somit vorzunehmen ist. 599. Ausgehend vom Basisbetrag für die Sanktionierung der Verhaltensweise der unangemessenen Preise gegenüber der Post in Höhe von CHF [1.2-1.4 Mio.] ergibt eine Erhöhung von 50 % einen Basisbetrag für die Laufzeit von fünf Jahren in Höhe von CHF [1.8-2.1 Mio.]. 600. Für die Verhaltensweise der gegenüber Sunrise verlangten unangemessenen Preise im Vorleistungsbereich und der hieraus resultierenden Kosten-Preis-Schere erfolgt keine Er-

565 Urteil des BVGer B-2977/2007 vom 27.04.2010, E. 8.3.5, Publigroupe/WEKO Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften über die Kommissionierung von Berufsvermittlern. 566 BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 295), Art. 49a KG N 59. 567 RPW 2006/1, 179 Rz 264 ff, Flughafen Zürich AG (Unique) - Valet Parking; RPW 2007/2, 301 Rz 418 f., Terminierung Mobilfunk; RPW 2007/2, 237 Rz 335, Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern. 568 Eingabe Sunrise vom 30. April 2009 (act. 1), Rz 3 und Rz 22.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 135

höhung des Basisbetrags aufgrund der Laufzeit, da lediglich zum Zeitpunkt der Ausschreibung der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG erfüllt wurde. Hieraus resultiert für diese Zuwiderhandlung ein Basisbetrag in Höhe von CHF 1'277'625.80. B.4.1.5.4. Erschwerende und mildernde Umstände 601. In einem letzten Schritt sind schliesslich die erschwerenden und die mildernden Umstände nach Art. 5 und Art. 6 SVKG zu berücksichtigen. Die Berechnung erfolgt auf Grundlage des nach Art. 3 und 4 SVKG ermittelten Basisbetrags inklusive die allfällige Erhöhung aufgrund der Dauer.<sup>569</sup> Ziel der Sanktion soll es sein, dass sich das unerlaubte Verhalten bei Gegenüberstellung von Nutzen und Risiko für die Unternehmen betriebswirtschaftlich nicht lohnen soll.<sup>570</sup> Die Sanktion soll für das Unternehmen spürbar sein und abschreckende Wirkung entfalten.<sup>571</sup> 602. Als erschwerende Umstände nennt die Sanktionsverordnung gemäss Art. 5 Abs. 1 SVKG a.) einen wiederholten Verstoss gegen das Kartellgesetz, b.) einen durch einen Verstoss erzielten Gewinn, der nach objektiver Ermittlung besonders hoch ausgefallen ist und c.) die

Verweigerung der Zusammenarbeit mit den Behörden und der Versuch, die Untersuchung sonstwie zu behindern. Mutmasslicher Gewinn 603. Ein durch das Verhalten erzielter „Normalgewinn“ ist bereits im Basisbetrag enthalten. Liegt indes die unrechtmässige Monopolrente über dem Basisbetrag, so ist diesem Umstand nach Massgabe von Art. 2 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 Bst. b SVKG Rechnung zu tragen (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 1, 2 und 4). 604. Sofern eine Gewinnberechnung oder -schätzung möglich ist, soll ein besonders hoher Gewinn des Unternehmens bei der Festlegung der Sanktion als erschwerender Umstand berücksichtigt werden. Damit sich der Verstoss gegen Art. 49a Abs. 1 KG für das fehlbare Unternehmen unter keinen Umständen lohnt, ist der Sanktionsbetrag so weit zu erhöhen, dass er den Betrag des aufgrund des Verstosses unrechtmässig erzielten Gewinns übertrifft. 605. Es wurde aufgezeigt, dass Swisscom die Anforderungen der Post zum Zeitpunkt der Ausschreibung zu einem kostendeckenden Betrag von CHF [8'000'000-10'000'000] hätte erfüllen können (vgl. Rz 186). 606. Gegenüber der Post hat Swisscom allerdings einen Preis von CHF [16-23 Mio.] offeriert. Der hieraus resultierende Gewinn in Höhe von CHF [8'000'000-10'000'000] ist unrechtmässig und daher bei der Sanktionsberechnung gemäss Art. 2 Abs. 1 KG angemessen zu berücksichtigen. Der mutmassliche Gewinn beträgt hierbei ca. [40-60] % des geplanten Umsatzes. Angewendet auf den tatsächlich von Swisscom mit der Post im Rahmen der WAN-Anbindung erzielten Umsatzes in Höhe von CHF [23-25 Mio.] ergibt sich daher ein mutmasslicher unrechtmässiger Gewinn in Höhe von CHF [9-15 Mio.]. Da diese Berechnungen allerdings mit einigen Unsicherheiten verbunden sind, rechtfertigt es sich den mutmasslichen unrechtmässigen Gewinn im Rahmen der Sanktionsberechnung nicht vollständig einzubeziehen.

569 BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 295), Art. 49a KG N 62. 570 Erläuterungen SVKG, 4. 571 RPW 2006/4, 662 Rz 240, Flughafen Zürich AG (Unique) - Valet Parking. 32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 136

Erschwerende Umstände 607. In Anbetracht der Tatsache, dass gegen Swisscom bereits ein weiteres Verfahren betreffend einer Kosten-Preis-Schere in Sachen Preispolitik ADSL geführt wurde, könnte auf einen wiederholten Verstoss gegen das Kartellgesetz geschlossen werden. Allerdings ist die Verfügung der WEKO in Sachen „Preispolitik Swisscom ADSL“ noch nicht in Rechtskraft erwachsen, weshalb nicht auf einen erschwerenden Umstand wegen wiederholtem Verstoss gegen das Kartellgesetz geschlossen werden kann. Mildernde Umstände 608. Als mildernder Umstand kommt beispielweise die Situation in Frage, in welcher das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung nach dem ersten Eingreifen des Sekretariats der Wettbewerbskommission, spätestens aber vor der Eröffnung eines Verfahrens nach den Art. 26-30 KG, beendet. Sanktionsmildernd sind zudem weitere Massnahmen, welche die für den Wettbewerb bereits entstandenen Schäden verringern. 572 609. Swisscom hat weder ihre Preispolitik nach Eröffnung der Marktbeobachtung, der Vorabklärung und der Untersuchung wesentlich angepasst. 610. Im Hinblick auf die Verfahrensdauer muss festgehalten werden, dass das Verfahren vom 30. April 2009 bis 3. Juli 2012 im Stadium einer Marktbeobachtung befand. Ein Grund für die lange Marktbeobachtung ist darin begründet, dass die von Swisscom am 28. August 2009 eingereichte Gegenrechnung integral als Geschäftsgeheimnis deklariert wurde und daher Sunrise nicht zur Stellungnahme unterbreitet werden konnte. 573 Dies hat auf Seiten des Sekretariats der WEKO in der Folge umfangreiche Berechnungen zum theoretisch optimalen Produktmix notwendig gemacht. Zudem stellen sich in dem vorliegenden

Verfahren betreffend die Anwendung von Kosten-Preis-Scheren Fragen von grundsätzlicher kartellrechtlicher Bedeutung, die noch nicht rechtskräftig entschieden wurden. Seit Eröffnung der Vorabklärung am 3. Juli 2012 und der Untersuchung am 18. Juli 2013 wurde das Verfahren zügig erledigt. Daher ist im vorliegenden Fall ebenfalls nicht von einer überlangen Verfahrensdauer auszugehen, welche eine Sanktionsreduktion rechtfertigen würde. 611. Swisscom macht geltend, dass ein Anpassen ihrer Preispolitik nach Eröffnung der Marktbeobachtung, der Vorabklärung und der Untersuchung gar nicht möglich gewesen wäre, da ihres Erachtens die unerlaubte Handlung nach Abgabe der Offerte und dem Zuschlag zu dieser nicht mehr rückgängig gemacht, bzw. geändert, werden konnte.<sup>574</sup> 612. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Da bei der Erzwingung unangemessener Preise gegenüber der Post von einem Dauerdelikt auszugehen ist, hätte Swisscom zumindest bezüglich dem gegenüber der Post verlangten Preis eine Verhaltensänderung vornehmen können. Betreffend die lange Verfahrensdauer macht Swisscom geltend, dass Sunrise sehr wohl in der Lage gewesen wäre, sich auf der Grundlage der ihr vorliegenden Eingabe vom 28. August 2009 und gestützt auf eigene fundierte Sachverhaltsangaben zu äussern.<sup>575</sup> Es sei daher eine Unterstellung, dass die lange Verfahrensdauer durch Swisscom verursacht worden sei. Viel eher habe Sunrise für ihre Stellungnahme zur Gegenrechnung von Swisscom nicht weniger als acht Mal um eine Fristerstreckung ersucht. Ausserdem dauerte es nach der Eingabe von Swisscom ca. ein Jahr bis das Sekretariat Swisscom weitere Instruktionsfragen zusandte.

572 RPW 2010/1, 181 Rz 420, Preispolitik Swisscom ADSL. 573 Vgl. Rz. 10 ff. 574 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 284. 575 Stellungnahme Swisscom vom 17. April 2015 (act. 146), Rz 285 f.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 137

613. Die Wettbewerbsbehörden machen auf diesen Einwand wie in Randziffer 610 ausgeführt, die Deklarierung der Gegenrechnung von Swisscom als integrales Geschäftsgeheimnis geltend, wobei darin insbesondere die Leitungslängen von entscheidender Bedeutung waren. Auch die Fragen von grundsätzlicher kartellrechtlicher Bedeutung nahmen mehr Zeit in Anspruch. 614. Zusammenfassend ist daher der Sanktionsrahmen aufgrund der erschwerenden und mildernden Umstände um CHF 6 Mio. zu erhöhen. B.4.1.6 Verhältnismässigkeitsprüfung 615. Schliesslich muss eine Sanktion aufgrund des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes für das betroffene Unternehmen auch finanziell tragbar sein.<sup>576</sup> 616. Swisscom erwirtschaftete im Jahr 2013 bei einem Nettoumsatz von CHF 11'434 Mio. einen Reingewinn von CHF 1'695 Mio.<sup>577</sup> Daher sind die festgesetzten Sanktionsbeträge für Swisscom ohne weiteres tragbar bzw. zumutbar. B.4.1.7 Ergebnis 617. Zusammenfassend ergibt sich in Anwendung von Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 2 ff. SVKG folgende Sanktionsberechnung: Bestandteil Berechnung Umsatz in CHF Gesamtumsatz in der Schweiz

28'187 Mio. CHF Maximalhöhe der Sanktion (Art. 49a Abs. 1 KG, Art. 7 SVKG) 10 % des Gesamtumsatzes 2'818.7 Mio. CHF Umsatz auf dem relevanten Markt betreffend den Preis gegenüber der Post

CHF [12-14 Mio.] Umsatz auf dem relevanten Markt betreffend den Vorleisungspreis gegenüber Sunrise

CHF [12-14 Mio.] Obergrenze Basisbetrag (Art. 3 SVKG) 10 % des Umsatzes auf den relevanten Märkten CHF [1.2-1.4 Mio.] Berücksichtigung der Art und Schwere des

Verstosses: Basisbetrag (Art. 3 SVKG) 10 % der Obergrenze Basisbetrag CHF [1.2-1.4 Mio.] Dauer des Verstosses (Art. 4 SVKG) gegenüber der Post +50 % des Basisbetrags CHF [600'00-700'000] Erschwerende Umstände (Art. Berücksichtigung des durch Kartellrechtsverstoss erzielt CHF [5-7 Mio.]

576 Siehe ausführlicher dazu RPW 2009/3, 218 Rz 150 m.w.H., Elektroinstallationsbetriebe Bern. 577 Geschäftsbericht Swisscom 2013, S. 47.

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 138

5 SVKG) ten Gewinns Total

CHF 7'916'438

618. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände und aller genannten sanktionserhöhenden und –mildernden Faktoren erachtet die WEKO eine Verwaltungsanktion in Höhe von CHF 7'916'438 als dem Verstoss von Swisscom gegen Art. 49a Abs. 1 KG im Rahmen der Ausschreibung der Post in Sachen „WAN-Anbindung“ als angemessen. C Kosten 619. Nach Art. 2 Abs. 1 Gebührenverordnung KG578 ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat. 620. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, oder wenn sich die Parteien unterziehen. Als Unterziehung gilt auch, wenn ein oder mehrere Unternehmen, welche aufgrund ihres möglicherweise wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens ein Verfahren ausgelöst haben, das beanstandete Verhalten aufgeben und das Verfahren als gegenstandslos eingestellt wurde (Entscheid des Bundesgerichts i.S. BKW FMB Energie AG, RPW 2002/3, S. 546 f. Rz. 6.1; Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG e contrario). Vorliegend ist daher eine Gebührenpflicht der Verfügungsadressatin zu bejahen. 621. Demgegenüber entfällt die Gebührenpflicht für Unternehmen, die ein Verfahren verursacht haben, sich die zu Beginn vorliegenden Anhaltspunkte jedoch nicht erhärten und das Verfahren aus diesem Grund eingestellt wird (RPW 2002/3, S. 546 f. Rz. 6.1 e contrario, Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG). 622. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von CHF 100 bis 400.–. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG). 623. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von CHF 120 bis 290. Die aufgewendete Zeit beträgt 1'022 Stunden. Demnach beläuft sich die Gebühr auf CHF 200'836.–. D Ergebnis 624. Aufgrund der obigen Untersuchungsergebnisse ist erstellt, dass Swisscom auf dem Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffen die Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung über eine marktbeherrschende Stellung verfügt und dass die Preispolitik von Swisscom im Rahmen der Ausschreibung der Post auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen und dem Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen eine unzulässige Verhaltensweise nach Art. 7 KG darstellt. Daher ist Swisscom mit einer Verwaltungsanktion in Höhe von CHF 7'916'438.– zu belegen.

578 Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

32/2009/03409/COO.2101.111.7.120425 139

E Dispositiv Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission: 1. Swisscom (Schweiz) AG und Swisscom AG werden gemäss Art. 49a Abs. 1 KG i. V. m. Art. 7 Abs. 1 und 2 KG mit einem Betrag von CHF 7'916'438.– Franken belastet. Der Betrag von insgesamt 7'916'438.– Franken wird den Adressaten der Verfügung unter solidarischer Haftung auferlegt. 2. Swisscom (Schweiz) AG und Swisscom AG werden Verfahrenskosten von insgesamt 200'836.– Franken auferlegt. Die Verfahrenskosten von insgesamt 200'836.– Franken werden den Adressaten der Verfügung unter solidarischer Haftung auferlegt. 3. Die Verfügung wird eröffnet an: ■ Swisscom (Schweiz) AG, 3050 Bern. ■ Swisscom AG, 3050 Bern. 4. Eine Kopie der Verfügung wird zugestellt an: Sunrise Communications AG, Binzmühlestrasse 130, 8050 Zürich (Verfahrensbeteiligte)

Wettbewerbskommission Prof. Dr. Vincent Martenet Dr. Rafael Corazza Präsident Direktor Rechtsmittelbelehrung Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 9023 St. Gallen, Beschwerde geführt werden. Die Rechtsschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Die angefochtene Verfügung und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen.

Beilagen Anhang 1: Kostenberechnung Szenario TAL bis 2 Mbit/s. Anhang 2: Kostenberechnung Szenario Swisscom. Anhang 3: Kostenberechnung Szenario Sunrise. Anhang 4: Kostenberechnung Szenario BAKOM. Anhang 5: Kostenberechnung Szenario alle Standorte mit BBCS und CES erschlossen. Anhang 6: Erläuterungen zu den Berechnungen.

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