

Verfügung

Vom 5. Februar 2007

in Sachen

Untersuchung gemäss Artikel 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz [KG]; SR 251)

betreffend

Terminierung Mobilfunk (32-0158)

wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweise gemäss Artikel 7 KG, gegen Orange Communications AG, Swisscom Mobile AG und TDC Switzerland AG

unter Berücksichtigung der Verhaltensweisen bis 31. Mai 2005.

Inhaltsverzeichnis

A	SACHVERHALT	5
A.1	GEGENSTAND DER UNTERSUCHUNG	5
A.1.1	INVOLVIERTE UNTERNEHMEN	5
A.1.2	DIE TERMINIERUNG	6
A.1.3	VORGESCHICHTE	9
A.2	VERFAHREN	11
B	ERWÄGUNGEN	15
B.1	FORMELLE VORFRAGEN	15
B.1.1	TEILVERFÜGUNG	15
B.1.2	VERFAHRENSGARANTIE	15
B.1.2.1	Rechtliches Gehör	16
B.1.2.2	Faires Verfahren im Sinne der EMRK	16
B.2	GELTUNGSBEREICH	19
B.3	VORBEHALTENE VORSCHRIFTEN	19
B.4	UNZULÄSSIGE VERHALTENSWEISEN MARKTBEHERRSCHENDER UNTERNEHMEN	23
B.4.1	MARKTBEHERRSCHENDE STELLUNG VON ORANGE, SUNRISE UND SCM?	24
B.4.1.1	Der relevante Markt	24
B.4.1.1.1	Sachlich relevanter Markt	24
B.4.1.1.2	Räumlich relevanter Markt	40
B.4.1.2	Beurteilung der Marktstellung	41
B.4.1.2.1	Aktueller Wettbewerb	41
B.4.1.2.2	Potentieller Wettbewerb	42
B.4.1.2.3	Einfluss des nachgelagerten Marktes	42
B.4.1.2.4	Die Marktstellung von Orange und Sunrise	51
B.4.1.2.5	Ergebnis hinsichtlich der Marktbeherrschung	59
B.4.2	UNZULÄSSIGE VERHALTENSWEISEN VON SWISSCOM MOBILE	59
B.4.2.1	Erzwingung unangemessener Preise	60
B.4.2.1.1	Die Preisentwicklung auf Vergleichsmärkten	62
B.4.2.1.2	Die Erzielung angemessener Gewinne	75
B.4.2.1.3	Die Kostenentwicklung	77
B.4.2.1.4	Die Erzwingung	79
B.4.2.1.5	Zwischenergebnis zur unangemessenen Höhe der Terminierungsgebühr	81
B.4.2.2	Keine sachlichen Rechtfertigungsgründe	81
B.4.2.3	Stellungnahme vom SCM vom 15. Dezember 2006	89
B.4.2.4	Keine Behinderung von Orange und Sunrise	103
B.4.2.5	Ergebnis hinsichtlich der Verhaltensweise von SCM	104
B.4.3	KEINE UNZULÄSSIGEN VERHALTENSWEISEN VON ORANGE UND SUNRISE	104
B.4.3.1	Keine unangemessen hohen Terminierungsgebühren von Orange und Sunrise	104
B.4.3.2	Keine Diskriminierung durch Orange und Sunrise	106
B.4.3.3	Ergebnis hinsichtlich der Verhaltensweise von Orange und Sunrise	106
B.4.4	GESAMTERGEBNIS	106
B.5	SANKTIONIERUNG	107
B.5.1	EINLEITUNG ZUR SANKTIONIERUNG	107

B.5.2	ÜBERGANGSRECHTLICHE FRAGEN.....	108
B.5.3	VORWERFBARKEIT	110
B.5.4	SANKTIONSBEMESSUNG FÜR SCM.....	113
B.5.5	MAXIMALSANKTION	113
B.5.6	KONKRETE SANKTIONSBEMESSUNG	114
B.5.6.1	Basisbetrag	114
B.5.6.1.1	Obergrenze des Basisbetrages gestützt auf den Umsatz	114
B.5.6.1.2	Berücksichtigung von Art und Schwere des Verstosses	116
B.5.6.1.3	Fazit	117
B.5.6.2	Dauer des Verstosses.....	117
B.5.6.3	Erschwerende und mildernde Umstände	118
B.5.6.3.1	Mutmasslicher Gewinn	118
B.5.6.3.2	Sonstige erschwerende Umstände	120
B.5.6.3.3	Mildernde Umstände.....	120
B.5.6.4	Zusammenfassung.....	120
C	KOSTEN.....	121
D	DISPOSITIV.....	122

Abkürzungsverzeichnis

Bakom	Bundesamt für Kommunikation
ComCom	Eidgenössische Kommunikationskommission
cpp	calling party pays
EBITDA	Betriebsgewinn vor Abschreibungen, Zinsen und Steuern
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101)
F2M	fix to mobile
FDA	Fernmeldediensteanbieter
FDV	Verordnung über Fernmeldedienste (SR 784.101.1)
FMG	Fernmeldegesetz (SR 784.10)
GSM	Global System for Mobile Communication
KG	Kartellgesetz (SR 251)
LRAIC	Long run average incremental cost
LRIC	Long run incremental cost
M2F	mobile to fix
M2M	mobile to mobile
MF	Mobilfunk
MFA	Mobilfunkanbieter
POI	Point of Interconnection
PüG	Preisüberwachungsgesetz (SR 942.20)
PWLAN	Public Wireless Local Area Network
REKO/WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs
SCM	Swisscom Mobile
SVKG	Sanktionsverordnung des KG (SR 251.5)
TUG	Telekommunikationsunternehmensgesetz (SR 784.11)
UMTS	Universal Mobile Telecommunications System
VoIP	Voice over IP (Internet Protocol)
VwVG	Verwaltungsverfahrensgesetz (SR 172.021)
Weko	Wettbewerbskommission
WLL	Wireless Local Loop

A Sachverhalt

A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Vorliegende Verfügung betrifft die Wettbewerbsverhältnisse im Bereich der Terminierung von Anrufen in den schweizerischen Mobilfunknetzen (MF-Netzen). Diese Dienste erlauben die Sicherstellung von Anrufen aus einem beliebigen Telefonnetzwerk auf ein bestimmtes Mobiltelefon eines Kunden eines Mobilfunkanbieter (MFA) in der Schweiz. Diese Teilverfügung betrifft Sachverhalte bis zum 31. Mai 2005.

A.1.1 Involvierte Unternehmen

2. In der Schweiz haben fünf MFA eine Lizenz um Mobiltelefondienstleistungen im Bereich GSM¹ anzubieten: In & Phone AG, Orange Communications AG (Orange), TDC Switzerland AG (Sunrise), Swisscom Mobile AG (SCM), Tele2 Telecommunication Services AG (Tele2). Die Untersuchung richtet sich jedoch insbesondere gegen die im untersuchten Zeitraum bis zum 31. Mai 2005 im Markt tätigen Unternehmen Orange (18.2%), Sunrise (ca. 18.5%) und SCM (ca. 62.5%). In den Klammern sind Schätzungen der jeweiligen Marktanteile (basierend auf der Anzahl Endkunden) angegeben². Die Unternehmen Orange, Sunrise und SCM haben zudem eine Lizenz für UMTS³.

3. Orange, mit Sitz in Lausanne, betreibt ein eigenes MF-Netz. Sie bietet seit Juli 1999 MF-Dienstleistungen an. Sunrise, mit Sitz in Zürich, betreibt ein Fest- sowie ein MF-Netz. Sie bietet seit Dezember 1998 MF-Dienstleistungen an. SCM, mit Sitz in Köniz, begann 1978 (damals als Bundesbetrieb PTT) mit dem ersten MF-Netz (Natel A). Seit 1993 bietet sie Dienstleistungen im heutigen MF-Standard GSM an. Sämtliche SCM-Aktien werden von der Swisscom AG (nachstehend: Swisscom), mit Sitz in Ittigen, gehalten. Im Dezember 2006 kaufte Swisscom den im März 2001 veräusserten 25%-igen Anteil am Aktienkapital der SCM von Vodafone zurück⁴. Swisscom ist eine im Bereich der Telekommunikation tätige Unternehmung. Sie ist in Form eines Konzerns organisiert. Swisscom ist eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft gemäss Telekommunikationsunternehmensgesetz vom 30. April 1997 (TUG). Im Zeitpunkt der Liberalisierung der alten PTT-Betriebe am 1. Januar 1998 hat sie alle Aktiven, Passiven und Tätigkeiten

¹ Global System for Mobile Communication (MF zweiter Generation).

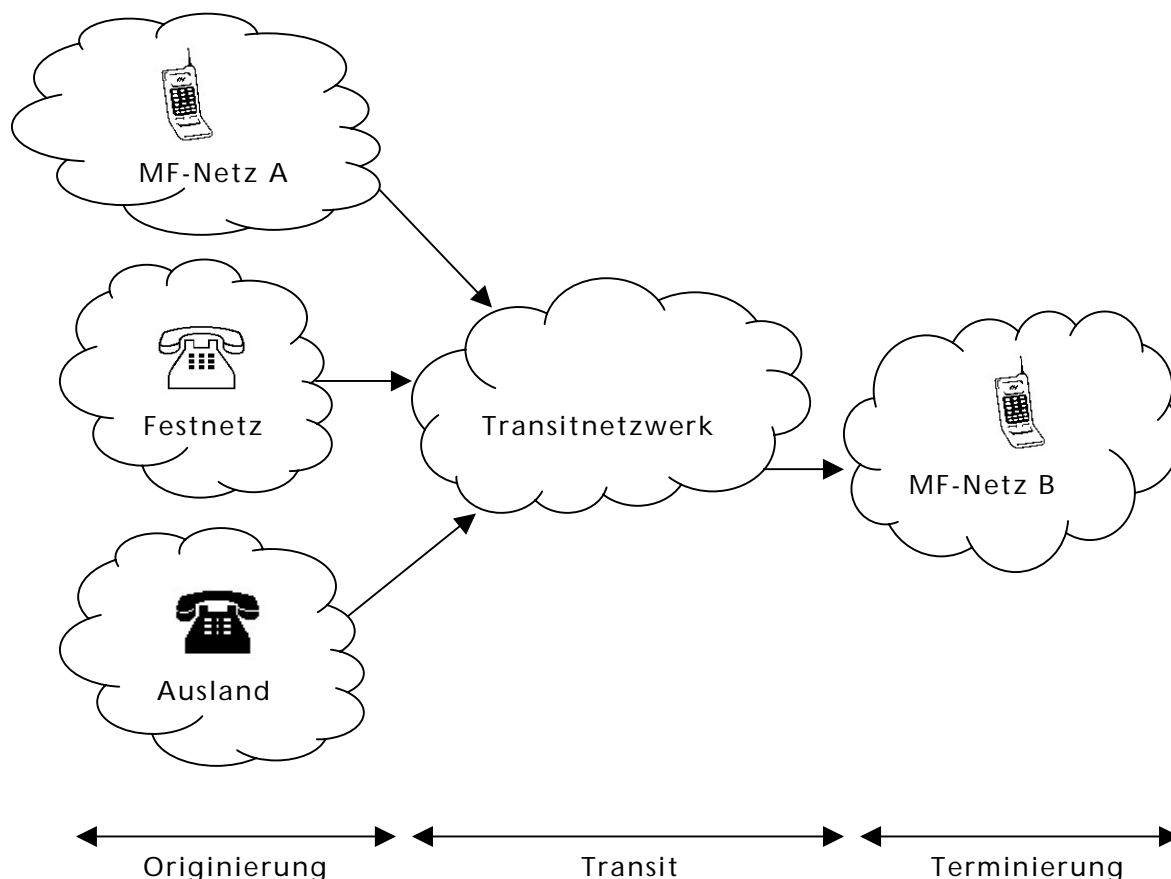
² Fernmeldestatistik, Entwicklung bis zum 31. Dezember 2005 für bestimmte Indikatoren unter www.bakom.ch/dokumentation/zahlen/00744/00746. Sämtliche Verweise auf Internet-Seiten bzw. auf im Internet zugängliche Dokumente im Verfügungsentwurf vom 11. Oktober 2006 (Akte Nr. 358) wurden im Rahmen der Schlussredaktion der Verfügung kontrolliert und durch sog. deep-links ersetzt; diese erlauben einen direkten Zugang auf das referenzierte Dokument.

³ Universal Mobile Telecommunications System (MF dritter Generation).

⁴ Vgl. die Medienmitteilung der Swisscom vom 19. Dezember 2006, www.swisscom.com/GHQ/content/Media/Medienmitteilungen/2006/20061219_1_Swisscom_erhoeht_Beteiligung_an_Swisscom_Mobile.htm.

dieser bisherigen Bundesbetriebe im Bereich der Telekommunikation übernommen. Sie bietet über ihre Tochtergesellschaften Dienstleistungen aller Art in den Bereichen Telefonie, Datenübertragung und Internet an.

Abbildung A-1: Schematische Darstellung eines Anrufes aus einem MF-Netz A, aus dem Festnetz oder aus dem Ausland auf ein MF-Netz B



A.1.2 Die Terminierung

4. Ein Telefonanruf kann generell in drei Prozesse eingeteilt werden: Originierung, Transit und Terminierung (Abbildung A-1). Dabei ist die Terminierung das letzte Stück der Verbindung. Es muss immer in jenem Netzwerk terminiert werden, in welchem der Angerufene seinen Anschluss hat. Es kann sein, dass alle drei Vorgänge (Originierung, Transit und Terminierung) innerhalb eines einzigen Netzes erfolgen. Dies ist z.B. der Fall, wenn ein Sunrise-Kunde einen anderen Sunrise-Kunden von Mobiltelefon zu Mobiltelefon anruft (on-net-Anruf). Komplizierter ist es, wenn das originierende und terminierende Netzwerk zwei unterschiedliche Netze sind und wenn zusätzlich der Transit über verschiedene andere Netzwerke abgewickelt wird (z.B. auch über ausländische Netze). So können mindestens drei aber auch mehr Fernmeldedienstleister (FDA) an der Sicherstellung einer Telefonverbindung beteiligt sein.

5. In der Schweiz bezahlt derjenige den Anruf, welcher anruft (calling party pays, cpp). Derjenige, welcher angerufen wird, bezahlt in der Regel nichts. Eine Ausnahme dieser Regel bildet der Fall, in dem sich der Angerufene im Ausland befindet. Dann bezahlt auch der Angerufene für die Weiterleitung ins Ausland eine Gebühr (die sog. internationale Roaming-Gebühr). Die Terminierungsgebühr wird nicht unmittelbar vom Endkunden bezahlt, welcher die Nummer wählt. Der MFA des angerufenen Kunden stellt die Terminierungsgebühr dem Transitnetz in Rechnung. Dieses wiederum verlangt dann die Terminierungsgebühr und einen Preis für den Transit des Anrufes von der originierenden FDA. Die originierende FDA überwälzt die Kosten für die Terminierung und den Transit regelmässig auf den Endkunden. Wenn in Zeichnung A1 ein Kunde aus dem Festnetz auf das MF-Netz B anruft, so stellt der MFA B dem Transitnetz die Terminierungsgebühr in Rechnung. Der Betreiber des Transitnetzes stellt dann dem Festnetzbetreiber eine Rechnung, die den Transit und die Terminierungsgebühr enthält. Dem Endkunden ist jedoch die Höhe der Terminierungsgebühr in der Regel nicht bekannt.

6. Dazu ein Beispiel: Rief ein Tele2-Festnetzkunde Ende Mai 2005 in der Schweiz einen Orange-Kunden auf dessen Mobiltelefon an, so bezahlte der Tele2-Kunde im Hochtarif 55 Rappen pro Minute an Tele2. Tele2 (Originierungsnetz) wiederum musste davon an Swisscom Fixnet (Transitnetz) 38.47 Rappen pro Minute sowie eine Setupgebühr von 0.86 Rappen bezahlen. Swisscom Fixnet musste dann zum Schluss an Orange (Terminierungsnetz) die Terminierungsgebühr von 36.85 Rappen pro Minute bezahlen (Fragen in Bezug auf Carrier-Preselection zwischen Tele2 und Swisscom Fixnet wurden im vorliegenden Beispiel vernachlässigt). Die eigentliche Terminierungsgebühr macht in diesem Preisbeispiel also ca. 67% des vom Endkunden zu bezahlenden Preises aus.

7. Aus diesen Ausführungen geht hervor, dass der Anrufende nicht entscheiden kann, in welchem Netzwerk er seinen Anruf terminieren will. Terminiert wird in jenem Netzwerk, in welchem der Angerufene MF-Kunde ist. Der Angerufene muss also seine eigene Terminierungsgebühr niemals selber bezahlen, sondern sie wird indirekt von denjenigen bezahlt, die ihn anrufen. Es stellt sich daher die Frage, inwiefern ein MF-Kunde sich tatsächlich für seine eigene Terminierungsgebühr interessiert, wenn er sich für einen MFA entscheidet.

8. Wenn man sich für einen der drei MFA in der Schweiz entscheiden will, ist es nicht leicht, die jeweilige Terminierungsgebühr zu ermitteln. Was ohne grösseren Aufwand in Erfahrung gebracht werden kann, sind die Preise für das Telefonieren, für die Abonnemente und für die Mobiltelefone. Weiterführende Informationen sind nicht ohne Weiteres erhältlich. Es betreibt auch kein MFA aktive Werbung für dessen tiefste Terminierungsgebühr. Damit hängt die Frage zusammen, inwieweit die Terminierungsgebühr einen Einfluss auf den Marktanteil und das Telefonierverhalten der Kunden eines MFA hat. Die effektive Höhe der Terminierungsgebühren am 31. Mai 2005 findet sich auf der Homepage von

Swisscom im Price Manual Version 6.43⁵. Die Terminierungsgebühren vom 31. Mai 2005 sind in Tabelle A-1 aufgelistet:

Tabelle A-1: Terminierungsgebühren von Orange, Sunrise und SCM am 31. Mai 2005

	<i>Orange</i>	<i>Sunrise</i>	<i>SCM</i>
Terminierungsgebühr in Rappen pro Minute ohne Transit	36.95	36.85	33.5

9. Die Terminierungsgebühr von SCM beträgt eigentlich 36.5 Rappen. Sie gewährt FDA mit mehr als 4 POI⁶ und mehr als 12 Mio. generierten Minuten pro Monat einen Rabatt von drei Rappen. Da fast alle FDA über das Transitnetz von Swisscom Fixnet auf das MF-Netz von SCM gelangen, kommt de facto nur der tiefere Preis zur Anwendung. SCM verlangt von allen FDA die gleiche Terminierungsgebühr. Die Terminierungsgebühren von Orange und Sunrise gelten aber nicht für alle FDA. Einzelnen ausländischen Gesellschaften werden z.T. niedrigere Terminierungsgebühren verrechnet. Die Mehrheit der generierten Minuten wird jedoch über das Transitnetz von Swisscom Fixnet zugestellt und für diese gelten die oben aufgeführten Tarife.

10. Gemäss Angaben von Swisscom Fixnet finden immer wieder bilaterale Verhandlungen zwischen Swisscom Fixnet und dem jeweiligem MFA statt, um die Höhe der Terminierungsgebühr zu bestimmen⁷.

11. Abbildung A-2 zeigt auf, wie sich die Terminierungsgebühren vom 1. Januar 2000 bis zum 31. Mai 2005 entwickelten⁸. Aufgeführt sind die Minutenpreise eines Anrufs von durchschnittlich anderthalb Minuten. Dabei ist hervorzuheben, dass sich die Tarife vereinfacht haben (von zwölf verschiedenen Tarifen auf drei), dass sie leicht gesenkt wurden und dass SCM die günstigsten Tarife hat. Die Vereinfachung geschah durch die Abschaffung der sog. Setup-Gebühren sowie die Vereinheitlichung von Hoch- und Niedertarifen (peak und off-peak), welche alle drei MFA nach und nach einführten. Es ist unklar, inwieweit diese Vereinfachung insgesamt zu höheren oder tieferen durchschnittlichen Preisen führte, weil der Preissenkung der Hochtarife eine Preiserhöhung der Niedertarife gegenüberstand. Geringe durchschnittliche Preissenkungen gab es in den Preismanuals vom 24. August 2000, 22. November 2001, 28. November 2001 und vom 20. August 2002. Die Preissenkungen führten zwischen Anfang 2000 und

⁵ Price Manual Version 6.43, gültig ab 1. Mai 2005, S. 6 und 7, zu finden auf der Internetseite von Swisscom: www.swisscom.com/FxRes/NR/rdonlyres/B2CF0D1D-5404-4A33-B886-E1153A95E1B4/0/PriceManualVersion643.pdf.

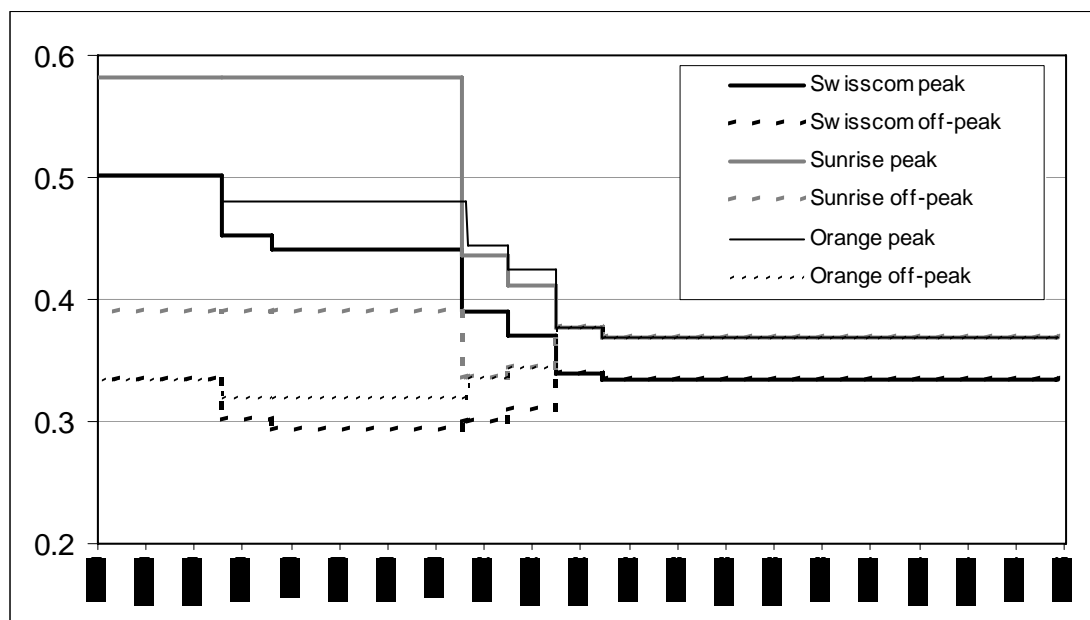
⁶ Point of Interconnection.

⁷ Eingabe vom 15. Januar 2003, S. 8, Akte Nr. 38.

⁸ Antworten von Orange, Sunrise und SCM auf Frage 9 des Fragebogens vom 29. November 2002, Akte Nr. 16 - 18. Antworten Orange vom 21. April 2004, Akte Nr. 130, Antworten Sunrise vom 24. Februar 2003, Akte Nr. 61, Antworten SCM vom 9. März 2004, Akte Nr. 122.

August 2002 insgesamt zu einer Senkung der Terminierungsgebühren von ungefähr 20%. Vom 1. Oktober 2002 bis zum 31. Mai 2005 veränderten sich die Terminierungsgebühren nicht.

Abbildung A-2: Die Entwicklung der Terminierungsgebühren von Orange, Sunrise und SCM von Januar 2000 bis 2005



A.1.3 Vorgeschichte

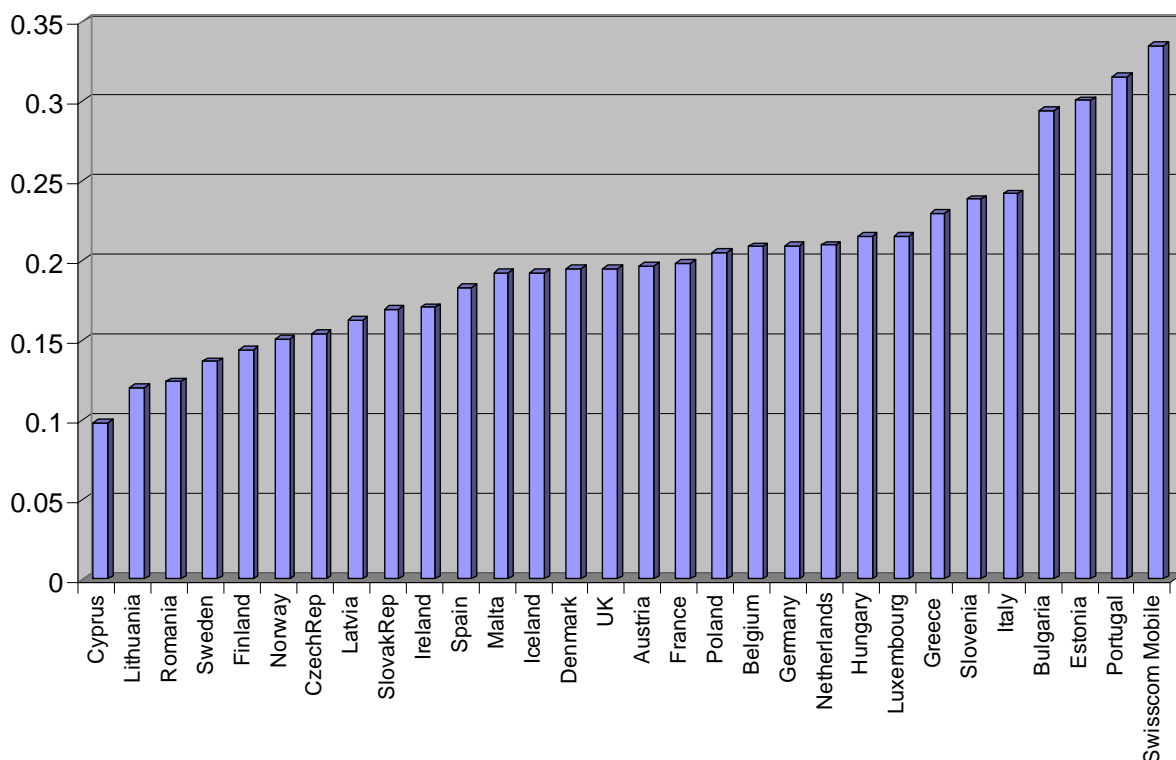
12. Die Wettbewerbskommission (Weko) untersuchte den MF-Markt bereits einmal⁹. Dabei konnte sie keine Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im Endkundenmarkt für mobile Telefoniedienstleistungen feststellen. In der Verfügung vom 3. Dezember 2001 über den MF-Markt wurde jedoch ausdrücklich vorbehalten, zu einem späteren Zeitpunkt eine weitere Untersuchung zu eröffnen, in der die Wholesale-Märkte und insbesondere die Terminierungsgebühren untersucht würden. Diese Frage sollte in einer eigenständigen Untersuchung geprüft werden, um im MF-Markt wieder Rechtssicherheit herzustellen. In der genannten Untersuchung hatten sich zwar Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung der drei MFA auf den Wholesale-Märkten im Bereich Terminierung ergeben. Auf die genaue Überprüfung dieser Fragestellungen wurde jedoch im Rahmen der ersten MF-Untersuchung verzichtet.

13. Das Sekretariat der Weko (Sekretariat) verfolgte seither die Entwicklungen weiter und stellte fest, dass sich die Marktsituation und insbesondere auch Marktanteile und Terminierungsgebühren kaum veränderten. Zudem beklagten sich Tele2, MCI Worldcom AG (MCI) und Solpa AG regelmässig über zu hohe

⁹ RPW 2002/1, S.97.

Terminierungsgebühren der MFA in der Schweiz. Laut der vom Bundesamt für Kommunikation (Bakom) in Auftrag gegebenen Studie „Stand des schweizerischen Telekommunikationsmarktes im internationalen Vergleich“ waren am 1. August 2001 die Terminierungspreise des führenden Anbieters der Schweiz (SCM) europaweit die höchsten¹⁰. Ein späterer Vergleich der Terminierungsgebühren kam zu ähnlichen Ergebnissen: Abbildung A-3, welche auf Basis der Terminierungsgebühren vom 1. Januar 2005 erstellt wurde, soll dies veranschaulichen. Sie stammt von der "Independent Regulators Group – IRG"¹¹. Darin wurden die Terminierungsgebühren sämtlicher europäischer Länder aufgelistet. Es wurden lediglich die durchschnittlichen Werte (peak / off-peak) aus den IRG-Daten übernommen und in Schweizer Franken umgerechnet und die Rubrik „Switzerland“ in „Swisscom Mobile“ übertragen (d.h. die Werte für Sunrise und Orange wurden ausgeklammert). Die Umrechnung erfolgte mit einem Wechselkurs von 1.54 Euro/CHF. Von sämtlichen aufgelisteten europäischen Staaten liegt SCM mit ihrer Terminierungsgebühr von 33.5 Rappen pro Minute an der Spitze¹².

Abbildung A-3: Durchschnittliche Terminierungsgebühren am 1. Januar 2005



14. Das Sekretariat eröffnete daher vorliegende Untersuchung gegen die drei MFA Orange, Sunrise und SCM. Die Untersuchung sollte aufzeigen, ob bezüglich

¹⁰ www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00545/00722/00892, Anhang I bis VI S. 147.

¹¹ <http://irgis.anacom.pt>.

¹² The Independent Regulators Group – IRG, <http://irgis.anacom.pt/admin/attachs/390.pdf>.

der Terminierungsgebühren in MF-Netze unzulässige Wettbewerbsabreden oder unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen vorliegen.

A.2 Verfahren

15. Das Sekretariat eröffnete mit Schreiben vom 15. Oktober 2002¹³ im Einvernehmen mit dem Präsidenten der Weko eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG gegen die drei MFA Orange, Sunrise und SCM. Das Sekretariat gab die Eröffnung der Untersuchung mittels amtlicher Publikation gemäss Art. 28 KG bekannt¹⁴. Die Unternehmen Cable & Wireless Global AG, MCI, Tele2, T-Systems Multilink SA (heute Solpa AG) und 3G Mobile AG beantragten, am Verfahren formell beteiligt zu werden. Eine Beteiligung im Sinne von Art. 43 Abs. 1 lit. a KG wurde ihnen mit Schreiben vom 21. Januar 2003 gewährt.

16. Am 29. November 2002 wurden Fragebogen an die Unternehmen Orange, Sunrise, und SCM versandt¹⁵. Weitere Auskunftsbegehren erfolgten an MCI, Smartphone SA und Swisscom Fixnet¹⁶. Antworten erhielt das Sekretariat jedoch nur von Smartphone SA, MCI, Swisscom Fixnet und Sunrise¹⁷. Orange und SCM bestritten die Zuständigkeit der Weko. Sie argumentierten, dass die Weko keine Befugnis habe, Terminierungsgebühren zu untersuchen; dies sei der sektorspezifischen Regulierungsbehörde, also dem Bakom bzw. der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom), vorbehalten. Mit Zwischenverfügungen vom 17. Februar 2003 stellte die Weko fest, dass sie zur Durchführung der Untersuchung betreffend die Terminierungsgebühren in den MF-Märkten zuständig sei¹⁸. Gegen diese Zwischenverfügungen reichte sowohl Orange wie auch SCM bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO/WEF) Beschwerde ein. Diese wurden jedoch mit den Beschwerdeentscheiden vom 6. Februar 2004 von der REKO/WEF abgewiesen, wobei die REKO/WEF die Zuständigkeit der Weko bestätigte¹⁹. Diese Entscheide blieben unangefochten und sind in Rechtskraft erwachsen. Am 9. März 2004 bzw. am 21. April 2004 erhielt das Sekretariat Antworten von SCM bzw. Orange auf die Fragebogen vom 29. November 2002²⁰.

17. Am 25. März 2004 informierte das Sekretariat Orange, Sunrise und SCM über das Inkrafttreten des neuen KG. Mit Schreiben vom 1. April 2004 reichte SCM für den der Untersuchung zu Grunde liegenden Sachverhalt eine Eingabe ein, welche als Meldung gemäss Übergangsbestimmung betitelt war (Schlussbestimmung zur Änderung vom 20. Juni 2003, KG)²¹. Das Sekretariat führte daraufhin mit Schreiben vom 5. April 2004 aus, dass der mitgeteilte Sachverhalt dem Sekretariat und der Wettbewerbskommission bereits bekannt sei und die Mittei-

¹³ Akte Nr. 1 – 3.

¹⁴ BBI 2002 6827.

¹⁵ Akte Nr. 16 – 18.

¹⁶ Akte Nr. 5, 6 und 12.

¹⁷ Akte Nr. 11, 15, 38 und 61.

¹⁸ Akte Nr. 55 und 56.

¹⁹ Einzelheiten dazu finden sich in Kapitel B.3

²⁰ Akte Nr. 122 und 130.

²¹ Akte Nr. 128.

lung von SCM deshalb nicht als Meldung im Sinne der Übergangsbestimmung aufgefasst werden könne²². Am 14. Mai 2004 stellte SCM ein Gesuch um Erlass einer Feststellungsverfügung²³. Mit Schreiben vom 16. September 2004 wies SCM darauf hin, dass sie sich Ende September 2004 gezwungen sähe, eine Beschwerde wegen Rechtsverzögerung einzureichen²⁴. Mit Verfügung vom 8. November 2004 stellte die Weko fest, dass auf das Gesuch um Feststellungsverfügung nicht eingetreten werde²⁵. Ergänzend wies die Weko darauf hin, das Gesuch sei, selbst wenn darauf eingetreten worden wäre, aus materiellrechtlichen Gründen abzuweisen. Die Meldung ermögliche es Unternehmen, ausserhalb eines hängigen Verfahrens Unklarheiten der Rechtslage bezüglich allfälliger wettbewerbsrechtlicher Probleme und der Frage der direkten Sanktionierbarkeit zu beseitigen. Der Gegenstand eines laufenden Untersuchungsverfahrens könne daher nicht gemeldet werden, um einer allfälligen direkten Sanktionierung zu entgehen. Gegen diesen Entscheid erhob SCM Beschwerde an die REKO/WEF.

18. Die REKO/WEF stellte in ihrer Verfügung vom 18. März 2005 fest, dass das Schreiben der SCM vom 1. April 2004 eine Meldung im Sinne der Schlussbestimmung sei. Das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (EVD) erhob gegen diesen Entscheid Beschwerde beim Bundesgericht. Das Bundesgericht hiess die Verwaltungsgerichtsbeschwerde des EVD gut und entschied, dass besagtes Schreiben keine Meldung im Sinne der Übergangsbestimmung darstelle²⁶.

19. Am 20. September 2004 reichte SCM eine in Auftrag gegebene Studie über den schweizerischen MF-Markt ein²⁷. Diese wurde mit Schreiben vom 27. Oktober 2004 allen anderen Verfahrensbeteiligten zur Verfügung zugestellt²⁸.

20. Mit Schreiben vom 12. November 2004 stellte das Sekretariat ein weiteres Auskunftsbegehren an Orange, Sunrise und SCM²⁹. Ferner stellte das Sekretariat am 17. November 2004 beim Bakom ein Gesuch um Amtshilfe³⁰. Die FDA Colt Telecom AG und MCI reichten am 2. bzw. 7. Dezember 2004 weitere Unterlagen ein³¹. Das Sekretariat wurde zudem über ein im Kanton Waadt laufendes Zivilverfahren zwischen Switzernet GmbH und Sunrise orientiert, worin Switzernet GmbH unter anderem zu hohe Terminierungsgebühren von Sunrise beanstandete³².

21. Mit Schreiben vom 22. April 2005 wurden die Parteien nach Art. 30 Abs. 2 KG eingeladen, zum Antrag des Sekretariats an die Weko vom 22. April 2005 Stellung zu nehmen³³. Gleichzeitig wurden die Parteien auf ihr Akteneinsichts-

²² Akte Nr. 129.

²³ Akte Nr. 134.

²⁴ Akte Nr. 135.

²⁵ Akte Nr. 147.

²⁶ Urteil 2A.289/2005 vom 8. Juni 2006.

²⁷ Akte Nr. 136.

²⁸ Akte Nr. 138 - 146.

²⁹ Akte Nr. 148 - 150.

³⁰ Akte Nr. 155.

³¹ Akte Nr. 171 und 176.

³² RPW 2004/4 S. 1213.

³³ Akte Nr. 207 - 209.

recht aufmerksam gemacht und ihnen wurde ein vollständiges Aktenverzeichnis zugestellt. In der Folge verlangten Orange, Sunrise und SCM mehrfach Einsicht in die Verfahrensakten, welche ihnen jeweils nach Bereinigung der Geschäftsgeheimnisse kopiert und zugestellt wurden. Am 30. Mai 2005 lud das Sekretariat das Bakom und die ComCom ebenfalls ein, zum Antrag des Sekretariats Stellung zu nehmen³⁴. Am 25. Juli 2005³⁵ erhielt das Sekretariat die Stellungnahmen von Orange, Sunrise und SCM.

22. Am 5. September 2005 fand mit Orange, Sunrise und SCM eine Anhörung gemäss Art. 30 Abs. 2 KG statt. Die von allen Parteien unterzeichneten Protokolle wurde den Parteien mit Schreiben vom 11. Oktober 2005 zugesandt³⁶.

23. Mit Schreiben vom 9. September 2005 forderte das Sekretariat SCM auf, Unterlagen einzureichen, welche in ihren Stellungnahmen zwar zitiert, jedoch nur unvollständig oder gar nicht eingereicht wurden³⁷. Diese wurden weitgehend mit Schreiben vom 20. September 2005 nachgereicht³⁸.

24. Mit Schreiben vom 25. Oktober 2005 forderte das Sekretariat SCM auf, bereits eingereichte Daten des Fragebogens vom 29. November 2002 auf den neusten Stand zu bringen³⁹. Diese wurden mit Schreiben vom 2. November 2005 eingereicht⁴⁰.

25. Mit Schreiben vom 7. April 2006 wurden die Parteien darüber informiert, dass die Weko beabsichtige, eine Teilverfügung zu erlassen, welche die untersuchten Sachverhalte betreffend Orange, Sunrise und SCM bis zum 31. Mai 2005 abschliessend beurteilt⁴¹. Ferner beabsichtige die Weko, die Marktstellung von Orange und Sunrise offen zu lassen. SCM wurden überdies diejenigen Teile des überarbeiteten Entwurfs für eine Teilverfügung zugesandt, welche gegenüber dem ersten Entwurf des Sekretariats vom 22. April 2005 abgeändert oder neu waren. Die Parteien wurden zur Stellungnahme dieser Neuerungen aufgefordert. Stellungnahmen wurden mit Schreiben vom 11. (Sunrise), 19. (Orange) und 22. Mai 2006 (SCM) eingereicht⁴². Der Stellungnahme von SCM lag ein Gutachten von Prof. C.C. von Weizsäcker bei. Gleichzeitig wurden die Parteien auf ihr Akteneinsichtsrecht aufmerksam gemacht und ihnen wurde ein vollständiges Aktenverzeichnis zugestellt. In der Folge verlangte SCM mehrfach Einsicht in die Verfahrensakten, welche ihnen jeweils nach Bereinigung der Geschäftsgeheimnisse kopiert und zugestellt wurden.

³⁴ Akte Nr. 222 und 223.

³⁵ Akte Nr. 249 – 251.

³⁶ Akte Nr. 300.

³⁷ Akte Nr. 282.

³⁸ Akte Nr. 289.

³⁹ Akte Nr. 303.

⁴⁰ Akte Nr. 305.

⁴¹ Akte Nr. 312 – 314.

⁴² Akte Nr. 337, 340 und 341.

26. Am 29. Mai 2006 fand eine weitere Anhörung gemäss Art. 30 Abs. 2 KG mit SCM statt. Das unterzeichnete Protokoll erhielt das Sekretariat mit Schreiben vom 23. Juni 2006⁴³.

27. Am 11. Oktober 2006 wurde SCM der Entwurf für eine Teilverfügung (Version vom 11. Oktober 2006) zur Stellungnahme zugestellt⁴⁴. Mit Schreiben vom 26. Oktober 2006 ersuchte SCM um eine Fristerstreckung zur Einreichung einer Stellungnahme⁴⁵. Mit Schreiben der Weko vom 30. Oktober 2006 wurde die ersuchte Fristerstreckung teilweise gewährt⁴⁶. Mit Schreiben vom 6. November 2006 erhob SCM gegen die Fristerstreckung der Weko vom 30. Oktober 2006 Beschwerde⁴⁷. Die REKO/WEF hiess mit Entscheid vom 9. November 2006 die Beschwerde von SCM gut und erstreckte die Frist zur Stellungnahme bis 26. November 2006⁴⁸.

28. Am 22. November 2006 reichte SCM ein weiteres Fristerstreckungsgesuch bis 3. Januar 2007 zur Einreichung einer Stellungnahme ein⁴⁹. Mit Zwischenverfügung der Weko vom 27. November 2006 wurde das Fristerstreckungsgesuch abgewiesen und eine Notfrist bis 7. Dezember 2006 angesetzt⁵⁰. Gegen diese Zwischenverfügung erhob SCM mit Schreiben vom 29. November 2006 Beschwerde⁵¹. Die REKO/WEF wies mit Entscheid vom 4. Dezember 2006 die Beschwerde von SCM ab⁵². Die REKO/WEF setzte SCM eine unverlängerbare Nachfrist zur Einreichung einer Stellungnahme bis 15. Dezember 2006.

29. Am 15. Dezember 2006 reichte SCM ihre Stellungnahme zum überarbeiteten Verfügungsentwurf ein⁵³. In der Beilage zu ihrer Stellungnahme reichte SCM auch einen am 2. November 2006 erstellten Kommentar von Prof. C.C. von Weizsäcker ein. Mit separaten Schreiben vom 15. Dezember 2006 liess SCM zudem allen Mitgliedern der Weko eine Stellungnahme zum dritten Entwurf für eine Teilverfügung vom 11. Oktober 2006 zukommen⁵⁴.

30. Die vorliegende Teilverfügung wurde von der Weko am 5. Februar 2007 entschieden und befasst sich mit den Verhaltensweisen der drei MFA Orange, Sunrise und SCM bis zum 31. Mai 2005. Das Untersuchungsverfahren für Sachverhalte nach dem 31. Mai 2005 läuft im Übrigen weiter.

⁴³ Akte Nr. 351.

⁴⁴ Akte Nr. 358.

⁴⁵ Akte Nr. 361.

⁴⁶ Akte Nr. 362.

⁴⁷ Akte Nr. 363.

⁴⁸ Akte Nr. 366.

⁴⁹ Akte Nr. 367.

⁵⁰ Akte Nr. 368.

⁵¹ Akte Nr. 369.

⁵² Akte Nr. 372.

⁵³ Akte Nr. 374.

⁵⁴ Akte Nr. 373.

B Erwägungen

B.1 Formelle Vorfragen

B.1.1 Teilverfügung

31. Der vorliegende Entscheid beurteilt den Sachverhalt, wie er bis 31. Mai 2005 vorlag. Es handelt sich dabei um eine Teilverfügung, mit welcher über einen Teilaspekt des Streitgegenstandes selbstständig entschieden wird⁵⁵. Für die Beschränkung eines Verfahrens auf einen Teilaspekt und dessen selbständige Beurteilung sind in erster Linie prozessökonomische Überlegungen wegleitend, wenn die Ziele und die nähere Regelung eines Verfahrens eine Aufspaltung in Teilfragen zulassen⁵⁶. Der Erlass einer Teilverfügung rechtfertigt sich im vorliegenden Fall aufgrund der von SCM per 1. Juni 2005 durchgeführten deutlichen Preissenkung ihrer Terminierungsgebühren von 33.5 Rappen auf 20 Rappen. Dies macht für Sachverhalte nach dem 31. Mai 2005 weitere angebots- und nachfrage-seitige Abklärungen, insbesondere auch bezüglich des daraus folgenden Verhaltens von Orange und Sunrise, erforderlich. SCM führt in ihrer Stellungnahme vom 22. Mai 2006 an⁵⁷, dass mit einer bedingten Teilverfügung ein Verhalten abgestraft würde, welches schon lange nicht mehr praktiziert würde. In diesem Sinne geht SCM ebenfalls davon aus, dass es sich bei der Preissenkung vom 31. Mai 2005 um einen für vorliegendes Verfahren bedeutenden Einschnitt handelte.

32. Mit Stellungnahme vom 15. Dezember 2006 machte SCM geltend, dass die Verhältnisse nach der Gebührensenkung durch SCM per 1. Juni 2005 nicht gebührend untersucht worden seien⁵⁸. Der vorliegenden Teilverfügung liegen in zeitlicher Hinsicht Sachverhalte bis 31. Mai 2005 zu Grunde. Falls rechtserhebliche Ereignisse nach dem 31. Mai 2005 vorliegen, welche für die Interpretation des zeitlich in Frage stehenden Sachverhaltes eine Rolle spielen, wurden diese berücksichtigt. Der Hinweis von SCM auf Rz. 190 des überarbeiteten Verfügungsentwurfs vom 11. Oktober 2006 ist jedoch unbehelflich, da sich Rz. 190 auf die Überprüfung der Marktstellung von Orange und Sunrise für den weiteren Verlauf der Untersuchung, d.h. für Sachverhalte nach dem 1. Juni 2005, bezieht.

B.1.2 Verfahrensgarantien

33. Gemäss Art. 39 KG sind auf kartellgesetzliche Untersuchungsverfahren grundsätzlich die Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG) anwendbar.

⁵⁵ Vgl. u.a. Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 1983, S. 140.

⁵⁶ Thomas Merkli/Arthur Aeschlimann/Ruth Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, N. 13 zu Art. 49.

⁵⁷ Akte Nr. 341, Rz. 317.

⁵⁸ Akte Nr. 374, Rz. 30.

B.1.2.1 *Rechtliches Gehör*

34. Mit Stellungnahme vom 22. Mai 2006 machte SCM geltend⁵⁹, dass sich die Wettbewerbsbehörde im April 2006 widersetzt habe, den vollständig abgeänderten Verfügungsentwurf zuzustellen. Dies verletze den Anspruch von SCM auf rechtliches Gehör. Im Rahmen des sich auf Art. 29 Abs. 2 Bundesverfassung (BV) stützenden Anspruchs auf rechtliches Gehör hat der Betroffene das Recht, sich vor Erlass eines in seine Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen⁶⁰. Die REKO/WEF hat spezifisch für kartellverwaltungsrechtliche Untersuchungsverfahren festgehalten, dass – falls der Verfügungsentwurf nach einer Anhörung ergänzt werde, ohne dass sich das untersuchte Unternehmen dazu äussern könne – der Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt sei⁶¹.

35. Diese Auffassung der REKO/WEF kontrastiert mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach im Rahmen des Anspruchs auf rechtliches Gehör allgemein gilt, dass eine Partei im Verfahren keinen Anspruch hat, sich zur rechtlichen Würdigung zu äussern⁶². Diese Rechtsprechung wurde vom Bundesgericht in kürzlich ergangenen Fällen betreffend die ComCom und die Eidgenössische Bankenkommision, also mit der Weko vergleichbaren Behördenkommissionen, bestätigt und präzisiert: Die Behörde hat in diesem Sinne nicht ihre Begründung den Parteien vorweg zur Stellungnahme zu unterbreiten. Es genügt, dass sich die Parteien zu den Grundlagen des Entscheids, insbesondere zum Sachverhalt sowie zu den anwendbaren Rechtsnormen, vorweg äussern und ihre Standpunkte einbringen können⁶³. Mit Entscheid vom 9. Februar 2006 hielt das Bundesgericht fest⁶⁴, dass der Anspruch auf rechtliches Gehör sich in erster Linie auf den Sachverhalt beziehe; zu den rechtlichen Fragen müssten die Parteien nur ausnahmsweise angehört werden. Die Weko hat in vorliegendem Fall unter Berücksichtigung der zitierten Rechtsprechung der REKO/WEF und trotz der angeführten bundesgerichtlichen Rechtsprechung den Verfügungsentwurf am 11. Oktober 2006 SCM ein weiteres Mal zur Stellungnahme zugestellt.

B.1.2.2 *Faires Verfahren im Sinne der EMRK*

36. Mit Stellungnahme vom 22. Mai 2006⁶⁵ machte SCM geltend, dass die aus der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)⁶⁶ fliessenden Verfahrens-

⁵⁹ Akte Nr. 351, S. 116 ff.

⁶⁰ BGE 124 V 372, E. 3.b.

⁶¹ RPW 2005/4, S 678, E. 4.1.

⁶² BGE 115 IA 94, E. 1.b.

⁶³ BGE 132 II 257, E. 4.2.

⁶⁴ Urteil 2A.91/2005, E. 3.2.1, unveröffentlicht, abrufbar unter www.ebk.admin.ch/d/archiv/2006/20060616/20060616_01.pdf.

⁶⁵ Akte Nr. 341.

⁶⁶ Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten; SR 0.101.

rechte für SCM in vorliegender Untersuchung zu wahren seien. Ob und in welchem Umfang direkt aus der EMRK fliessende Verfahrensrechte vorliegend zur Anwendung gelangen, kann aus folgenden Gründen offen bleiben: Einerseits sind der Grossteil der in der EMRK enthaltenen Verfahrensgarantien in kartellverwaltungsrechtlichen Verfahren bereits in Gesetzesbestimmungen (insbesondere KG und VwVG), bundesverfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien sowie der diesbezüglichen Rechtsprechung enthalten. Andererseits wird für auf ausschliesslich aus der EMRK fliessenden Verfahrensgarantien beruhenden Rügen geprüft, ob diese Verfahrensgarantien eingehalten werden.

37. Mit Stellungnahme vom 22. Mai 2006⁶⁷ führte SCM zudem an, dass die Weko sowohl aus strukturellen Gründen als auch wegen ihrer Einmischung in das laufende Untersuchungsverfahren kein „unabhängiges Gericht“ im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK sei. Im Gegenteil sei die ganze Kommission als befangen anzusehen. Auf Nachfrage präziserte SCM diesbezüglich anlässlich der Anhörung vom 29. Mai 2006, dass keine Ausstandsgründe gegen einzelne oder alle Kommissionsmitglieder geltend gemacht würden⁶⁸.

38. Gemäss Art. 6 Abs. 1 EMRK hat jede Person ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen, unparteiischen und auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Der Anspruch auf ein faires Verfahren im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK umfasst unter anderem die Gewährleistung der Unabhängigkeit und Unbefangenheit des Gerichts. Die Unbefangenheit des Gerichts beinhaltet auch, dass die verschiedenen Funktionen des Gerichts, insbesondere was die Untersuchungs- und die Entscheidungsfunktionen anbetrifft, nicht in Personalunion ausgeübt werden⁶⁹.

39. Das schweizerische Wettbewerbsrecht unterscheidet in Verfahren vor der Wettbewerbskommission nur begrenzt zwischen Untersuchungs- und Entscheidbehörde. Das Kartellrecht verzichtet nach seiner gesetzlichen Konzeption in Art. 23 Abs. 1, Art. 24 Abs. 1, Art. 27 Abs. 1 und Art. 30 KG auf eine konsequente Unterscheidung zwischen Untersuchungs- und Entscheidbehörde. Allgemein erweckt die Weko nach Erscheinungsbild und Verfahren nicht den Eindruck eines Gerichts, wie dies von Praxis und Lehre zu Art. 6 Abs. 1 EMRK als notwendige Voraussetzung einer richterlichen Instanz verlangt wird⁷⁰.

40. Grundsätzlich kann die Weko ähnlich wie die Eidgenössische Kommunikationskommission als sogenannte Behördenkommission angesehen werden, welche zur dezentralen Bundesverwaltung gehört und damit nicht als richterliche Instanz zu qualifizieren ist⁷¹. Gleiches gilt nach der Rechtsprechung des europäi-

⁶⁷ Akte Nr. 341.

⁶⁸ Protokoll der Anhörung vom 29. Mai 2006, S. 1, Akte Nr. 351.

⁶⁹ Mit weiteren Hinweisen: Frédéric Sudre, *Droit international et droit européen des droits de l'homme*, 7. Auflage Paris 2005, S. 361 ff.

⁷⁰ Yvo Hangartner, *Aspekte des Verwaltungsverfahrenrechts nach dem revidierten Kartellgesetz von 2003*, in: *Kartellgesetzrevision 2003*, Stoffel/Zäch (Hrsg.), Zürich 2004, S. 251, S. 267.

⁷¹ Mit weiteren Hinweisen: BGE 131 II 13, E. 3.1-3.3; BGE 132 II 257, E. 3.1.

schen Gerichts erster Instanz für das europäische Wettbewerbsrecht⁷², wobei sich die Europäische Kommission in einer vergleichbaren Situation befindet wie die Weko.

41. Bezüglich der Unabhängigkeit und Unbefangenheit des Gerichts müssen die Verfahrensgarantien von Art. 6 Abs. 1 EMRK in einem Verfahren mindestens einmal gewährleistet sein⁷³. Die REKO/WEF, respektive das Bundesverwaltungsgericht, erfüllen die Anforderungen der EMRK an die Unabhängigkeit und Unbefangenheit des Gerichts. Indem das Bundesverwaltungsgericht im Übrigen im Rahmen des erstinstanzlichen Beschwerdeverfahrens über volle Überprüfungsbefugnis verfügt, könnte eine allfällige Verletzung von Art 6 EMRK bezüglich der richterlichen Unabhängigkeit geheilt werden⁷⁴. Im Ergebnis spielt damit die Frage, ob die Weko ein unabhängiges Gericht nach Art. 6 Abs. 1 EMRK sei, bereits aufgrund der möglichen Heilung eines rechtlichen Mangels durch die Rechtsmittelinstanz, welche mit voller Kognition ausgestattet ist, keine Rolle. Im Rahmen der Verwaltungsbeschwerde verfügt das Bundesverwaltungsgericht über volle Überprüfungsbefugnis⁷⁵.

42. Mit der schweizerischen Situation vergleichbar ist die Sachlage im europäischen Recht. Die Europäische Kommission befindet sich mit ihren Generaldirektionen in einer vergleichbaren Situation wie die Weko und deren Sekretariat. Im europäischen Recht wurde die Kombination der Europäischen Kommission und deren Generaldirektionen unter dem Blickwinkel von Art. 6 Abs. 1 EMRK als unproblematisch angesehen, da die Entscheide der Europäischen Kommission vom Europäischen Gericht erster Instanz überprüft werden können, wobei das Gericht erster Instanz den Anforderungen von Art. 6 Abs. 1 EMRK entspricht⁷⁶.

43. Sollte die EMRK in Bezug auf die Unabhängigkeit und Unbefangenheit des Gerichts in vorliegendem Fall zur Anwendung gelangen und sollte die EMRK weitergehende Verfahrensgarantien enthalten, als von der Bundesverfassung oder von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bereits anerkannt sind, gilt bezüglich der Unabhängigkeit und Unbefangenheit des Gerichts im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK im Ergebnis, dass die Weko nicht als Gericht im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK anzusehen ist, wohl aber die ihre Entscheide überprüfende Rechtsmittelinstanz, die volle Kognition besitzt. Damit sind die Anforderungen von Art. 6 EMRK erfüllt.

44. Im Übrigen werden weitere spezifische Fragestellungen in Zusammenhang mit der EMRK im Kapitel zur Sanktionierung (B.5 unten) behandelt.

⁷² EuG T-25/95, Rn. 717, Cimenteries CBR u.a.

⁷³ Mark E. Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, Zürich 1999, S. 260.

⁷⁴ Vgl. u.a. Yvo Hangartner, Aspekte des Verwaltungsverfahrensrechts nach dem revidierten Kartellgesetz von 2003, in: Kartellgesetzrevision 2003, Stoffel/Zäch (Hrsg.), Zürich 2004, S. 251, S. 266 ff.

⁷⁵ Vgl. Art. 49, Art. 61 und Art. 62 VwVG.

⁷⁶ Wouter P.J. Wils, Principles of European Antitrust Enforcement, Oxford und Portland 2005, S. 159.

B.2 *Geltungsbereich*

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

46. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Orange, Sunrise und SCM sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

47. Die Prüfung der Marktbeherrschung des Unternehmens erfolgt unter Art. 7 KG. Die marktbeherrschende Stellung stellt eine qualifizierte Form der Ausübung von Marktmacht dar⁷⁷. Wird nachstehend somit die marktbeherrschende Stellung bejaht, wird damit auch die Ausübung von Marktmacht festgestellt. Falls eine marktbeherrschende Stellung verneint werden sollte, ist die Prüfung der Marktmacht obsolet, da in diesem Fall kein kartellrechtsrelevantes Verhalten im Sinne von Art. 7 KG vorliegt.

B.3 *Vorbehaltene Vorschriften*

48. 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).

49. Vorliegend war insbesondere zu prüfen, ob betreffend den Mobilfunk und im Speziellen betreffend die MF-Terminierung vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. a KG bestehen, welche den Wettbewerb ausschliessen könnten.

50. Mit Schreiben vom 4. Dezember 2002⁷⁸ stellte SCM Anträge auf Einstellung und Sistierung der vorliegenden Untersuchung. Als Begründung wurde unter anderem angeführt, dass es sich bei der MF-Terminierung um einen typischen Interkonnektionssachverhalt handle, welcher ausschliesslich durch die ComCom zu beurteilen sei. Zudem liege bei der ComCom ein entsprechendes Gesuch der Tele2 um Interkonnektion vor. Mit ähnlicher Begründung beantragte Orange am 8. Januar 2003⁷⁹, die Untersuchung sei einzustellen, eventuell sei das Verfahren auf die Frage der Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden und das Bestehen

⁷⁷ RPW 2001/2, S. 268, Rz. 79; Botschaft zu einem Kartellgesetz, BBl 1995 468 ff., S. 547f.

⁷⁸ Akte Nr. 19.

⁷⁹ Akte Nr. 35.

vorbehaltener Vorschriften im Sinne von Art. 3 KG zu beschränken. Mit mehr oder weniger übereinstimmender Begründung hat auch Sunrise die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden in Frage gestellt. Im Gegensatz zu den beiden anderen MFA hat Sunrise das Auskunftsbegehren des Sekretariats beantwortet.

51. Am 17. Februar 2003⁸⁰ stellte die Weko betreffend SCM und Orange mit den Zwischenverfügungen unter anderem fest, dass die Weko bzw. ihr Sekretariat zur Durchführung der Untersuchung betreffend die Terminierungsgebühren im MF-Markt zuständig sei⁸¹. Mit den Beschwerdeentscheiden vom 6. Februar 2004 wies die REKO/WEF die von SCM und Orange erhobenen Verwaltungsbeschwerden, abgesehen von der Frage der entzogenen aufschiebenden Wirkung, ab⁸². Diese Entscheide sind in Rechtskraft erwachsen.

52. Dazu ist festzuhalten, dass in einem zwischenzeitlich ergangenen Entscheid des Bundesgerichts in Sachen Elektra Baselland festgehalten wurde, dass über das Vorliegen von Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG in gewissen Fällen in einer selbständigen Teilverfügung zu entscheiden ist⁸³. Die Beschwerdeentscheide der REKO/WEF vom 6. Februar 2004, mit welchen die Frage des Bestehens vorbehaltener Vorschriften verneint wurde, sind diesen Ausführungen des Bundesgerichts entsprechend als Teilverfügungen zu qualifizieren.

53. Teilverfügungen entscheiden über einen Teil des Verfügungsgegenstandes und erledigen das Verfahren insoweit endgültig⁸⁴. Unangefochten gebliebene Teilverfügungen erwachsen in Rechtskraft⁸⁵. Daraus folgt, dass mit den rechtskräftigen Beschwerdeentscheiden der REKO/WEF vom 6. Februar 2004 die Frage des Vorliegens vorbehaltener Vorschriften nach Art. 3 Abs. 1 KG in diesem Verfahren bereits abschliessend geklärt wurde. Für den Fall, dass eine abschliessende Klärung der Frage der vorbehaltenen Vorschriften nach Art. 3 Abs. 1 KG nicht bereits erfolgt sein sollte, wird nachfolgend trotzdem begründet, warum vorliegend keine solchen vorbehaltenen Vorschriften bestehen.

54. Am Rande ist im Übrigen festzuhalten, dass das Bundesgericht in Sachen Elektra Baselland präzisiert hat, dass über das Vorliegen von Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG nur dann in einer selbständigen Teilverfügung zu entscheiden ist, wenn das betroffene Unternehmen das Vorhandensein solcher Vorschriften rechtzeitig, substantiiert und nicht offensichtlich unbegründet behauptet⁸⁶.

⁸⁰ Akte Nr. 55 und 56.

⁸¹ RPW 2003/2, S. 387 ff., S. 401.

⁸² RPW 2004/1, S. 205 ff., S. 227.

⁸³ Urteil 2A.492/2002 vom 17. Juni 2003, E. 5.2.3; RPW 2003/3 S. 695.

⁸⁴ Alfred Kölz/Isabelle Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Auflage Zürich 1998, S. 185, Rz. 511.

⁸⁵ Ulrich Zimmerli/Walter Kälin/Regina Kiener, *Grundlagen der öffentlichen Verfahrensrechts*, Bern 1997, S. 47.

⁸⁶ Urteil 2A.492/2002 vom 17. Juni 2003, E. 5.2.3; RPW 2003/3 S. 695.

55. In der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den dem KG vorbehaltenen Vorschriften⁸⁷ wird zu Art. 3 Abs. 1 lit. a KG mit Blick auf die zitierten Gesetzesmaterialien und Lehrmeinungen unter anderem Folgendes festgehalten: Für das Vorliegen einer staatlichen Markt- und Preisordnung nach Art. 3 Abs. 1 lit. a KG wird vorausgesetzt, dass es bei ihrer Schaffung tatsächlich die Absicht des Gesetzgebers war, das Wettbewerbsprinzip für den fraglichen Wirtschaftsbereich auszuschalten. Soweit jedoch die staatliche Markt- oder Preisordnung eines wirtschaftlichen Teilbereichs für wettbewerbliches Verhalten und damit die Anwendung wettbewerbsrechtlicher Kriterien Raum lässt, ist das KG anwendbar⁸⁸. In dem Sinne darf nicht jede Norm zu einer Ausschaltung des Wettbewerbsprinzips auf dem fraglichen Markt führen, sondern muss, wenn die gesetzliche Regelung noch Raum für die Anwendung wettbewerbsrechtlicher Prinzipien lässt, dieser auch ausgefüllt werden⁸⁹.

56. Vorschriften, welche gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. a KG eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, sind solche, die den Wettbewerb in einem Wirtschaftsbereich praktisch völlig ausschliessen, wie dies beispielsweise bei gewissen Bestimmungen im Landwirtschaftsbereich der Fall sein kann⁹⁰. Von einer staatlichen Markt- oder Preisordnung ist auszugehen, wenn die massgeblichen ökonomischen Parameter durch das öffentliche Recht festgelegt sind⁹¹.

57. Im Folgenden wird abgeklärt, ob die fernmelderechtlichen Regulierungen der Interkonnektion als vorbehaltene Vorschriften nach Art. 3 Abs. 1 lit. a KG zu qualifizieren sind. Dazu ist vorweg festzuhalten, dass das Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (FMG) im Wesentlichen der Liberalisierung von Telekommunikationsdienstleistungen und der Öffnung der Telekommunikationsmärkte dient. Dementsprechend besagt der Zweckartikel des FMG, dass das Gesetz insbesondere einen wirksamen Wettbewerb beim Erbringen von Fernmeldediensten ermöglichen soll (Art. 1 Abs. 2 lit. c FMG). Eines der Hauptziele des FMG war damit eben nicht das Ausschliessen des Wettbewerbsprinzips, sondern das Schaffen von Wettbewerb im Telekommunikationsbereich. Nachdem sowohl das KG wie auch das FMG die Liberalisierung und die Förderung wirksamen Wettbewerbs zum Ziel haben, wäre es paradox anzunehmen, die Gesetzgebung betreffend die Telekommunikation solle dazu führen, eine staatliche Markt- oder Preisordnung zu begründen, welche die Anwendung des KG ausschliessen würde⁹².

58. Die in Frage stehenden fernmelderechtlichen Bestimmungen zur Interkonnektion sind insbesondere die Nachstehenden: Interkonnektion bedeutet

⁸⁷ Insbesondere BGE in Sachen *Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)*, BGE 129 II 497, E. 3.3.1; RPW 2003/4 S. 925.

⁸⁸ Botschaft zu einem Kartellgesetz, BBI 1995 468 ff., S. 539.

⁸⁹ Jürg Borer, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 2005, Rz. 2 zu Art. 3.

⁹⁰ Benoît Carron, in: Tercier/Bovet (Hrsg.), *Droit de la concurrence, Commentaire romand*, Basel 2002, Rz. 29 ff. zu Art. 3; Bruno Schmidhauser, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, Zürich 1997, Rz. 8 zu Art. 3.

⁹¹ Rolf H. Weber, in: von Büren/David (Hrsg.), *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. V/2, Kartellrecht*, Basel 2000, S. 47.

⁹² Vgl. mit weiteren Hinweisen auf die Literatur: Pierre-Alain Killias/Caroline Paquier, *Quelques aspects de l'interface entre droit de télécommunications et législation sur la concurrence*, in: *Le droit de télécommunications en mutation*, Bertil Cottier (Hrsg.), Fribourg 2001, S. 325.

gemäss Art. 3 lit. e FMG die Verbindung von Fernmeldeanlagen und Fernmeldediensten, die ein fernmeldetechnisches und logisches Zusammenwirken der verbundenen Teile und Dienste sowie den Zugang zu Diensten Dritter ermöglicht. Aus einer aus Art. 11 Abs. 2 FMG fliessenden Verpflichtung zur Interoperabilität, mithin einem Kontrahierungszwang, ist nach der Rechtsprechung der REKO/WEF nicht das Vorliegen einer dem Kartellgesetz vorbehaltenen Vorschrift abzuleiten⁹³.

59. Im FMG ist Art. 11 die grundlegende Bestimmung der Interkonnektionsregulierung. Die Bestimmungen zur Interkonnektion werden in Art. 40 ff. der Verordnung über Fernmeldedienste (FDV) konkretisiert. Art. 11 Abs. 1 FMG sieht vor, dass marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten andern Anbieterinnen von Fernmeldediensten nach den Grundsätzen einer transparenten und kostenorientierten Preisgestaltung auf nichtdiskriminierende Weise Interkonnektion gewähren müssen.

60. Für die Interkonnektion gilt dabei das sog. Verhandlungsprimat der Unternehmen. Erst wenn innert drei Monaten zwischen der zur Interkonnektion verpflichteten Anbieterin und der Anfragerin keine Einigung zustande kommt, verfügt die Kommission (ComCom) auf Antrag des Bundesamtes (Bakom) die Bedingungen nach markt- und branchenüblichen Grundsätzen (Art. 11 Abs. 3 FMG). Nur wenn sich die beteiligten Unternehmen nicht auf dem Verhandlungsweg einigen können, kann es überhaupt zu einer Verfügung der ComCom kommen. Im Rahmen eines solchen Interkonnektionsverfahrens hat das Bundesamt die Weko zu konsultieren, wenn die Frage der Marktbeherrschung zu beurteilen ist (Art. 11 Abs. 3 FMG).

61. Das Bundesgericht hat sich bereits mehrfach zur Frage des Verhältnisses von sektorspezifischen Regulierungsbehörden und Wettbewerbsbehörden, insbesondere auch bezüglich des Zusammenspiels von KG und FMG geäussert. In Sachen Commcare vs. Swisscom hat das Bundesgericht ausgeführt, dass auch im Fernmeldebereich das Kartell-, Wettbewerbs- und Preisüberwachungsrecht gilt. Die Interkonnektionspflicht bildet lediglich eine besondere sektorspezifische Regelung, die zur übrigen preis- und wettbewerbsrechtlichen Ordnung hinzutritt und diese nicht ausschliesst⁹⁴. Diese Aussage des Bundesgerichts stützt sich auf die einschlägigen Lehrmeinungen⁹⁵.

62. Mit Verweis auf den Commcare-Entscheid hat das Bundesgericht in einer späteren Entscheidung zur rundfunkrechtlichen Regulierung festgehalten, dass es bereits im Zusammenhang mit der Interkonnektionsregelung im Fernmelderecht festgestellt habe, dass eine solche sektorspezifische Regulierung zur allgemei-

⁹³ RPW 2003/4, S. 843 ff., E. 4.3.5.

⁹⁴ Urteil 2A.503/2000 vom 3. Oktober 2001, E. 6.c.

⁹⁵ Vgl. u.a. Patrik Ducrey, *Libéralisation des télécommunications et droit de la concurrence - Application du nouveau droit suisse de la concurrence*, in: *Libéralisation des télécommunications. Concentrations d'entreprises*, Journée du droit de la concurrence 1998, Zürich 1999, S. 19 ff.; Peter Fischer, *Die Liberalisierung des Schweizer Telekommunikationsmarktes - eine Standortbestimmung*, in: *Libéralisation des télécommunications. Concentrations d'entreprises*, Journée du droit de la concurrence 1998, Zürich 1999, S. 40; Rudolf Rentsch, *Deregulierung durch Wettbewerbsrecht*, Basel 2000, S. 20.

nen preis- und wettbewerbsrechtlichen Ordnung hinzutrete und diese nicht ausschliesse; Fernmelderecht und Wettbewerbsrecht kämen parallel nach ihren jeweiligen Kriterien zur Anwendung, ohne dass das eine dem anderen vorgeinge⁹⁶.

63. Spezifisch für die vorliegende Untersuchung hat zudem die REKO/WEF in ihren Beschwerdeentscheiden vom 6. Februar 2004 festgehalten, dass aus den gesetzlichen Bestimmungen [der Interkonnektion gemäss FMG] nicht auf einen Vorbehalt im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. a KG geschlossen werden kann. Diese Vorschriften hätten nicht zum Ziel, den Wettbewerb auszuschliessen, sondern diesen zu ermöglichen⁹⁷.

64. Im Weiteren ist an dieser Stelle festzuhalten, dass Tele2 ihr die MF-Terminierung betreffendes Gesuch um Interkonnektion, welches von den betroffenen MFA zum Anlass genommen wurde, die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden zu bestreiten, mittlerweile zurückgezogen hat⁹⁸. Selbst wenn ein neues derartiges Gesuch hängig gemacht würde, wäre dies, wie vorstehend begründet, auch kein Grund, um die Anwendung des KG auszuschliessen.

65. In diesem Zusammenhang ist überdies zu erwähnen, dass das Bakom bzw. die ComCom, welche nach Auffassung der MFA in dieser Angelegenheit offenbar ausschliesslich zuständig sein sollen, ebenfalls die Auffassung vertreten, dass keine Gründe gegen eine Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden und eine Anwendung des KG vorliegen⁹⁹.

66. Es ist zusammenfassend festzuhalten, dass aus der relativ umfassenden Rechtsprechung des Bundesgerichts¹⁰⁰ und dessen Vorinstanzen sowie den einschlägigen Lehrmeinungen deutlich hervorgeht, dass betreffend die MF-Terminierung keine vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG bestehen. Dies gilt insbesondere auch für die fernmelderechtliche Interkonnektionsregulierung (Art. 11 FMG), welche nicht als vorbehaltene Vorschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG zu qualifizieren ist.

B.4 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

67. 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).

⁹⁶ Urteil 2A.142/2003 vom 5. September 2003.

⁹⁷ RPW 2004/1, S. 204 ff., E. 6.2.

⁹⁸ Vgl. Vernehmlassung der Weko vom 13. März 2003, Akte Nr. 69, S. 2.

⁹⁹ Schreiben des Bakom vom 20. Dezember 2002, Akte Nr. 29 und Schreiben der ComCom vom 6. Juli 2005, Akte Nr. 246.

¹⁰⁰ Insbesondere: Urteil 2A.503/2000 vom 3. Oktober 2001, E. 6.c.; Urteil 2A.142/2003 vom 5. September 2003.

B.4.1 Marktbeherrschende Stellung von Orange, Sunrise und SCM?

68. 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).

69. Ein MFA wird sich von anderen Marktteilnehmern nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können, wenn er sich ausreichend starker aktueller oder potentieller Konkurrenz gegenübersteht. Im vorliegenden Fall ist ebenfalls zu prüfen, ob sich ein MFA anderen möglicherweise disziplinierenden Faktoren gegenübersteht. Um dies zu prüfen, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

B.4.1.1 Der relevante Markt

B.4.1.1.1 Sachlich relevanter Markt

70. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 lit. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 [VKU; SR 251.4], der hier analog anzuwenden ist). Zurückgegriffen werden kann dabei auf die diesbezügliche Rechtsprechung zum Kartellgesetz, insbesondere auf die Erkenntnisse aus der Untersuchung der Wettbewerbskommission zum MF-Markt¹⁰¹, sowie vergleichbare Analysen im Bereich Mobilfunk anderer, im Speziellen europäischer Behörden (vgl. Rz. 73 unten).

71. Der relevante Markt ist grundsätzlich aus der Optik der Marktgegenseite zu beurteilen. Die Marktgegenseite bilden im vorliegenden Fall sämtliche FDA, welche Telefoniedienstleistungen an Endkunden anbieten. Diese müssen sicherstellen, dass von jedem ihrer Anschlüsse aus auf die MF-Netze von Orange, Sunrise und SCM angerufen werden kann. Alle FDA, welche Telefoniedienstleistungen anbieten wollen, müssen daher bei Orange, Sunrise und SCM die jeweilige Terminierung "einkaufen", um eigene Dienste für ihre Kunden anbieten zu können.

72. Alle FDA, welche die Terminierung in das Netz des jeweiligen MFA nachfragen, haben bezüglich dieser Dienstleistung keine Ausweichmöglichkeiten. Gilt es Kunden eines bestimmten MFA zu erreichen, kann die Terminierung in das Netz dieses MFA nur bei diesem nachgefragt werden. Daraus folgt mit Blick auf die Kriterien der Marktabgrenzung nach Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU, dass hinsichtlich der Eigenschaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks keine andere Dienstleistung als Substitut zur Terminierung besteht. Mangels Austauschbarkeit mit anderen Gütern ist von einem sachlich relevanten Markt aus-

¹⁰¹ RPW 2001, S. 97.

zugehen, welcher in ein MF-Netz eingehende Sprach-Fernmeldedienste, also die Terminierung in ein MF-Netz eines Anbieters umfasst. Für den hier untersuchten Zeitraum heisst dies, dass drei sachlich relevante Märkte vorliegen, nämlich die Terminierung in das Netz von Orange, von Sunrise und von SCM.

73. Diese Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes (Wholesale-Markt für in ein MF-Netz eingehende Fernmeldedienste im Bereich der Sprachtelefonie bzw. die Terminierung von Anrufen in ein MF-Netz) entspricht der Praxis der Weko und ist international üblich. In ihrer am 3. Dezember 2001 abgeschlossenen Untersuchung zum Mobilfunkmarkt ist die Weko bereits von dieser Markt-abgrenzung ausgegangen¹⁰². Diese Markt-abgrenzung wird im Übrigen auch von der Europäischen Union (EU) im Rahmen ihrer sich auf wettbewerbsrechtliche Prinzipien stützende Ex-ante-Regulierung vorgenommen¹⁰³. Ein Rückgriff auf die Analysen der EU bietet sich an, da im Zusammenhang mit dem Rechtsrahmen für elektronische Kommunikation die relevanten Märkte nach wettbewerbsrechtlichen Kriterien der europäischen Behörden abgegrenzt werden. Die schweizerische Gesetzgebung und Praxis orientiert sich diesbezüglich an der Regulierung und Rechtsprechung der EU. Ferner haben verschiedene Regulierungs- bzw. Wettbewerbsbehörden in Europa die Märkte in dieser Weise abgegrenzt. Zu den Staaten, in denen die sektorspezifische Regulierungsbehörde eine entsprechende Markt-abgrenzung vorgenommen hat, gehören u.a. Grossbritannien, Irland, Schweden, Griechenland und Österreich, worauf nachfolgend zurückzukommen ist (siehe Rz. 206 unten).

74. Nachfolgend wird diese Markt-abgrenzung (Wholesale-Markt für in ein MF-Netz eingehende Fernmeldedienste im Bereich der Sprachtelefonie) anhand verschiedener wettbewerbsrechtlicher Kriterien und mit Bezug auf die von den Parteien vorgebrachten Argumente zur Markt-abgrenzung überprüft.

B.4.1.1.1 Ausgangspunkt Terminierung

75. Die Terminierung von Anrufen in einem Telefonnetzwerk ist eine von vielen Dienstleistungen, welche von jedem Betreiber eines Telefonnetzes mit eigenen Endkunden angeboten wird. Die Terminierung stellt sicher, dass ein Anruf zu einem ganz bestimmten Anschluss weitergeleitet wird und von dem entsprechenden Endkunden entgegengenommen werden kann. Würde nicht terminiert, könnte niemand am Telefon erreicht werden und der Telefonanschluss wäre ohne Nutzen.

76. Die Terminierung in MF-Netze ist von Gesetzes wegen zu erstellen und kann von einem MFA grundsätzlich nicht verweigert werden. Art. 11 Abs. 2 FMG hält fest, dass wer Dienste der Grundversorgung nach Artikel 16 FMG anbietet,

¹⁰² RPW 2002/1, S.97, Rz. 88 ff.

¹⁰³ Empfehlung der Kommission vom 11. Februar 2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, Marktdefinition Nummer 16. Ebenfalls Christian Koenig, Ingo Vogelsang, Kay Winkler, Marktregulierung im Bereich der Mobilfunkterminierung, in: K&R Beilage 6/2005, S. 1 – 31.

die Kommunikationsfähigkeit zwischen allen Benutzern dieser Dienste sicherstellen muss. Die Terminierung in MF-Netze bildet einen Bestandteil des öffentlichen Telefondienstes. Sie ist mithin als fernmeldetechnische Sprachübertragung in Echtzeit nach Art. 16 Abs. 1 lit. a FMG und damit als Dienst der Grundversorgung anzusehen. Eine Verpflichtung zur Interoperabilität respektive zur Interkonnektion besteht gemäss Art. 11 Abs. 2 FMG auch dann, wenn ein Anbieter keine marktbeherrschende Stellung hat und nicht Grundversorgungskonzessionärin ist. Da die Terminierung in MF-Netze als Dienst der Grundversorgung zu qualifizieren ist, sind auch MFA zur Interoperabilität verpflichtet¹⁰⁴. Im Rahmen der Interkonnektion zur Sicherstellung der Interoperabilität (Art. 11 Abs. 2 FMG) besteht gestützt auf Art. 11 Abs. 3 FMG die Möglichkeit der Festlegung der Preise nach markt- und branchenüblichen Bedingungen. Demgegenüber besteht die Möglichkeit einer kostenorientierten Preisgestaltung nach Art. 11 Abs. 1 FMG nur im Falle des Vorliegens einer Marktbeherrschung.

B.4.1.1.1.2 Eingrenzung des relevanten Marktes

77. Ausgangspunkt für die Überprüfung der Definition der sachlich relevanten Märkte ist eine Beschreibung der Merkmale der Endkundenmärkte unter Berücksichtigung der Substitutionsmöglichkeiten auf der Angebots- und der Nachfrageseite. Damit werden die aus Sicht der Endkunden (Retail-Märkte) substituierbaren Produkte bestimmt. Nach der Definition der Endkundenmärkte sind unter Umständen die relevanten Grosskundenmärkte (Wholesale-Märkte) festzulegen. Dabei handelt es sich um Märkte für die Bereitstellung von Produkten an Unternehmen, die Endbenutzer bedienen möchten, während auf Endkundenmärkten Endkunden Dienste von den dort tätigen Unternehmen nachfragen¹⁰⁵. Zwischen Retail- und Wholesale-Märkten ist grundsätzlich zu differenzieren, wenn sich die Nachfrage bezüglich Eigenschaften und Verwendungszweck in erheblichem Ausmass unterscheidet¹⁰⁶. Die Retail-Ebene besteht vorliegend aus Endkunden (Personen), welche MF-Dienstleistungen in Anspruch nehmen. Auf der Wholesale-Ebene fragen FDA (Unternehmen) die Terminierung nach, um die Anrufe auf die entsprechenden Netzwerke für ihre eigenen Kunden sicherzustellen.

78. Nachfolgend wird zunächst in einem weiten Sinn von sämtlichen Telekommunikationsdienstleistungen ausgegangen, insbesondere unter Einschluss von Mobilfunk-, Datenübertragungs- und Festnetzdiensten. Es werden anschliessend anhand von Produkteigenschaften folgende Begriffspaare mit Bezug auf die von den Parteien geltend gemachten Argumente hinsichtlich ihrer Substituierbarkeit im Sinne von Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU einander gegenübergestellt:

¹⁰⁴ Peter Fischer/Oliver Sidler, in: Informations- und Kommunikationsrecht, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band V, Rolf H. Weber (Hrsg.), S. 162.

¹⁰⁵ Empfehlung der Kommission der europäischen Gemeinschaften über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG, ABl. L 114 vom 8. Mai 2003, S. 45 ff.

¹⁰⁶ RPW 2002/1, S. 118 f.

- I. Telefonie / Daten
- II. Festnetz / MF-Netz
- III. Eingehende / ausgehende Dienstleistungen
- IV. Retail / Wholesale

79. Die Begriffspaare beinhalten je zwei Bereiche, welche auf eine mögliche Substituierbarkeit überprüft werden. Im Folgenden wird jedes Begriffspaar in einem eigenen Kapitel einzeln untersucht. Dabei wird insbesondere zu prüfen sein, ob gewisse Technologien aus dem relevanten Markt ausgeschlossen werden können.

I. Telefonie / Daten

80. SCM macht in ihren Stellungnahmen vom 25. Juli 2005¹⁰⁷, vom 22. Mai 2006¹⁰⁸ und vom 15. Dezember 2006¹⁰⁹ geltend, die Trennung von Sprach- und Datenübertragung sei künstlich, da diese Unterscheidung vernachlässige, dass nicht in allen Fällen entscheidend sei, dass eine Information sofort übermittelt und vom Empfänger zeitgleich empfangen werden könne. Sunrise macht diesbezüglich in ihrer Eingabe vom 25. Juli 2005¹¹⁰ geltend, dass die Grenzen zwischen dem Telefonieren und dem Transfer von Daten bereits heute verwischt und in wenigen Jahren nicht mehr erkennbar seien. Die Schlussfolgerung, dass für das Telefonieren ein eigenständiger Markt ausgeschieden werden könne, sei deshalb weder substantiiert- noch haltbar.

81. Telefonieren ist Sprachkommunikation in Echtzeit über eine Distanz. Dazu können verschiedene Technologien zur Anwendung gelangen. Zu den wichtigsten gehören die Festnetze, die MF-Netze und das Internet (sog. VoIP). Beim Transfer von Daten werden Informationen über eine Leitung von einem Endgerät auf ein anderes übertragen. Dazu ist es nicht notwendig, dass die Empfängerperson anwesend ist. Es muss nicht einmal das empfangende Gerät eingeschaltet sein. In einem solchen Fall werden die Daten zwischengespeichert, bis das Endgerät wieder empfangsbereit ist. Zu den gängigen Möglichkeiten Daten zu übermitteln gehören E-Mails, SMS, MMS, Fax und Ähnliches. Vorliegend stellt sich insbesondere die Frage, ob der Transfer von Daten ein geeignetes Substitut zu einem Telefonat in Echtzeit darstellen kann.

82. SCM vertritt in ihrer Stellungnahme vom 25. Juli 2005¹¹¹ die Auffassung, dass Substitutionsmöglichkeiten durch alternative Kommunikationsmittel bestünden, weshalb der sachlich relevante Markt deutlich weiter gefasst werden müsse. Alternative Kommunikationsmittel seien z.B. Instant Messaging, Weblogs, E-Mail, Mobile Chat und SMS.

¹⁰⁷ Akte Nr. 250.

¹⁰⁸ Akte Nr. 341.

¹⁰⁹ Akte Nr. 374. Rz. 53.

¹¹⁰ Akte Nr. 251.

¹¹¹ Akte Nr. 250.

83. Ob ein Anruf mit einem SMS oder E-Mail substituiert werden kann, hängt von der zu übermittelnden Information und der aktuellen Situation der beteiligten Personen ab. Eine Information wie die Ankunftszeit an einem Treffpunkt kann durchaus über ein SMS erfolgen. Sind hingegen z.B. noch der genaue Treffpunkt selbst oder die Ziele eines Treffens zu bestimmen, ist ein Anruf zweckmässiger, womit weder SMS noch E-Mail als Substitute in Frage kommen. Gewisse Informationen lassen sich hingegen nur mit Hilfe von E-Mails, MMS oder SMS transferieren. Dazu gehören beispielsweise Bilder oder andere elektronische Dokumente.

84. So hat jede technische Möglichkeit, Informationen auszutauschen, verschiedene besondere Eigenschaften. Klar ist jedoch, dass es für einen Benutzer einen erheblichen Unterschied macht, ob er angerufen wird, oder ob er Daten erhält. Daten müssen nicht sofort gelesen werden, sie können zu einem späteren Zeitpunkt eingesehen werden und können über längere Zeit gespeichert werden. Ein Anruf muss jedoch sofort, wenn das Telefon klingelt, entgegengenommen werden, soll ein Gespräch zustande kommen. Zu einem späteren Zeitpunkt kann nur dann zurückgerufen werden, wenn sich der Anrufende durch Bekanntgabe seiner Nummer zu erkennen gibt.

85. Auch wenn eine Preiserhöhung im Bereich des Telefonierens die Nachfrage nach Telefonieren verringern würde, so würde dies nur zu einem geringen Teil zu einer Erhöhung des Datenaufkommens führen. Es würde lediglich weniger telefoniert, da die Nachfrage mit steigendem Preis fällt.

86. Aufgrund der grundsätzlich unterschiedlichen Eigenschaften des Telefonierens als Sprachkommunikation gegenüber den verschiedenen Möglichkeiten des Transfers von Daten, kann für das Telefonieren ein eigenständiger Markt ausgedehnt werden.

II. Festnetz / MF-Netz

87. SCM macht in ihren Stellungnahmen vom 25. Juli 2005¹¹², vom 22. Mai 2006¹¹³ und vom 15. Dezember 2006¹¹⁴ geltend, dass mobile und fixe Telefonie zugleich Komplemente und Substitute seien, wobei die Substitutionsbeziehungen zunehmen würden. Ausgehend von der reinen Sprachtelefonie (ohne Daten), stellt sich die Frage, ob das Telefonieren mittels Mobiltelefon durch das Telefonieren über das Festnetz substituiert werden kann. In ihrer Eingabe vom 9. März 2004 schreibt SCM jedoch: „..... Wie bereits in der vorangegangenen Untersuchung ... herausgearbeitet wurde, sind Preise generell nie das ausschlaggebende Argument ... Es erstaunt deshalb nicht, dass demgegenüber ein sehr wichtiges Argument für die Wahl eines bestimmten MFA die Netzabdeckung, d.h. die Netzqualität ist. Sie macht ja den Mehrwert gegenüber dem Festnetz aus, da sie die ständige Erreichbarkeit garantiert. Daher entscheiden sich trotz

¹¹² Akte Nr. 250.

¹¹³ Akte Nr. 341.

¹¹⁴ Akte Nr. 374. Rz. 54.

höherer Preise denn auch sehr viele Kunden für die Swisscom Mobile ..." ¹¹⁵ Damit erläutert SCM den Mehrwert der Mobiltelefonie gegenüber dem Festnetz und stützt selber die Unterscheidung zwischen Fest- und MF-Netz.

88. Sunrise widerspricht in ihrer Eingabe vom 25. Juli 2005 ¹¹⁶ ebenfalls den Folgerungen, wonach die Eigenschaften des Telefonierens mittels Mobiltelefon und Festnetz derart verschieden und vor allem überhaupt zu unterscheiden wären, als dass für das Telefonieren über ein Mobiltelefon ein eigenständiger Markt ausgeschieden werden könnte.

89. Im Falle einer Person, welche sich z.B. in einem Büro befindet und sowohl über einen Festnetz- als auch über einen MF-Anschluss verfügt, kann ein Anruf auf das Mobiltelefon durch einen Anruf auf einen Festnetzanschluss ersetzt werden, solange die Person anwesend ist. Wenn sich die entsprechende Person am Arbeitsplatz befindet, kann sie telefonisch erreicht werden und jederzeit selbst einen Anruf tätigen. Diesbezüglich drängt sich die Frage auf, warum die betreffende Person in dieser Situation überhaupt ein Mobiltelefon besitzt. Dies insbesondere im Hinblick auf die wesentlich höheren Tarife im Bereich Mobilfunk, verglichen mit denjenigen im Festnetz. Das Mobiltelefon stiftet folglich selbst einem Büroangestellten, welcher in der Regel Zugriff auf einen Festnetzanschluss hat, zusätzlichen Nutzen (z.B. Erreichbarkeit ausserhalb seines Arbeitsplatzes), welcher nicht durch den vergleichsweise günstigeren Festnetzanschluss erzielt werden kann. Für Personen, welche sich nicht mehrheitlich in der Nähe eines Festnetzanschlusses aufhalten und auf Kommunikation angewiesen sind, ist ein MF-Anschluss häufig notwendig.

90. Ein MF-Anschluss erwirbt sich derjenige, welcher

- erstens die Möglichkeit haben will, jemanden anrufen zu können, wann und wo immer er will, und
- zweitens telefonisch erreichbar sein möchte, wann und wo immer er will.

Dies sind die beiden Eigenschaften, welche einen MF-Anschluss in Bezug auf das Telefonieren fundamental von einem Festnetzanschluss unterscheiden. Sunrise unterstützt diese Sichtweise in ihrer Stellungnahme vom 25. Juli 2005 ¹¹⁷ explizit.

91. Ein weiterer wichtiger Unterschied besteht darin, dass ein MF-Anschluss personenbezogen ist, während ein Festnetzanschluss auf einen Ort bezogen ist. Über einen MF-Anschluss wird in der Regel direkt die Zielperson erreicht. Bei einem Festnetzanschluss ist möglicherweise die Adresse oder der Ort bekannt, wo sich der Anschluss befindet; ob die Zielperson über diesen Anschluss erreicht werden kann, ist davon abhängig, ob die Person sich bei dem entsprechenden Festnetzanschluss aufhält oder nicht. Ferner ist beim Anruf auf einen Festnetz-

¹¹⁵ Antwort auf Frage 34 des Fragebogens vom 29. November 2002, Akte Nr. 122, S.32.

¹¹⁶ Akte Nr. 251.

¹¹⁷ Akte Nr. 251.

anschluss häufig nicht bekannt, wer den Anruf entgegennimmt, während ein Anruf auf ein Mobiltelefon fast ausschliesslich vom Inhaber der Nummer entgegengenommen wird.

92. Es ist daher nicht davon auszugehen, dass der MF-Anschluss im Allgemeinen durch einen Festnetzanschluss substituiert werden kann. Der Grund, warum in der Schweiz im Bereich Mobilfunk eine Marktdurchdringung von 91.6%¹¹⁸ Realität geworden ist, obwohl fast jeder Haushalt und jedes Büro über mindestens einen Festnetzanschluss verfügt, kann nur darin bestehen, dass ein MF-Anschluss eben nicht durch einen Festnetzanschluss substituiert werden kann. Aufgrund der unterschiedlichen Eigenschaften ist davon auszugehen, dass der Mobilfunk nicht durch das Festnetz substituiert werden kann.

93. Es kann in diesem Zusammenhang von einer asymmetrischen Substitution gesprochen werden. Das Festnetz kann von einem Mobiltelefon in gewissen Fällen substituiert werden, jedoch nicht umgekehrt. Dies eben weil das Mobiltelefon überall hin mitgenommen werden kann. Wenn das Telefonieren mit dem Mobiltelefon gleich viel kosten würde wie das Telefonieren mit einem Festnetzanschluss, so würde wahrscheinlich mit dem Mobiltelefon deutlich mehr telefoniert werden als heute mit dem Festnetz. Diese Aussage wird auch von der Fernmeldestatistik des Bakom bestätigt. Daraus geht hervor, dass im Jahr 2004 ein durchschnittlicher Festnetzanruf 3.39 Minuten (im Jahr 2005: 3.38), ein Anruf mit dem MF-Telefon hingegen nur gerade 1.51 Minuten (im Jahr 2005: 1.56) dauerte¹¹⁹. Die deutlich kürzere Dauer zeigt, dass die beiden Technologien verschieden zum Einsatz gelangen: mit einem MF-Anruf wird unterwegs nur das Nötigste mitgeteilt, längere Gespräche erfolgen in der Regel über den günstigeren Festnetzanschluss.

94. Eine Preiserhöhung im Bereich des Telefonierens mit einem Mobiltelefon würde die Nachfrage nach mobilen Telefonieren verringern, aber dies würde nur zu einem geringen Teil zu einer Substitution durch das Festnetz und damit zu einer Zunahme des Telefonierens über einen Festnetzanschluss führen. Voraussichtlich würde lediglich weniger mit Mobiltelefonen telefoniert. Die deutlich höheren Preise im Bereich Mobilfunk und die Bereitschaft vieler Endkunden, diese trotz vorhandenem Festnetzanschluss auch zu bezahlen, ist ein Indiz dafür, dass ein Festnetzanschluss nicht als Substitut für einen MF-Anschluss angesehen werden kann.

95. An dieser Stelle ist darauf zurückzukommen, dass SCM in ihrer Stellungnahme vom 25. Juli 2005¹²⁰ auch geltend macht, dass Substitutionsmöglichkeiten durch alternative Kommunikationsmittel bestünden, weshalb der sachlich relevante Markt deutlich weiter gefasst werden müsse. Alternative Kommunikationsmittel seien z.B. VoIP-Dienste (z.B. Skype) oder Dual Mode Telefone (z.B. Telefonieren über WLAN Hotspots an öffentlichen Orten). Hierzu ist zu erwähnen, dass VoIP-Dienste wie z.B. Skype in aller Regel von einem breitbandfähigen

¹¹⁸ Fernmeldestatistik 2005, S. 35, www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00744/00746.

¹¹⁹ Fernmeldestatistik 2005, S. 40 www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00744/00746.

¹²⁰ Akte Nr. 250.

Festnetzanschluss ausgetätigt werden, weshalb solche mit Blick auf die vorstehenden Ausführungen nicht als Substitute in Frage kommen. Sollten VoIP-Dienste ausnahmsweise über einen WLAN Hotspot angeboten werden, kann dies ebenfalls nicht als Substitut zum MF-Netz angesehen werden, da die Abdeckung mit WLAN nur punktuell ist und die Verbindungsqualität gering ist.

96. Aufgrund der grundsätzlich unterschiedlichen Eigenschaften des Telefonierens mittels Mobiltelefon und Festnetz ist für das Telefonieren über ein Mobiltelefon im Rahmen der Marktabgrenzung nach Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU ein eigenständiger Markt auszuscheiden.

III. Eingehende / ausgehende Dienstleistungen

97. SCM macht in ihren Stellungnahmen vom 25. Juli 2005¹²¹, vom 22. Mai 2006¹²² und vom 15. Dezember 2006¹²³ geltend, dass die Trennung von in ein Netz eingehende und aus einem Netz abgehende Anrufe als zwei separate Märkte künstlich sei.

98. Wie in Rz. 90 oben erläutert, gibt es zwei wichtige Gründe über ein Mobiltelefon zu verfügen: erstens die Erreichbarkeit und zweitens die Möglichkeit jemanden anzurufen. Diese beiden Dienstleistungen sind von der Art und vom Preis her sehr unterschiedlich.

99. In der Schweiz wie auch in sämtlichen anderen europäischen Staaten gilt das sog. cpp-Prinzip (calling party pays). Dies bedeutet, dass nur derjenige, welcher einen Anruf durch die Wahl einer Nummer auslöst, etwas bezahlt. Wenn also ein MF-Abonnent einen Anruf erhält, muss er nichts bezahlen. Jemanden anzurufen ist also relativ teuer, wohingegen angerufen zu werden im Normalfall kostenlos ist. Eine Ausnahme bildet der Spezialfall, in welchem der betreffende Abonnent sich im Ausland befindet. Dann kommen international die sog. Roaming-Gebühren zum Tragen, bei denen auch der Angerufene z.T. hohe Minutenentgelte bezahlt.

100. Bei gewissen Anrufen kann davon ausgegangen werden, dass die Richtung, in die der Anruf getätigt wird, und damit, wer die Verbindung bezahlt, weniger von Bedeutung ist. Beide Richtungen könnten in diesem Spezialfall als Substitute betrachtet werden. Wenn jemand mit einem Bekannten ein längeres Gespräch führt, so ist es häufig unerheblich, wer wen angerufen hat. Wenn zu einem bestimmten Zeitpunkt das Bedürfnis nach Kommunikation von beiden Seiten vorhanden ist, so kann es im Einzelfall Zufall sein, wer wen anruft. Jedoch spielt es schlussendlich doch eine Rolle, wer die Rechnung erhält. In der Mehrheit der Fälle dürfte die Initiative für den Anruf von einer Seite ausgehen, so dass zwischen Anrufen und Angerufenwerden unterschieden werden muss.

¹²¹ Akte Nr. 250.

¹²² Akte Nr. 341.

¹²³ Akte Nr. 374. Rz. 57.

101. Wird ein Anruf vom Festnetz auf ein Mobiltelefon (F2M-Anruf) mit dem entsprechenden Anruf vom Mobiltelefon aufs Festnetz (M2F-Anruf) verglichen, so ist zu berücksichtigen, dass faktisch beide Preise von einer Unternehmung festgelegt werden, nämlich vom MFA. Dieser legt den Retail-Preis für seine M2F (bzw. M2M) und gleichzeitig auch die Terminierungsgebühr fest. Da Letztere für den Festnetzanbieter der grösste Kostenfaktor ist, hat dieser sehr wenig Spielraum in der Wahl seines Retail-Preises für F2M-Anrufe, da er in aller Regel die Terminierungsgebühr und seine eigene Kosten dem Endkunden in Rechnung stellt. So hat es der MFA in der Hand, ob er grosse oder kleine Preisunterschiede zwischen den in sein MF-Netz ein- und ausgehenden Anrufen haben will. Würde der Unterschied sehr gross, so könnte davon ausgegangen werden, dass mehr sog. Lockvogelanrufe oder SMS mit dem Inhalt "ruf mich an" erfolgen würden.

102. In Bezug auf eingehende Fernmeldedienste ist zudem die Wholesale-Ebene zu erwähnen. Damit ein MF-Kunde angerufen werden kann, müssen die FDA die Terminierung bei dem entsprechenden MFA kaufen. In ein MF-Netz eingehende Anrufe werden von FDA als Marktgegenseite auf der Wholesale-Ebene nachgefragt, um auf ihren Festnetzanschlüssen die F2M-Anrufe sicherzustellen. Technisch gesehen handelt es sich aus Sicht eines FDA bei der Terminierung um eine eigenständige Dienstleistung mit bestimmten Eigenschaften, welche nicht durch andere Dienstleistungen ersetzt werden kann. Wenn ein FDA Telefoniedienstleistungen anbieten möchte, so ist er darauf angewiesen, bei allen MFA der Schweiz die Terminierung zu kaufen, damit seine Kunden jedes MF-Netz erreichen können. So entsteht für den MF-Kunden der zusätzliche Nutzen, dass er angerufen werden kann und folglich erreichbar ist, was als zusätzliche und eigenständige Dienstleistung des MFA anzusehen ist. Anrufe, die von einem MF-Anschluss ausgehen, werden auf der Retail-Ebene von MF-Endkunden nachgefragt, die mit ihrem Mobiltelefon eine andere Person erreichen möchten.

103. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass es mit sog. Pagern Geräte gibt, welche nur in der Lage sind, anzuzeigen, dass jemand versucht hat anzurufen. Jedes Mobiltelefon ist im Prinzip gleichzeitig auch ein Pager, verfügt aber zudem über eine Vielzahl weiterer Eigenschaften und Gebrauchsmöglichkeiten. Es kann auch davon ausgegangen werden, dass es viele MF-Kunden gibt, welche ihr Mobiltelefon lediglich für die eine oder andere Funktion einsetzen. Die Existenz von Geräten wie Pagern und auch die Nachfrage nach einzelnen Diensten zeigt, dass auch einzelne Dienstleistungen, welche ein Mobiltelefon erfüllt, als eigenständige Märkte betrachtet werden können¹²⁴.

104. Mit Blick auf die vorstehenden Ausführungen sind die von SCM eingebrachten Einwände nicht zu hören. Da eingehende und ausgehende MF-Dienstleistungen von der Art, Technik und von den Preisen her verschieden sind und die Dienstleistungen auch heute noch getrennt nachgefragt werden, rechtfertigt sich auch eine Unterscheidung im Rahmen der Marktabgrenzung.

¹²⁴ Sunrise stützt diese Argumentation in ihrer Stellungnahme vom 25. Juli 2005 (Akte Nr. 251) ebenfalls und erwähnt explizit den Nutzen von Pagern und beschreibt "anrufen" und "angerufen werden" als zwei verschiedene Dienstleistungen.

IV. Retail / Wholesale

105. SCM macht in ihren Stellungnahmen vom 25. Juli 2005¹²⁵, vom 22. Mai 2006¹²⁶ und vom 15. Dezember 2006¹²⁷ geltend, dass die Unterscheidung zwischen Wholesale und Retail unklar sei, da sich die Unterscheidung nicht auf die gleichen Produkte oder Leistungen beziehe. Zudem führt SCM aus, dass die Terminierung nur eine unabdingbare Vorleistung sei, die von keinem Endkunden separat nachgefragt werde. Terminierung könne deshalb gar keinen eigenen sachlich relevanten Markt bilden. Orange macht mit Stellungnahme vom 25. Juli 2005¹²⁸ geltend, dass die Terminierung keinen eigenständigen Markt darstelle. Die Retail- und Wholesale-Bereiche im Mobilfunk könnten nicht getrennt werden.

106. Eine Differenzierung zwischen Wholesale- und Retail-Märkten ist wettbewerbsrechtlich vorzunehmen, wenn sich die Nachfrage beider Nachfragegruppen in wesentlichem Ausmass voneinander unterscheidet und es für ein auf einer Marktstufe tätiges Unternehmen wegen hohen Marktzutrittsschranken nicht möglich ist, in die andere Marktstufe einzutreten. Beide Bedingungen sind im vorliegendem Fall erfüllt. Marktzutrittsschranken ergeben sich einerseits durch die beschränkte Anzahl MF-Konzession und den darin enthaltenen Auflagen, andererseits durch die enormen Investitionen, welche von den MFA in die Netzinfrastruktur getätigt werden müssen.

107. Den MFA stehen zwei verschiedene Gruppen von Nachfragern gegenüber. Dabei handelt es sich einerseits um Endkunden und andererseits um FDA. FDA fragen bei den MFA auf der Wholesale-Ebene Dienste nach, um ihren Endkunden Retail-Dienste anbieten zu können. Endkunden beziehen auf Retail-Ebene Fernmeldedienste unmittelbar von den FDA. Bezüglich der Marktabgrenzung ist damit von zwei verschiedenen Marktgegensetzen auszugehen. Die Nachfrage dieser beiden Gruppen unterscheidet sich bezüglich Eigenschaften und Verwendungszweck in erheblichem Masse, so dass zwischen relevanten Märkten im Wiederverkaufs- (Wholesale) und im Endkundenbereich (Retail) zu unterscheiden ist. Mithin ergibt sich die Unterscheidung zwischen Retail- und Wholesale durch die Bezugnahme auf die Marktgegensetze im Sinne von Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU. Marktgegensetze, welche die Terminierung nachfragt, sind vorliegend die FDA, weshalb üblicherweise auch der Begriff Wholesale verwendet wird.

108. Entscheidend ist damit vorliegend, dass die Terminierung nicht direkt von Endkunden, sondern von anderen FDA nachgefragt wird. Diese FDA stellen damit die bei der Marktabgrenzung zu berücksichtigende Marktgegensetze dar. Damit unterscheidet sich im Sinne der Rechtsprechung der REKO/WEF die Nachfrage auf dem Retail- und dem Wholesale-Markt, weshalb die Abgrenzung eines entsprechenden Wholesale-Marktes vorzunehmen ist¹²⁹. Die selbe Marktabgrenzung nahm die Weko im Übrigen bereits in ihrer Verfügung vom 3. Dezember

¹²⁵ Akte Nr. 250.

¹²⁶ Akte Nr. 341.

¹²⁷ Akte Nr. 374. Rz. 52.

¹²⁸ Akte Nr. 249.

¹²⁹ RPW 2005/3, S. 505, E. 5.2.

2001 betreffend den Mobilfunkmarkt vor¹³⁰. Es ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass die MFA ebenfalls die Terminierung der jeweils anderen MFA nachfragen und daher ebenfalls als Teil der Marktgegenseite anzusehen sind.

B.4.1.1.1.3 *Drei Wholesale-Märkte*

109. Die Analyse der vier Begriffspaare hat gezeigt, dass ausgehend von Telekommunikationsdienstleistungen die verschiedenen geprüften Arten von Dienstleistungen aufgrund ihrer Eigenschaften und ihres Verwendungszwecks nicht in den relevanten Markt einbezogen werden können. Dies betrifft das Übermitteln von Daten, das Telefonieren übers Festnetz, die Retail-Märkte im Bereich Mobilfunk und aus einem MF-Netz ausgehende Fernmeldedienste. Die vorstehende Analyse hat ergeben, dass die Terminierung in ein MF-Netz durch keine anderen Dienstleistungen ersetzt werden kann.

110. Im Folgenden ist zu prüfen, ob diesbezüglich mehrere Terminierungsmärkte abzugrenzen sind. In diesem Zusammenhang sind zwei Überlegungen von Bedeutung:

(1) Ein FDA, der Telefondienstleistungen in der Schweiz anbieten will, muss alle Terminierungen (insbesondere diejenige von Orange, Sunrise und SCM) einkaufen, damit Verbindungen in alle drei MF-Netze sichergestellt werden können.

(2) Die Terminierung kann nur von demjenigen MFA sichergestellt werden, für welchen sich der Angerufene zu einem früheren Zeitpunkt entschieden hat.

Diese beiden Tatsachen deuten darauf hin, dass jedes MF-Netz als eigenständiger Markt betrachtet werden muss.

111. Zudem wurde in der Verfügung der Weko vom 3. Dezember 2001 über den MF-Markt ebenfalls diese Marktabgrenzung vorgenommen¹³¹. Es ist jedoch zu betonen, dass die Wholesale-Märkte in der damaligen Untersuchung nicht vertieft überprüft wurden, da der Schwerpunkt der Untersuchung auf den Retail-Märkten lag. In vorliegender Untersuchung werden hingegen die Wholesale-Märkte analysiert.

112. Auszugehen ist aufgrund der vorstehenden Analysen von drei Wholesale-Märkten für in die MF-Netze von Orange, Sunrise und SCM eingehende Fernmeldedienste bzw. für die Terminierung von Anrufen in den MF-Netzen von Orange, Sunrise und SCM im Bereich der Sprachtelefonie.

113. Nachfolgend wird zudem eine ausführliche Analyse der entsprechenden Marktabgrenzung vorgenommen. Es wird mit Bezug auf die erhobenen Daten überprüft, ob für jeden einzelnen MFA ein eigenständiger Markt zu unterschei-

¹³⁰ RPW 2002/1, S. 97, Rz. 103.

¹³¹ RPW 2002/1, S. 97, Rz. 103.

den ist. In diesem Zusammenhang werden angebotsseitige und nachfrageseitige Substitutionsmöglichkeiten analysiert.

1. Nachfrageseitige Substitutionsmöglichkeiten

114. Als nachfrageseitige Substitutionsmöglichkeit für MF-Kunden auf der Retail-Ebene werden verschiedene Techniken genannt. Zunächst wird das Festnetz als Alternative bezeichnet, da fast jeder MF-Kunde auch über einen Festnetzanschluss verfügt. Weiter nennen die MFA Datenservices wie SMS, MMS, Fax, E-Mails und Pager. Schliesslich werden noch sog. Lockanrufe, eine Nachricht auf die Voice-Mail mit der Bitte um Rückruf, erwähnt. Ferner werden auch GSM-Gateways und Reversed Billing als Alternativen speziell für Geschäftskunden aufgeführt. Weiter wird die langfristige Möglichkeit genannt, den Anbieter zu wechseln, um von tieferen sog. on-net-Tarifen (Tarife innerhalb desselben Netzwerks) zu profitieren.

115. Der Umstand, dass ein Mobiltelefon in vielen Situationen nicht durch eine andere Technologie ersetzt werden kann, erklärt, warum die MF-Penetration derart gestiegen ist. Aufgrund der vorangegangenen Analyse (insbesondere in Kap. B.4.1.1.1.2 oben) ist davon auszugehen, dass es aus der Sicht der Endkunden keine hinreichenden Substitutionsmöglichkeiten gibt, welche ein Mobiltelefon ersetzen könnten, sodass die Terminierungsgebühr nachfrageseitig auf Retail-Ebene umgangen werden könnte.

116. Es ist in diesem Zusammenhang fraglich, ob ein Nachfrager nach MF-Dienstleistungen überhaupt ein Interesse daran hat, seine eigene Terminierungsgebühr zu umgehen. Dies ist stark zu bezweifeln, denn erstens bezahlen die MF-Kunden die Terminierungsgebühren nicht selber. Zweitens machten die Festnetzbetreiber bis zum 31. Mai 2005 einen Mischpreis für Anrufe in die drei MF-Netze, denn der Preis eines Festnetzanbieters war gleich, unabhängig davon, in welches MF-Netz angerufen wurde. Es bestand daher kaum ein Interesse des MF-Kunden, aufgrund einer hohen Terminierungsgebühr den MFA zu wechseln. Wenn sich jedoch ein Festnetzanrufer nicht dafür interessiert, auf welches MF-Netz er anruft, da Anrufe auf alle drei MF-Netze gleich viel kosten, kann auch kein Anreiz bestehen, den MFA zu wechseln.

117. Selbst in dem speziellen Fall, wo ein Festnetzkunde und der angerufene MF-Kunde beide Rechnungen bei derselben FDA bezahlt, kann nicht von einem solchen Anreiz ausgegangen werden. In der Regel kann ein solcher Mehrfachkunde von geringeren on-net-Tarifen oder speziellen Firmen- oder Familienangeboten profitieren, wenn er beide Anschlüsse bei der gleichen FDA hat. Diese tiefen Tarife haben jedoch keinen Zusammenhang mit der Terminierungsgebühr des MFA, denn es kommen einzig die tiefen on-net-Retail-Tarife zur Anwendung, die in einige Preisplänen z.T. deutlich unter den Terminierungsgebühren liegen¹³². Dieser spezielle Fall kommt bei den wenigsten Kunden vor. Dies zeigen

¹³² Vgl. Tabelle B-4 und Kap. B.4.2.1.1.1.

die Antworten auf Frage 14 des Fragebogens vom 29. November 2002¹³³. Daraus geht hervor, dass durchschnittlich nur etwa zwei Prozent aller MF-Kunden mehr als eine Mobiltelefonrechnung bezahlen. Weit mehr MF-Kunden werden neben dem MF-Anschluss noch einen Festnetzanschluss behalten. Doch auch hier bietet die Höhe der Terminierungsgebühr keinen Anreiz den Anbieter zu wechseln, solange die Retail-Tarife für alle drei MFA gleich sind. Es ist nur entscheidend, wie hoch die durchschnittlichen Terminierungsgebühren aller Anbieter sind.

118. Es ist auch bei diesen Sonderfällen, in denen mehrere Anschlüsse von der gleichen Person bezahlt werden, nicht davon auszugehen, dass eine tiefere Terminierungsgebühr dazu führen würde, dass aufgrund eines allfälligen Wettbewerbsdrucks mehr Kunden den MFA wechseln würden.

119. Auf die Frage, welche Eigenschaften bei der Wahl eines MFA besonders wichtig seien¹³⁴, schreibt Sunrise: "Die Terminierungsgebühr ins eigene Netz per se kann kein entscheidungsbeeinflussender Faktor für einen Retail-Kaufentscheid sein..."¹³⁵. Auch Orange misst der Terminierungsgebühr nur geringe Wichtigkeit bei und schreibt zusätzlich: "Die genaue Höhe der eigentlichen Terminierungsgebühr eines bestimmten Netzwerkes ist [...] meist nur den Wholesale-Kunden (d.h. den anderen FDA) bekannt..."¹³⁶. SCM verweigerte zunächst eine Antwort und schrieb später trotzdem: "Den Endkunden kann der Preis für die eigentliche MT [Terminierungsgebühr] gar nicht interessieren, weil er ihn nicht kennen kann; er wird ihm von seinem FNA [Festnetzanbieter] nicht bekannt gegeben... Wie bereits in der vorangegangenen Untersuchung... herausgearbeitet wurde, sind Preise generell nie das ausschlaggebende Argument ... Es erstaunt deshalb nicht, dass demgegenüber ein sehr wichtiges Argument für die Wahl eines bestimmten MFA die Netzabdeckung, d.h. die Netzqualität ist. Sie macht ja den Mehrwert gegenüber dem Festnetz aus, da sie die ständige Erreichbarkeit garantiert. Daher entscheiden sich trotz höherer Preise denn auch sehr viele Kunden für die Swisscom Mobile..."¹³⁷.

120. Diese Aussagen offenbaren, dass sich die MFA einig und bewusst sind, dass die eigentliche Terminierungsgebühr bei der Wahl eines MFA keine grosse Rolle spielt und dass sie folglich praktisch keinen Einfluss auf die Nachfrage nach MF-Dienstleistungen hat.

121. Analysen von Datenreihen der drei MFA¹³⁸ haben ein ähnliches Bild ergeben. Üblicherweise führt eine Senkung des Preises (hier der Terminierungsgebühr) zu einer Erhöhung der Menge, und umgekehrt. Dies bedeutet grafisch, dass die Kurve mit steigendem Preis fällt. Wenn also ein MFA seine Terminie-

¹³³ Akte Nr. 16 – 18.

¹³⁴ Frage 34 des Fragebogens vom 29. November 2002, Akte Nr. 16 – 18.

¹³⁵ Eingabe vom 24. Februar 2003, Akte 59, S. 29.

¹³⁶ Eingabe vom 21. April 2004, Akte 130, S. 42.

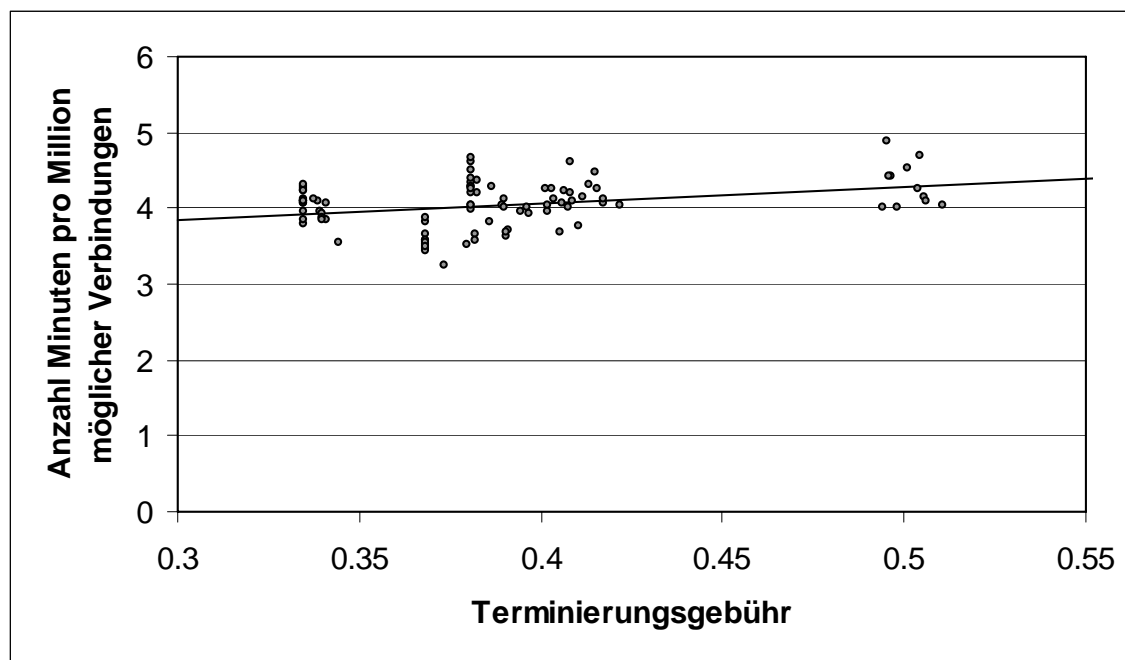
¹³⁷ Eingabe vom 9. März 2004, Akte 122, S. 32.

¹³⁸ Anzahl Anrufe und Minuten auf monatlicher Basis im Zusammenhang mit den verschiedenen Terminierungsgebühren und deren Änderungen. Sämtliche nachfolgenden Berechnungen basieren auf den Antworten der Fragen 9 und 10 der Fragebogen vom 29. November 2002, Akte Nr. 16 – 18, welche das Sekretariat in elektronischer Form erhielt (Akte 59, 122 und 130).

rungsgebühr senkt (Wholesale-Ebene), sollten entweder seine MF-Kunden mehr angerufen werden (Wholesale- und Retail-Ebene) oder sein Marktanteil sollte steigen (Retail-Ebene). Es wurden daher zwei Arten von Kurven erstellt um einen Zusammenhang zwischen der Höhe der Terminierungsgebühren und der Nachfrage nach MF-Dienstleistungen zu finden. Mit Hilfe der erhobenen Daten konnte ein solcher Zusammenhang jedoch nicht gefunden werden.

122. In Abbildung B-1 wurde der Effekt von Differenzen der Terminierungsgebühren aller drei Anbieter auf deren Anzahl Minuten analysiert. Dazu wurden die Anzahl telefonierter Minuten unter den MFA aus der Zeit von Januar 2001 bis Dezember 2003 verwendet. Aufgrund des hohen Wachstums im Bereich Mobilfunk wurden die Anzahl Minuten zwischen zwei MFA durch die Anzahl Anschlüsse der jeweiligen MFA im jeweiligen Monat dividiert. Dies ergibt die Anzahl Minuten pro möglicher Verbindung unter zwei MFA in Millionstel Minuten.

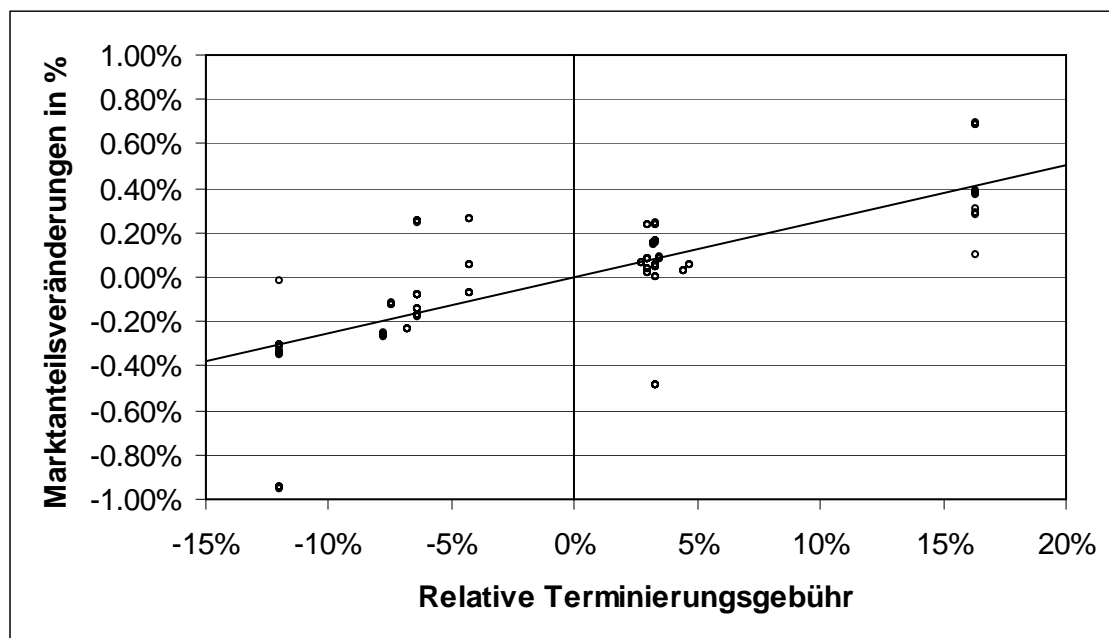
Abbildung B-1: Einfluss der Terminierungsgebühren auf die Anzahl Minuten pro Verbindung



123. Abbildung B-1 zeigt, dass es keinen Zusammenhang zwischen Terminierungsgebühr (auf der Wholesale-Ebene) und Anzahl Minuten (auf der Retail-Ebene) gibt. Normalerweise würde eine Preissenkung zu mehr, eine Preiserhöhung zu weniger umgesetzten Minuten führen. Abbildung B-1 zeigt jedoch genau das Gegenteil, nämlich eine leicht positive Tendenz. Die dargestellte Kurve reagiert offenbar nicht wie erwartet auf Änderungen der Terminierungsgebühren. Es ist daher davon auszugehen, dass die Höhe der Terminierungsgebühren eines MFA keinen direkten Einfluss auf die Anzahl Minuten, welche auf dasselbe MF-Netz getätigt werden, aufweist.

124. In Abbildung B-2 wurde der Effekt von Differenzen der Terminierungsgebühren aller drei Anbieter auf deren Marktanteile analysiert. Dazu wurden die Marktanteile (auf Basis der Anzahl Kunden) in Beziehung zu den relativen Terminierungsgebühren grafisch dargestellt. Die relative Terminierungsgebühr ergibt sich aus der absoluten Terminierungsgebühr dividiert durch die durchschnittliche Terminierungsgebühr. Dies ist vorliegend sinnvoll, weil nicht die absolute Höhe der Terminierungsgebühr für die Marktanteilsentwicklung entscheidend ist, sondern nur um wie viel die Terminierungsgebühr eines MFA von jener der anderen MFA abweicht. In einem wachsenden Markt ist zu erwarten, dass ein MFA, welcher tiefere Preise hat, mehr neue Kunden anzieht als einer mit höheren Preisen.

Abbildung B-2: Einfluss der Terminierungsgebühren auf die Marktanteilsentwicklung



125. Abbildung B-2 zeigt jedoch, dass eine leicht positive Tendenz zwischen der relativen Terminierungsgebühr und der Marktanteilsentwicklung besteht. Das heisst, dass ein MFA, der seine Terminierungsgebühr erhöht, zusätzliche Abonnenten gewinnt im Vergleich zu seinen beiden Konkurrenten. Dieses Resultat erstaunt nicht, da mit der Höhe der eigenen Terminierungsgebühr die Kosten der Konkurrenten festgelegt werden. Erhöht MFA 1 seine Terminierungsgebühr, so wird MFA 2 die Erhöhung seinen Endkunden in der Regel weiter geben. Also erhöht MFA 2 seine Endkundenpreise während MFA 1 keine Preiserhöhung für seine Endkunden machen muss. Es ist daher naheliegend, dass MFA 2 wegen seiner Preiserhöhung (aufgrund der gestiegenen Kosten) Kunden verliert und diese folglich zu MFA 1 wechseln. Daher ist ein positiver Zusammenhang zwischen Terminierungsgebühr und Marktanteil, wie er in Abbildung B-2 sichtbar gemacht wurde, naheliegend.

126. Aufgrund der Analyse der beiden Effekte (Anzahl Anschlüsse und Anzahl Minuten pro Anschluss) kann ausgeschlossen werden, dass es sich um einen normalen Markt handelt in dem Sinne, dass Konsumenten bei einer Erhöhung der Terminierungsgebühr durch eine Senkung der realisierten Menge (weniger telefonieren oder weniger Anschlüsse) reagieren würden.

127. Die Analyse der möglichen nachfrageseitigen Substitutionsmöglichkeiten wie SMS, Festnetz, etc. sowie die Analyse des Nachfrageverhaltens der MF-Benutzer hat gezeigt, dass es keine nachfrageseitige Substitutionsmöglichkeit auf Retail-Ebene gibt, welche sich für die Terminierung in ein MF-Telefon anbieten würde.

128. Als nachfrageseitige Substitutionsmöglichkeit auf Wholesale-Ebene wird von Orange "Refiling" bzw. "Tromboning" ins Feld geführt. Darunter wird eine indirekte Terminierung eines nationalen Anrufs über internationale Transitnetze verstanden, mit dem Ziel, von günstigeren Terminierungsgebühren bestimmter FDA zu profitieren. Orange führt an, dass sie durch Refiling jährlich ca. CHF [1 – 5 Mio.] Umsatzeinbusse erleide. Bei Sunrise seien es allein bis ins Jahr 2001 CHF 20 Mio. gewesen. Weder Orange noch Sunrise haben diese Angaben belegt. Orange schreibt jedoch an anderer Stelle: "Das Refiling hat in letzter Zeit an Bedeutung eingebüsst, da sich die internationalen und nationalen Terminierungsgebühren aufgrund des spielenden Wettbewerbs angeglichen haben."¹³⁹ SCM schreibt zu selbem Thema: "Ob ein solcher Anruf vorher über das Ausland geroutet wurde, kann nicht festgestellt werden."¹⁴⁰

129. Da Tromboning laut Aussagen aller drei MFA jedoch zunehmend an Bedeutung verloren hat, kann davon ausgegangen werden, dass es keine nachfrageseitige Substitutionsmöglichkeit auf Wholesale-Ebene zur Terminierung in die MF-Netze gibt.

130. Die Analyse der verrechneten Terminierungsgebühren von SCM hat ergeben, dass seit Oktober 2002 bis zum 31. Mai 2005 für alle Minuten, die im MF-Netz von SCM terminiert wurden, der gleiche Preis von 33.5 Rappen verrechnet wurde. Daraus geht hervor, dass SCM keine Möglichkeit mehr bot, mittels Tromboning bzw. Refiling hohe Terminierungsgebühren zu umgehen.

131. Es ist zu betonen, dass es jeder MFA in der Hand hat, Tromboning zu verhindern. Wenn alle FDA, welche mit einem MFA über eine Interkonnektion verfügen, die gleichen Preise bezahlen müssten, wenn es also keine Diskriminierung in Bezug auf die Preise gäbe, so würde sich Tromboning für keinen FDA lohnen. Solange jedoch ein FDA existiert, welcher eine tiefere Terminierungsgebühr bezahlt als die anderen, eröffnet sich die Möglichkeit von Tromboning. Da jeder MFA seine Terminierungsgebühr jedoch selber bestimmt, ist es gewissermassen widersprüchlich, wenn derselbe sich über die Möglichkeit von Tromboning beschwert. Während SCM von allen FDA die gleiche Terminierungsgebühr

¹³⁹ Eingabe von Orange vom 21. April 2004, S. 12 und 15, Akte Nr. 130.

¹⁴⁰ Eingabe von SCM vom 9. März 2004, S. 30, Akte Nr. 122.

verlangte, hatten Orange und Sunrise unterschiedliche Preise bei verschiedenen FDA.

II. Angebotsseitige Substitutionsmöglichkeiten

132. Sunrise schreibt zu den angebotsseitigen Substitutionsmöglichkeiten: "Es liegt in der Natur der Sache, dass Anrufe auf ein bestimmtes Netz nur auf dem Netz der fraglichen FDA terminiert werden können."¹⁴¹

133. Aus der Sicht der Marktgegenseite müssen alle drei Terminierungen (diejenige von Orange, Sunrise und SCM) eingekauft werden, sodass Verbindungen in alle drei MF-Netze sichergestellt werden können. Dies wäre auch dann der Fall, wenn ein neuer MFA in den Markt eintreten würde und dieser nur einen einzigen Kunden hätte. Alle anderen FDA müssten mit diesem neuen MFA über die Tarife zur Terminierung zu diesem (und weiteren potentiellen zukünftigen) Kunden verhandeln. Ein FDA, welcher Telefoniedienstleistungen anbieten würde, dabei aber z.B. nur die Kunden von Sunrise und SCM erreichen könnte, würde den Bedürfnissen seiner Kunden kaum entsprechen, denn sein Angebot wäre unvollständig.

134. In der Schweiz verhandelt ein neu in den Markt eintretender FDA in der Regel nur mit Swisscom Fixnet über eine Interkonnektion. Damit würde ein neuer FDA indirekt alle entsprechenden Terminierungsgebühren, die von Swisscom Fixnet bereits ausgehandelt wurden, übernehmen. Alle anderen FDA werden dann nicht direkt, sondern lediglich über das Transitnetzwerk von Swisscom Fixnet mit dem neuen FDA verbunden. Auf diese Weise erspart er sich aufwändige Interkonnektionsverhandlungen. Deshalb sind nur wenige FDA direkt mit den MFA in der Schweiz verbunden. Diese Vorgehensweise, welche aus Effizienzgründen gewählt wurde, ändert jedoch nichts an der Tatsache, dass in jedes vorhandene Netzwerk terminiert werden muss.

B.4.1.1.1.4 Zwischenergebnis zum sachlich relevanten Markt

135. Da keine angebots- und nachfrageseitigen Substitutionsmöglichkeiten geeignet sind, die Terminierung in ein MF-Netz zu ersetzen, sind drei sachlich relevante Märkte für in die MF-Netze von Orange, Sunrise und SCM eingehende Fernmeldedienste bzw. für die Terminierung von Anrufen in den MF-Netzen von Orange, Sunrise und SCM im Bereich der Sprachtelefonie abzugrenzen.

B.4.1.1.2 Räumlich relevanter Markt

136. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 lit. b VKU, der hier analog anzuwenden ist). Auszugehen ist vom Tätigkeitsgebiet der drei MFA und deren Marktgegenseite, d.h. im

¹⁴¹ Eingabe von Sunrise vom 24. Februar 2003, Akte Nr. 59, S. 4. In der Stellungnahme vom 25. Juli 2005, Akte Nr. 251, S. 17, wird von Sunrise zurecht angemerkt, dass diese Aussage aus dem Zusammenhang gegriffen wurde. Der Zusammenhang relativiert die Aussage jedoch in keiner Weise.

vorliegenden Fall die FDA. Es ist somit abzuklären, auf welchem Gebiet die in den sachlich relevanten Märkten umfassten in ein MF-Netz eingehenden Fernmeldedienste nachgefragt und angeboten werden.

137. Die MFA bieten die Terminierung in der ganzen Schweiz an, während die FDA im In- und Ausland ebenfalls die Terminierung auf dem gesamtschweizerischen Gebiet beziehen. Die Ausdehnung auf das Gebiet der Schweiz ergibt sich ferner aus den vom Bakom vergebenen Fernmeldekonzessionen der MFA.

138. Innerhalb des räumlich relevanten Marktes müssen die Wettbewerbsverhältnisse eine gewisse Homogenität aufweisen. Ansonsten wären mehrere unterschiedliche räumlich relevante Märkte abzugrenzen und die Wettbewerbsverhältnisse entsprechend zu beurteilen. Im vorliegenden Fall sind jedoch die MFA überall in der Schweiz tätig. Die Intensität der Wettbewerbsverhältnisse ist somit in der ganzen Schweiz in einer Weise ähnlich, dass eine differenzierte geografische Marktabgrenzung in verschiedene Regionen nicht vorzunehmen ist. In der Verfügung der Weko "Mobilfunkmarkt"¹⁴² wurden die Märkte bereits in gleicher Weise abgegrenzt.

139. Aus diesen Gründen umfasst der räumlich relevante Markt die ganze Schweiz.

B.4.1.2 Beurteilung der Marktstellung

140. Ob sich die drei MFA Orange, Sunrise und SCM im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG unabhängig von Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern verhalten können, muss im Einzelfall geprüft werden. Sie können sich dann nicht unabhängig verhalten, wenn sie sich ausreichend starker aktueller oder potentieller Konkurrenz gegenüber sehen. Es ist jedoch im vorliegenden Fall auch die Stellung auf den nachgelagerten Märkten zu berücksichtigen¹⁴³.

B.4.1.2.1 Aktueller Wettbewerb

141. Anlässlich der Analyse der Wettbewerbssituation bis zum 31. Mai 2005 ist abzuklären, wer Wettbewerber ist und welches Kräfteverhältnis zwischen diesen Wettbewerbern besteht.

142. In den drei sachlich und räumlich abgegrenzten Märkten haben Orange, Sunrise und SCM jeweils einen Marktanteil von 100% und verfügen damit über eine Monopolstellung. Wie bei der Analyse des relevanten Marktes bereits erläutert wurde, muss ein FDA alle drei Terminierungen (diejenige von Orange, Sunrise und SCM) einkaufen, damit Verbindungen in alle drei MF-Netze sichergestellt werden können.

143. Daher ist festzuhalten, dass kein aktueller Wettbewerb besteht, welcher eine disziplinierende Wirkung auf das Verhalten der MFA ausüben könnte.

¹⁴² RPW 2002/1, S. 118.

¹⁴³ RPW 2004/2, S. 436.

B.4.1.2.2 Potentieller Wettbewerb

144. Die Analyse des aktuellen Wettbewerbs ergab, dass es zurzeit nicht genügend Konkurrenz gibt, um ein unabhängiges Verhalten der drei MFA und damit eine marktbeherrschende Stellung auszuschliessen. Die Analyse des potentiellen Wettbewerbs soll aufzeigen, ob die MFA durch in naher Zukunft mögliche Marktzutritte diszipliniert werden.

145. Der potentiellen Konkurrenz kommt eine disziplinierende Wirkung nur dann zu, wenn es im Falle von Wettbewerbsbeschränkungen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu Marktzutritten kommt, die Zutritte rasch erfolgen können und letztere gross genug sind. Sind Marktzutritte frühestens nach einigen Jahren oder nur von kleinen Unternehmen zu erwarten, hat dies keinen nennenswerten Einfluss auf das Verhalten der eingesessenen, grösseren Unternehmen, da ihnen die Abnehmer nur sehr beschränkt ausweichen können.

146. Im vorliegenden Fall ist es technisch nicht möglich, dass in den Markt für in ein MF-Netz eingehende Fernmeldedienste die Terminierung von einem anderen FDA als dem entsprechenden MFA angeboten werden kann. Selbst wenn in der Schweiz ein neuer MF-Anbieter auftreten würde, hätte dies keinen Einfluss in den oben definierten Wholesale-Märkten. Dann käme ein neuer Wholesale-Markt hinzu, in dem der neue MFA einen Marktanteil von 100% hätte. Die anderen vorhandenen FDA müssten dann auch noch bei dem neuen MFA die Terminierung in dessen Netz einkaufen – selbst dann, wenn dieser neue MFA nur über wenige Kunden verfügen würde.

147. Daher ist festzuhalten, dass kein potentieller Wettbewerb besteht, welcher eine disziplinierende Wirkung auf das Verhalten der MFA ausüben könnte.

B.4.1.2.3 Einfluss des nachgelagerten Marktes

148. In diesem Kapitel ist zu überprüfen, inwiefern die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Retail-Markt disziplinierende Einflüsse auf die oben definierten Wholesale-Märkte ausüben vermögen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich die Einflüsse in den drei definierten Wholesale-Märkten unterschiedlich auswirken können. Diese Analyse ist notwendig, da jede Minute, welche im Wholesale-Markt beobachtet werden kann, von einem Retail-Kunden ausgelöst wird. Wenn folglich ein MFA im Retail-Markt schwach ist, so kann er sich im Wholesale-Markt unter Umständen nicht unabhängig verhalten.

B.4.1.2.3.1 Retail-Markt

149. Nachfolgend soll ein Überblick über den nachgelagerten Endkunden- bzw. Retail-Markt gegeben werden. Dazu wird weitgehend auf die Fernmeldestatistik des Bakom abgestellt¹⁴⁴. Eine ausführliche Beschreibung und Analyse des Retail-Marktes muss zu der Analyse der Wholesale-Märkte hinzutreten, damit

¹⁴⁴ Fernmeldestatistik 2005, S. 40, www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00744/00746.

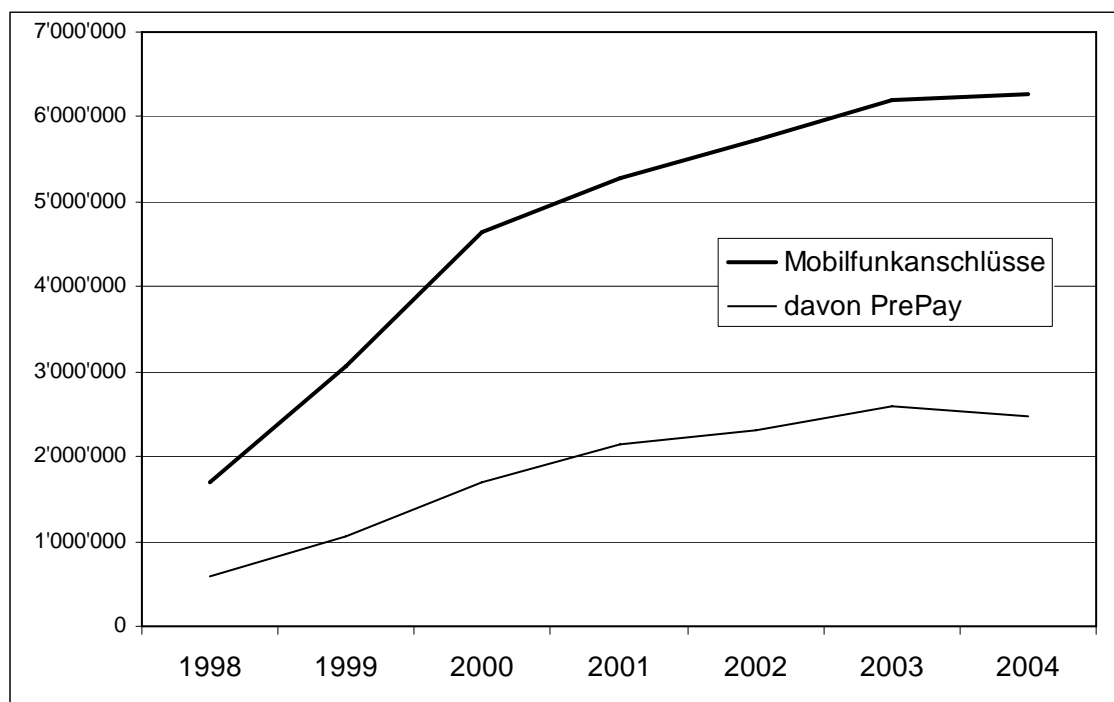
allfällige Einflüsse auf die Wholesale-Märkte erkannt und analysiert werden können.

Tabelle B-1 Vergleich Festnetz - Mobilfunk im Jahr 2004

	<i>Mobilfunk</i>	<i>Festnetz</i>
Anzahl Anschlüsse Ende 2004	6'274'763	4'008'460
Anzahl Verbindungen im Jahr 2004 in Mio.	3'579	5'766
Durchschnittliche Dauer in Minuten	1.51	3.39

150. Aus Tabelle B-1 wird die volkswirtschaftliche Bedeutung des MF-Marktes ersichtlich. Ferner ist zu entnehmen, dass es trotz mehr Anschlüssen im Bereich MF weniger Gespräche gibt und diese deutlich weniger lang dauern als im Festnetz.

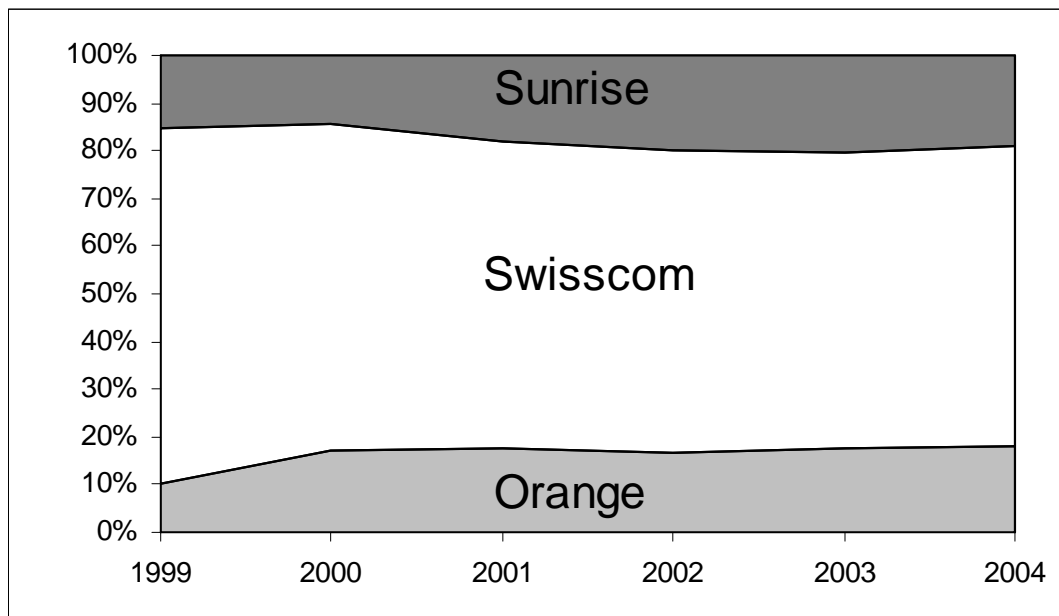
Abbildung B-3: Anzahl Mobilfunkanschlüsse in den Jahren 1998 bis 2004



151. Aus Abbildung B-3 wird die Entwicklung der Anzahl MF-Anschlüsse für die Jahre 1998 bis 2004 deutlich. Im Bereich MF kann von einem abnehmenden Wachstum gesprochen werden. Der Markt scheint eine gewisse Sättigung erreicht zu haben. Für den Beginn einer Marktreife spricht auch absolut gesehen die hohe Anzahl der MF-Anschlüsse, welche bereits höher als im Festnetz ist.

152. Aus Abbildung B-4 geht die Entwicklung der Marktanteile der drei MFA für die Jahre 1998 bis 2004 hervor¹⁴⁵. Daraus ergibt sich, dass die Marktanteile seit etwa dem Jahr 2000 auf ähnlichem Niveau stehen geblieben sind. Alle drei Anbieter haben folglich in ähnlichem Umfang vom Marktwachstum profitieren können. Den beiden neu in den MF-Markt eingetretenen MFA Orange und Sunrise ist es seither jedoch nicht mehr gelungen, Marktanteile zu gewinnen.

Abbildung B-4: Marktanteilsentwicklung von Orange, Sunrise und SCM in den Jahren von 1999 bis 2004



153. Aus Abbildung B-5 wird der optimale Pfad der Preise vom 31. Mai 2005 von SCM deutlich. Dazu wurden sowohl die Abonnementsgebühren wie auch die Minutenpreise sämtlicher Angebote von SCM analysiert¹⁴⁶. Die fett markierte Kurve zeigt in Abhängigkeit der pro Monat telefonierten Minuten das jeweils optimale Angebot. Aus dem Preispfad geht z.B. hervor, dass ein MF-Kunde, welcher 1000 Minuten pro Monat telefoniert, immer noch durchschnittlich mehr als 30 Rappen pro telefonierte Minute bezahlt. Diese Analyse wurde zwar für alle drei MFA erstellt, zur Veranschaulichung genügt es jedoch, auf die Grafik von SCM abzustellen, um die Analyse nachvollziehen zu können.

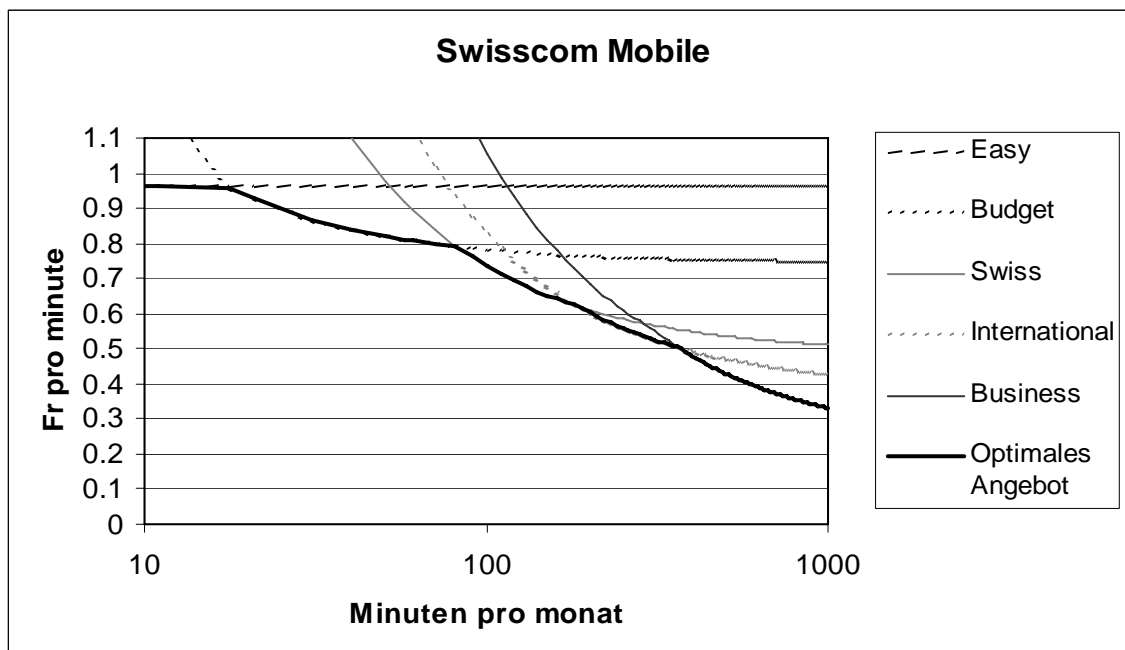
154. Für die Analyse des optimalen Angebotes wurden Szenarien verwendet, welche nachfolgend erläutert werden. 50% der Anrufe eines MF-Anschlusses gehen demnach aufs Festnetz, 10% sind sog. on-net-Anrufe und die restlichen

¹⁴⁵ Fernmeldestatistik 2005, "Entwicklung bis zum 31. Dezember 2005 für bestimmte Indikatoren", S. 13, www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00744/00746.

¹⁴⁶ Sämtliche nachfolgenden Berechnungen basieren auf den Antworten der Fragen 11 der Fragebogen vom 29. November 2002, Akte Nr. 16 – 18, welche das Sekretariat in elektronischer Form erhielt (Akte 59, 122 und 130).

40% verteilen sich auf die drei MFA entsprechend ihrer Grösse. Ferner werden 50% der Anrufe im Hoch-, 30% im Nieder- und 20% im Nacht- bzw. Wochenendtarif getätigt. Dieses Szenario entspricht z.T. demjenigen, welches auch vom K-Tip¹⁴⁷ verwendet wurde. Nachfolgend wird nur die Situation für SCM grafisch dargestellt. Die analogen Analysen wurden jedoch für alle drei MFA durchgeführt.

Abbildung B-5: Optimales Angebot für ein SCM-Kunde in Abhängigkeit seiner Anzahl Minuten am 31. Mai 2005



155. Die Analyse der Retail-Preise wurde wie bereits erwähnt für alle drei MFA erstellt. Das Resultat aller drei Analysen wurde in Abbildung B-6 dargestellt. Dazu wurden sowohl die Abonnementsgebühren wie auch die Minutenpreise sämtlicher Angebote aller drei MFA analysiert.

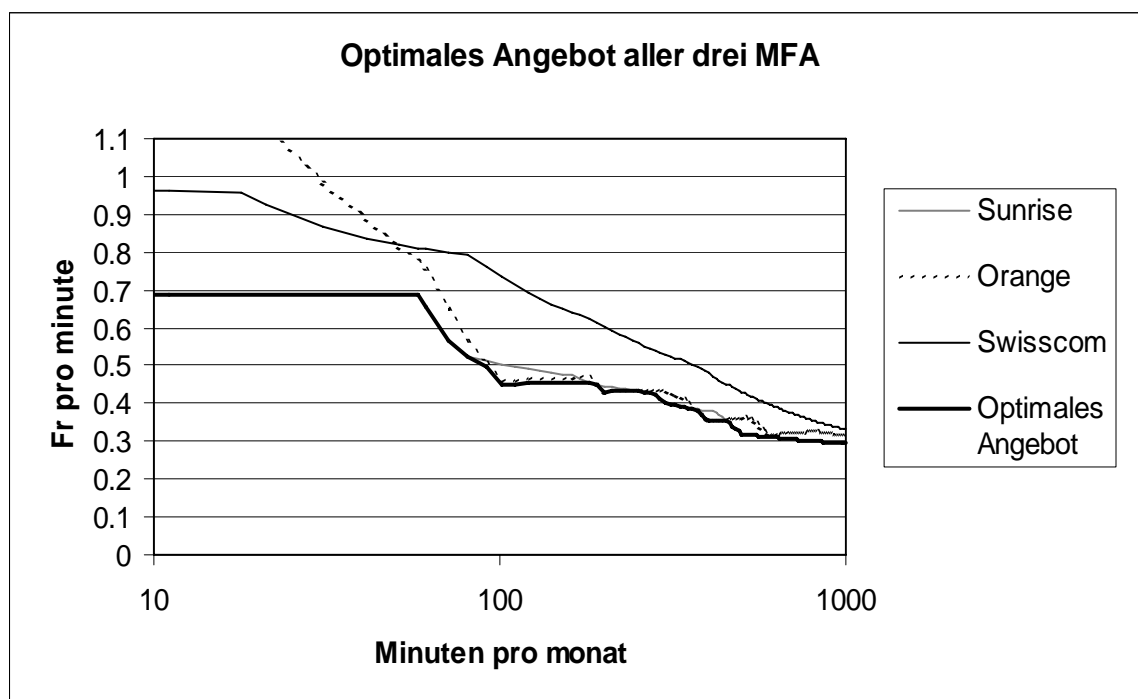
156. Die fett markierte Kurve zeigt in Abhängigkeit der pro Monat telefonierten Minuten den jeweils optimalen MFA. Aus dem Preispfad geht hervor, dass ein MF-Kunde, welcher 1000 Minuten pro Monat telefoniert, immer noch durchschnittlich ca. 30 Rappen pro telefonierte Minute bezahlen muss. Es lässt sich feststellen, dass die optimalen Angebotskurven für die drei MFA insbesondere in den umsatzstarken Segmenten relativ gleichartig verlaufen und sich mit wachsender Minutenzahl angleichen.

157. Nicht berücksichtigt wurden die Subventionen der Endgeräte. Wenn ein Benutzer einen MF-Anschluss erwirbt oder einen vorhandenen Anschluss erneuert, erhält er in der Regel vom jeweiligen MFA ein Mobiltelefon vergünstigt. Die Berücksichtigung dieses Faktors erweist sich jedoch nicht als sinnvoll, da die Gerätesubventionen je nach Gerät, Zeitpunkt, Anbieter und Kunde sehr unter-

¹⁴⁷ K-Tip-Ausgabe Nr. 16 vom 1. Oktober 2003. In den erwähnten Szenarien wurden auch andere Dienste (z.B. SMS) miteinbezogen, die hier jedoch nicht untersucht werden.

schiedlich ausfallen können. Daraus würden sich dann pro Abonnementstyp für jedes Handymodell weitere Preisunterschiede ergeben, die durchaus substantiell sein können und sich in sehr kurzen Zeitabständen wieder stark ändern können. Es wäre daher nicht sinnvoll, eine Preissenkung aufgrund der Gerätesubventionen mit einzubeziehen. In jedem Fall wären jedoch die durchschnittlichen Minutentarife für den Endkunden durch die Berücksichtigung der Subventionen noch tiefer und der Unterschied zur Höhe der Terminierungsgebühren somit noch deutlicher¹⁴⁸.

Abbildung B-6: Optimales Angebot aller drei Anbieter in Abhängigkeit der Anzahl Minuten am 31. Mai 2005



158. Auch nicht berücksichtigt wurden die Tarife für SMS und andere (Daten-) Dienste sowie andere Gründe, welche dazu führen können, dass ein bestimmter MFA einem anderen vorgezogen wird. Dazu gehören die Netzabdeckung, besondere Angebote, das sog. Branding, aber auch Gründe der Preisgestaltung, welche in Kap. 158 näher erläutert werden.

B.4.1.2.3.2 Konsequenzen auf Wholesale-Märkte

159. Die Weko ist in der Verfügung vom 3. Dezember 2001 über den MF-Markt zum Schluss gekommen, dass im Retail-Markt für abgehende mobile Fernmelde-dienste ein gewisser Wettbewerb besteht. Das Vorliegen einer kollektiven Marktbeherrschung wurde damals verneint und es wurde festgehalten, dass kein

¹⁴⁸ Auskunftsbegehren vom 12. November 2004, Akte Nr. 148 – 150 und deren Antworten vom 26. November 2004 (Sunrise, Akte Nr. 165), vom 15. und 21. Dezember 2004 (SCM und Orange, Akte Nr. 180 und 185).

MFA über eine marktbeherrschende Stellung verfügt¹⁴⁹. Die Weko ging damals davon aus, dass ein Markteintritt eines weiteren international tätigen FDA (3G Mobile, Telefonica) unmittelbar bevorstand und stellte deutliche Marktanteils-gewinne der beiden neuen MFA DiAx (heute Sunrise) und Orange fest.

160. Diese Beurteilung ist aus heutiger Sicht in Frage zu stellen. Der Markteintritt von 3G Mobile ist nicht erfolgt und die Marktanteile von Sunrise und Orange sind seither stagniert. Die beiden neueingetretenen MFA scheinen trotz z.T. deutlich tieferen Retail-Preisen und einer vergleichbaren Netzabde-ckung von über 99% in den bewohnten Gebieten der Schweiz kaum über die Grenze von 20% Marktanteil hinaus zu kommen. Damit konnte SCM ihren Marktanteil von ca. 60% halten¹⁵⁰.

161. SCM erzielt seit mehreren Jahren hohe Gewinne und verfügt über Mar-gen, die fast 50% betragen¹⁵¹. Zudem besitzt sie aufgrund der höheren Kunden-zahl über eine bessere Netzauslastung als Orange und Sunrise. Gemäss OECD Communications Outlook 2005¹⁵² gehört die Schweiz im Bereich Mobilfunk welt-weit zu den Ländern mit den höchsten Einnahmen pro Kunde. Da in dieser Masszahl Orange und Sunrise ebenfalls enthalten sind, ist wegen den ausseror-dentlich guten Ergebnissen von SCM davon auszugehen, dass die Masszahl für SCM allein noch wesentlich höher anzusiedeln ist. Bei der Masszahl "Einnahmen pro Mitarbeiter" war die Swisscom Gruppe im Jahr 2003 gar mit Abstand welt-weit führend¹⁵³. Bei dieser Masszahl sind andere Geschäftsfelder ebenfalls be-rücksichtigt. Es ist daher davon auszugehen, dass diese hohe Zahl insbesondere auf den Bereich Mobilfunk zurückzuführen ist.

162. Ferner ist SCM in der Lage, hohe Preisunterschiede zwischen sog. on-net und off-net-Anrufen durchzusetzen. Welche Auswirkungen diese Möglichkeit für SCM wie auch für Orange und Sunrise haben, wird in Rz. 180 unten sowie in den darauffolgenden Berechnungen, Preislisten und Tabellen erläutert.

163. Aus der Geschichte des Mobilfunks in der Schweiz (darauf wurde z.T. be-reits im Sachverhalt eingegangen) hat SCM (damals unter anderem Namen) be-reits 1978 (Natel A) bzw. 1993 (Natel D) begonnen, erste MF-Kunden zu gewin-nen. Orange und Sunrise lancierten erst ca. 21 bzw. ca. 6 Jahre später ihre ent-sprechenden Angebote (Sunrise Ende 1998, Orange Mitte 1999), als SCM bereits über ca. 1.7 Mio. MF-Anschlüsse (und einen Marktanteil von 100%) verfügte¹⁵⁴. Dies ist ein sog. "first mover advantage", der bei der Beurteilung der Marktstel-lung zu berücksichtigen ist.

¹⁴⁹ RPW 2002/1 S.97.

¹⁵⁰ Fernmeldestatistik 2005, "Entwicklung bis zum 31. Dezember 2005 für bestimmte Indikatoren", S. 13, www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00744/00746, sowie Abbildung B-4.

¹⁵¹ Vgl. Rz. 249.

¹⁵² OECD Communications Outlook 2005, S. 73, <http://213.253.134.43/oecd/pdfs/browseit/9305011E.PDF>.

¹⁵³ OECD Communications Outlook 2005, S. 264, <http://213.253.134.43/oecd/pdfs/browseit/9305011E.PDF>.

¹⁵⁴ Fernmeldestatistik 2005, "Entwicklung bis zum 31. Dezember 2005 für bestimmte Indikatoren", S. 13, www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00744/00746, sowie www.swisscom-mobile.ch/scm/wir_unsere_geschichte-de.aspx.

164. Die Gesamtkosten pro terminierte Minute liegen bei einem neuen Anbieter wahrscheinlich wesentlich höher als bei einem etablierten. Dies, weil sich beim etablierten Anbieter viele Fixkosten auf wesentlich mehr Kunden bzw. Minuten verteilen und weil viele Anschaffungen bereits amortisiert werden konnten. Dies ist ebenfalls als erheblicher Vorteil des etablierten Anbieters anzusehen.

165. SCM macht in ihrer Eingabe vom 22. Mai 2006¹⁵⁵ geltend, dass sie sich nicht unabhängig verhalten könne, da ein Interkonnektionszwang bestehe. Dieser verhindere, dass SCM andere FDA boykottieren könne, indem sie die Interkonnektion verweigere. SCM kann jedoch trotz Interkonnektionszwang überhöhte Preise von ihrer Marktgegenseite verlangen. Es ist nicht ersichtlich inwiefern ein Interkonnektionszwang eine disziplinierende Wirkung auf das Verhalten von SCM darstellen kann.

166. SCM macht in ihrer Eingabe vom 22. Mai 2006¹⁵⁶ auch geltend, dass sie sich nicht unabhängig verhalten könne, da die ComCom die Möglichkeit habe die Terminierungsgebühren festzulegen. Auf die Rolle der ComCom wird in dieser Verfügung an verschiedenen Stellen bereits hingewiesen (vgl. z.B. Rz. 59 oben, 190, 218 unten). Die ComCom kann die Preise nur dann festlegen, wenn sich zwei FDA auf dem Verhandlungsweg nicht einigen können. Es ist jedoch seit Bestehen des Mobilfunks in der Schweiz noch nie zu einer rechtskräftigen Verfügung der ComCom gekommen, in welcher die Terminierungsgebühren im Bereich Mobilfunk festgelegt wurden. Es muss daher bezweifelt werden, ob es sich dabei um ein effizientes Regulierungsinstrument handelt, welches eine disziplinierende Wirkung auf das Verhalten von SCM ausüben vermag. Die in der Schweiz geltende ex-post-Regulierung ist nicht in der Lage, das Verhalten von SCM in dem Sinne zu disziplinieren, dass eine marktbeherrschende Stellung von SCM ausgeschlossen werden könnte. Im Übrigen würde ein effizientes Regulierungsinstrument nicht das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung ausschliessen, sondern die Frage der Missbräuchlichkeit eines Verhaltens als die Analyse der Marktstellung betreffen.

167. Mit Schreiben vom 23. Januar 2007¹⁵⁷ wies SCM zudem darauf hin, dass sich Orange, Swisscom und Sunrise in den vor der ComCom hängigen Interkonnektionsverfahren geeinigt hätten. Aufgrund dieser Tatsache sei es geradezu absurd zu behaupten, dass sich ein oder alle MFA unabhängig verhalten könnten. Zutreffend ist, dass sich gemäss Medienmitteilung der ComCom vom 22. Januar 2007 die Anbieter in Verhandlungen auf tiefere Mobilterminierungsgebühren geeinigt und ihre gegenseitigen Interkonnektionsgesuche zurückgezogen haben, weshalb die ComCom die Verfahren als gegenstandslos abschrieb. Nach rund einem Jahr mit mehreren hängigen Interkonnektionsverfahren¹⁵⁸ ist es in zeitlicher Hinsicht nicht erstaunlich, dass sich die Anbieter relativ kurz nach der

¹⁵⁵ Akte Nr. 341.

¹⁵⁶ Akte Nr. 341.

¹⁵⁷ Akte Nr. 375.

¹⁵⁸ Gutachten vom 20. November 2006 i.S. Interkonnektionsverfahren Mobilfunkterminierung, RPW 2006/4, S. 739, Rz. 3 ff.

Bekanntgabe (am 28. November 2006) des Gutachtens der Weko vom 20. November 2006 auf dem Verhandlungsweg gefunden haben. Voraussetzung für eine kostenorientierte Preissetzung nach Art. 11 Abs. 1 FMG ist das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung. Es ist davon auszugehen, dass die Feststellung der Marktbeherrschung im Gutachten der Weko dazu beigetragen hat, dass die Anbieter eine Verhandlungslösung vorgezogen haben. Wenn SCM nun aber versucht daraus abzuleiten, dass die MFA deshalb nicht marktbeherrschend seien, unterliegt SCM einem Zirkelschluss: Das Vorliegen einer Marktbeherrschung ist gerade Voraussetzung dafür, dass eine kostenorientierte Preisgestaltung nach Art. 11 Abs. 1 FMG überhaupt greifen könnte. Tatsächlich hatte die ComCom jedoch gar nicht die Möglichkeit, die Höhe der Preise zu überprüfen, was in der Medienmitteilung der ComCom vom 22. Januar 2007 in der Passage zum Ausdruck kommt, dass die ComCom nicht beurteilen konnte, wie weit die nun ausgehandelten Tarife effektiv dem Erfordernis der Kostenorientierung entsprechen, weil keine Kostenanalyse durchgeführt werden konnte. Damit zeigt sich wiederum zweierlei: Erstens ist der regulatorische Rahmen in Art. 11 FMG in weiten Teilen ineffektiv, da in einem Hauptverfahren vor der ComCom zufolge vorheriger vertraglicher Einigung keine Überprüfung der Terminierungsgebühren erfolgen kann. Zweitens beeinflusst das Interkonnektionsregime nicht die Marktstellung der MFA, sondern höchstens allenfalls teilweise die Höhe der Terminierungsgebühren¹⁵⁹. Handelt es sich um die Höhe der Terminierungsgebühren, ist diese jedoch im kartellrechtlichen Sinne nicht bei der Analyse der Marktstellung, sondern gegebenenfalls unter dem Aspekt eines Missbrauchs einer Marktbeherrschung zu analysieren (vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. c KG).

168. SCM macht in ihrer Eingabe vom 22. Mai 2006¹⁶⁰ sowie in ihrer Eingabe vom 15. Dezember 2006¹⁶¹, insbesondere im Kommentar von Prof. C.C. von Weizsäcker (S. 10), weiter geltend, dass sie sich nicht unabhängig verhalten könne, da jeder FDA gleichzeitig Anbieter und Nachfrager von Terminierungsleistungen sei. Dieses Argument geht bezugnehmend auf die Beziehung Festnetz - Mobilfunk von einer Symmetrie aus, welche nicht gegeben ist. Insbesondere wird übersehen, dass die Terminierung ins Festnetz reguliert ist, in die MF-Netze jedoch nicht. Die ComCom hat die Terminierungsgebühr ins Festnetz sowie die Reziprozität der Preise festgelegt, da Swisscom im Bereich des nationalen Verbindungsnetzes für Sprachtelefonie über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, was von Swisscom bestritten wird¹⁶². Wenn folglich ein Festnetzanbieter (wie z.B. Cablecom) mit SCM über die gegenseitige Terminierung verhandeln würde, könnte der Festnetzanbieter einer hohen Terminierungsgebühr von SCM nichts entgegenhalten, da dessen eigener Preis bereits von der ComCom festgelegt wurde. Es kann also bei allfälligen gegenseitigen Verhandlungen nicht von einer Symmetrie, wie sie von SCM geltend gemacht wird, ausgegangen werden.

¹⁵⁹ Vgl. auch Rz. 397.

¹⁶⁰ Akte Nr. 341.

¹⁶¹ Akte Nr. 374.

¹⁶² Entscheide der ComCom vom 10. Juni 2005.

169. SCM macht in ihrer Eingabe vom 22. Mai 2006¹⁶³ schliesslich geltend, dass sie sich nicht unabhängig verhalten könne, da es sich bei den Terminierungsgebühren unter den MFA um ein Nullsummenspiel handle. Der Verkehr unter den MFA sei ungefähr ausgeglichen, weshalb sich die Zahlungsströme untereinander ungefähr ausgleichen würden. Diese Argumentation übersieht, dass trotz ausgeglichenem Verkehr auf dem Netz von SCM wesentlich mehr Minuten terminiert werden, als auf allen anderen MF-Netzen zusammen. Dies geht bereits aus der Marktanteilsverteilung hervor. Auch hier kann folglich nicht von einer Symmetrie ausgegangen werden, wie sie von SCM suggeriert wird. Insbesondere machen die Minuten, welche vom Festnetz her kommen, den zweitgrössten Teil der auf dem Netz von SCM terminierten Minuten aus¹⁶⁴. Ferner ist es inkohärent, dass SCM an dieser Stelle eine Unterscheidung in Bezug auf die Herkunft macht (Festnetz- und MF-Netz), während sie gleichzeitig geltend macht, die Marktabgrenzung sei zu eng. Aus Sicht von SCM ist es irrelevant, wo eine terminierte Minute originiert wurde: im MF-Netz von SCM, im Netz von Orange oder Sunrise, im Festnetz, im Ausland oder im Internet über VoIP. Jede Minute verursacht im MF-Netz von SCM die gleichen Kosten und für jede Minute wurde bis zum 31. Mai 2005 der gleiche Preis von 33.5 Rappen verlangt. Eine engere Marktabgrenzung, welche eine Unterscheidung nach Herkunft des Anrufs berücksichtigt, ist daher nicht angezeigt. Eine allfällige Symmetrie unter den Verkehrsströmen der MFA kann daher auch nicht als Argument dienen, welches eine marktbeherrschende Stellung des grössten MFA verneinen könnte.

170. SCM macht in ihrer Eingabe vom 25. Juli 2005¹⁶⁵ geltend, dass sie sich nicht unabhängig verhalten könne, da sie tiefere Terminierungsgebühren als Orange und Sunrise habe, und deshalb aufgrund des sog. "balanced traffic" immer Nettozahlungen von SCM an die beiden kleinen Anbieter gezahlt werden müssten. Dass solche Zahlungen stattfinden, ist zwar richtig, aber irreführend und nicht sachdienlich. Die Argumentation ist nicht sachdienlich, weil aus der Tatsache, dass Orange und Sunrise z.T. höhere Terminierungsgebühren verlangen als SCM nicht geschlossen werden kann, dass SCM nicht über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Die höheren Terminierungsgebühren von Orange und Sunrise sind z.T. auch auf die Interpretation des Entscheides der ComCom vom 3. April 2001 durch die MFA zurückzuführen und lassen keinen Schluss auf die Marktstellung von SCM zu¹⁶⁶. Im Übrigen hat SCM selber diese höheren Preise über Jahre akzeptiert und bezahlt. Die Argumentation von SCM ist ferner irreführend, weil sie die Tatsache verschweigt, dass bei SCM die Einnahmen aus der Terminierung vom Festnetz her um ein Vielfaches höher sind als bei allen anderen MFA zusammen, was bereits aus der Analyse der Marktanteile hervorgeht.

¹⁶³ Akte Nr. 341.

¹⁶⁴ Die genauen Zahlen finden sich in Rz. 176.

¹⁶⁵ Akte Nr. 250.

¹⁶⁶ In der Verfügung der ComCom vom 3. April 2001 betreffend Interkonnektion [...] vorsorgliche Massnahmen wurde in E. 2.2.4 darauf hingewiesen, dass im Durchschnitt [im europäischen Ausland] Marktneulinge von einer Unterscheidung [der Terminierungsgebühren] zu ihren Gunsten von weniger als 10% profitieren können. Die Verfügung der ComCom vom 3. April 2001 wurde vom Bundesgericht durch Urteil 2A.206/2001 vom 24. Juli 2001 aus formellen Gründen aufgehoben.

Insgesamt profitiert SCM daher deutlich stärker von hohen Terminierungsgebühren als irgendein anderer MFA.

171. SCM macht in ihrer Eingabe vom 25. Juli 2005¹⁶⁷ ebenfalls geltend, dass kleine MFA einen Vorteil hätten, da ihr Anteil an den Einnahmen aus dem Terminierungsgeschäft an den Gesamteinnahmen grösser sei als bei SCM. Es ist nicht nachvollziehbar, wie aus einer höheren Abhängigkeit aus einem bestimmten Geschäft ein Vorteil abzuleiten wäre. Tatsächlich ist der Anteil aus Terminierungseinnahmen relativ zu den Gesamteinnahmen bei einem kleinen MFA zwangsläufig grösser als bei einem Grossen. Diese Argumentation lässt jedoch zwei wichtige Aspekte ausser Acht: Erstens sind die Einnahmen aus dem Terminierungsgeschäft bei SCM wesentlich höher als bei Orange oder Sunrise. Dies ist insbesondere auf die hohen F2M-Einnahmen zurückzuführen. Zweitens zeigt der hohe Anteil des Terminierungsgeschäfts bei kleinen MFA lediglich, dass die Einnahmen aus anderen Geschäftsbereichen wie z.B. aus on-net-Anrufen oder Abonnementen bei den kleinen MFA fehlen, weil sie über wesentlich weniger Kunden verfügen. Daraus einen Vorteil für kleine MFA abzuleiten, ist nicht nachvollziehbar.

172. Aus der Analyse des nachgelagerten Marktes und auch wegen der starken Position von SCM im Retail-Markt geht hervor, dass es keine Kräfte gibt, welche einen disziplinierenden Einfluss auf das Verhalten von SCM im Wholesale-Markt ausüben können. SCM ist daher als marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren.

B.4.1.2.4 Die Marktstellung von Orange und Sunrise

173. Nachfolgend wird die Marktstellung von Orange und Sunrise analysiert. Die geringe und stagnierende Marktanteilsentwicklung von Orange und Sunrise trotz z.T. deutlich tieferen Endkundenpreisen sind Anhaltspunkte dafür, dass deren Marktstellung anders beurteilt werden muss als diejenige von SCM. Es ist daher zu prüfen, ob Orange und Sunrise in der Lage waren, sich auf ihrem Markt als Anbieter für die Terminierung von Anrufen von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Dabei ist insbesondere von Interesse, ob sie in der Lage waren, ihre Terminierungsgebühren unabhängig von SCM zu senken.

174. Wenn Orange oder Sunrise ihre Terminierungsgebühr substantiell gesenkt hätte (z.B. auf 15 Rappen pro Minute) wären im Wesentlichen zwei Wirkungen eingetreten:

- (1) Die Einnahmen der Anrufe aus anderen Netzen würden bei Orange bzw. Sunrise, nicht aber bei ihren unmittelbaren Konkurrenten massiv zurückgehen. Da von allen Anrufen, die auf dem Netz von Orange bzw. Sunrise terminiert werden, ca. 90% von fremden Netzen stammen und nur

¹⁶⁷ Akte Nr. 250.

etwa 10% von eigenen Kunden her kommen¹⁶⁸, wäre eine Senkung der Terminierungsgebühr für einen kleinen Anbieter finanziell verheerend.

(2) Orange bzw. Sunrise würde durch die Senkung ihrer Terminierungsgebühr die Kosten ihrer unmittelbaren Konkurrenten verringern. Diese könnten dadurch ihre jeweiligen Endkundenpreise senken und Orange bzw. Sunrise würde Marktanteile verlieren¹⁶⁹.

175. Solange der etablierte Anbieter seine Terminierungsgebühr hoch hält, kann ein kleiner Anbieter seine Terminierungsgebühr nicht senken, selbst wenn er wollte – er würde nur in doppelter Hinsicht verlieren.

176. Bei einem Anbieter mit einem grossen Marktanteil wie SCM sieht die Rechnung jedoch anders aus. Der grösste Teil der Anrufe kommt von SCM selber (on-net-Anrufe), ein zweiter grosser Block ist eine konzerninterne Umverteilung von Swisscom Fixnet zu SCM, wie Tabelle B-2 aufzeigt:

Tabelle B-2: Terminierte Minuten auf dem Netz von SCM in der Zeit vom 1. Juni 2004 bis 31. Mai 2005¹⁷⁰

on-net SCM	[1 – 2 Mia.]
Swisscom Fixnet	[500 – 1200 Mio.]
Orange	[100 – 400 Mio.]
Sunrise	[100 – 400 Mio.]
Rest	[500 – 1200 Mio.]
Total terminierte Minuten	[1 – 5 Mia.]

177. Folglich führte eine Senkung der Terminierungsgebühr von SCM zu Kostensenkungen beim grössten Festnetzanbieter der Schweiz (Swisscom Fixnet), der dadurch mit entsprechendem Mehrverkehr wieder mehr Einnahmen generieren kann. Die gleichen Argumente, die bei Orange bzw. Sunrise wahrscheinlich zum Marktaustritt geführt hätten, gelten bei SCM nicht.

178. Wenn Orange oder Sunrise vor drei Jahren eine Terminierungsgebühr von beispielsweise 10 Rappen verlangt hätten (wie in Tabelle B-9), aber SCM eine solche von 33.5 Rappen, so würde es Orange bzw. Sunrise heute in der Schweiz wahrscheinlich nicht mehr geben.

179. Bei der Frage, ob sich Orange und Sunrise unabhängig verhalten können, ist ebenfalls die deutlich schwächere Position im Retail-Markt zu berücksichtigen. Hohe Terminierungsgebühren geben dem etablierten Anbieter mit dem

¹⁶⁸ Dies ist eine Schätzung aufgrund der Marktanteile.

¹⁶⁹ Dieser zweite Effekt wurde ebenfalls in Rz. 125 erläutert.

¹⁷⁰ Antworten von SCM auf Fragen 9 und 10 des Fragebogens vom 29. November 2002, Akte Nr. 16. Datenuodate vom 25. Oktober 2005, Akte Nr. 303.

grössten Marktanteil die Möglichkeit, durch das Festlegen hoher Preisunterschiede zwischen sog. on-net und off-net Anrufen ihre starke Marktposition gegenüber kleinen MFA zu halten oder sogar zusätzlich zu verstärken.

180. Ein grosser Unterschied zwischen on-net und off-net Tarifen im Retail-Markt verhindert, dass kleine Anbieter ihren Marktanteil auf Kosten des etablierten Anbieters vergrössern können. Wenn ein potentieller MF-Kunde kurz nach der Marktöffnung, d.h. wenn ein MFA noch über einen Marktanteil von 100 Prozent verfügt, sich für ein Netz entscheidet, wird er sich unter anderem auch die Frage stellen, wie viele Anrufe er innerhalb des gleichen Netzwerkes (on-net) und wie viele er ausserhalb desselben (off-net) tätigen wird. Ein MFA, welcher über einen grossen Marktanteil verfügt und welcher einen grossen Unterschied zwischen on-net und off-net Tarifen aufweist, ist folglich für ihn attraktiver, weil die Wahrscheinlichkeit eines off-net Anrufes sehr gering ist.

181. Ein Kunde von SCM wird bei aktueller Marktsituation ca. 60% seiner Anrufe innerhalb des Netzwerkes von SCM tätigen, während nur ca. 20% bei Sunrise und ca. 20% bei Orange terminiert werden. Ein Kunde von Orange oder Sunrise hingegen muss ca. 80% seiner Anrufe auf fremde Netze tätigen, sodass die tieferen on-net Tarife nur in ca. 20% seiner Anrufe zum Zuge kommen.

Tabelle B-3: Preisbeispiel, welches die finanzielle Wirkung einer On-net/off-net-Preisdifferenzierung von SCM aufzeigt

	<i>SCM</i>	<i>Orange oder Sunrise</i>
Marktanteil	60%	20%
Preis on-net	CHF 0.25	CHF 0.25
Preis off-net	CHF 0.79	CHF 0.79
Minuten on-net	60	20
Minuten off-net	40	80
Kosten on-net	CHF 15.00	CHF 5.00
Kosten off-net	CHF 31.60	CHF 63.20
<i>Gesamtkosten</i>	<i>CHF 46.60</i>	<i>CHF 68.20</i>

182. Ein konkretes Tarifbeispiel soll das verdeutlichen. Am 31. Mai 2005 kostete ein on-net-Anruf im Normaltarif beim Abonnement "Natel Business" bei SCM 25 Rappen pro Minute. Ein gleichlanger Anruf auf ein fremdes Netz (off-net) kostete 79 Rappen (vgl. Tabelle B-4). Wenn SCM und Sunrise die gleichen Tarife hätten, so müsste ein Geschäftskunde, der z.B. 100 Minuten pro Monat telefo-

niert bei SCM mit Telefonkosten von CHF 46.6 rechnen. Bei Sunrise müsste er hingegen CHF 68.2 bezahlen. Diese Mehrkosten von fast 50% entstehen bei exakt den gleichen Preisen einzig aufgrund der unterschiedlichen Marktanteile. In Tabelle B-3 sind die Zahlen und einige Zwischenresultate noch einmal zusammengefasst dargestellt.

183. Das Tarifbeispiel macht deutlich, dass ein Unternehmen, welches über einen grossen Marktanteil verfügt, allein aufgrund des Marktanteiles einen Vorteil hat, wenn es Preisdifferenzierung zwischen on-net- und off-net-Anrufen betreibt. An dieser Tatsache ändert sich auch nichts, wenn das einfache Rechenbeispiel durch die Einführung von Auslandtarifen oder anderen Elementen ergänzt wird. SCM führt in ihrer Eingabe vom 25. Juli 2005¹⁷¹ (Rz. 144 ff.) weitere Elemente ein (Auslandtarife, Roaming, off-net-Differenzierungen sowie Andere). Der hier aufgezeigte Effekt, nämlich der Vorteil eines grossen Anbieters gegenüber kleinen MFA, bleibt jedoch bei sämtlichen Berechnungen von SCM bestehen¹⁷². Ein MFA mit einem grossen Marktanteil hat auch hier immer einen Vorteil gegenüber einem kleinen Anbieter, allein aufgrund seines hohen Marktanteiles.

184. Es ist zu ergänzen, dass diese Berechnungen auf einem Preisbeispiel beruhen, das einen deutlichen Unterschied zwischen on-net- und off-net-Tarifen aufweist. Nicht alle Unterschiede zwischen on-net- und off-net-Tarifen von SCM sind so hoch. Tabelle B-4 zeigt die Tarife von SCM am 31. Mai 2005, Tabelle B-5 zeigt die Unterschiede der on-net- und off-net-Tarife in Prozent. Aus den Tabellen geht hervor, dass beim kleinsten Unterschied der off-net-Tarif (CHF 1.03) lediglich 14.4% höher ist als der on-net-Tarif (CHF 0.9). Die grossen Unterschiede können bei den "Business-Tarifen" und im Nacht- bzw. Wochenendtarif (WE) beobachtet werden. Beim grössten Unterschied ist der off-net-Tarif (CHF 0.79) ganze 216% höher als der on-net-Tarif (CHF 0.25). Dies bedeutet, dass der off-net-Anruf mehr als das Dreifache des on-net-Anrufes kostet.

185. Die Analyse zeigt, dass ein grosser Anbieter allein aufgrund seines grossen Marktanteiles einen erheblichen Wettbewerbsvorteil gegenüber einem neu in den Markt eintretenden Anbieter hat. Wenn das Preisniveau für die Terminierung also generell hoch ist, so profitieren MFA, welche aktuell über einen hohen Marktanteil verfügen, deutlich von einem grossen Unterschied zwischen on-net- und off-net-Preisen.

¹⁷¹ Akte Nr. 250.

¹⁷² Tabelle auf S. 73 der Eingabe vom 25. Juli 2005, Akte Nr. 250.

Tabelle B-4: Preise von SCM vom Januar 2002 bis am 31. Mai 2005¹⁷³

	<i>Easy</i>	<i>Budget</i>	<i>Swiss</i>	<i>Inter-national</i>	<i>Business</i>
on-net normal	CHF 0.99	CHF 0.7	CHF 0.59	CHF 0.4	CHF 0.25*
off-net normal	CHF 1.29	CHF 0.99	CHF 0.79	CHF 0.79	CHF 0.79
on-net nieder	CHF 0.9	CHF 0.7	CHF 0.4	CHF 0.3	CHF 0.25*
off-net nieder	CHF 1.03	CHF 0.99	CHF 0.53	CHF 0.53	CHF 0.53
on-net Nacht / WE	CHF 0.8	CHF 0.7	CHF 0.2	CHF 0.2	CHF 0.25*
off-net Nacht / WE	CHF 1.03	CHF 0.99	CHF 0.53	CHF 0.53	CHF 0.53

* ab der 300. Minute im Monat 15 Rappen.

Tabelle B-5: Preisunterschiede zwischen on-net und off-net-Tarifen in Prozent

	<i>Easy</i>	<i>Budget</i>	<i>Swiss</i>	<i>Inter-national</i>	<i>Business</i>
normal	30.3%	41.4%	33.9%	97.5%	216.0%
nieder	14.4%	41.4%	32.5%	76.7%	112.0%
Nacht / WE	28.8%	41.4%	165.0%	165.0%	112.0%

186. In der Literatur wird dieses Verhalten als "preisinduzierte Netzwerkeffekte" bzw. "tariff-mediated network externalities" bezeichnet. Der Begriff stammt von Laffont, Rey und Tirole, jedoch weisen auch andere Autoren darauf hin, dass ein grosser Unterschied zwischen on-net- und off-net-Preisen vor allem für MFA mit grossen Marktanteilen von Vorteil ist¹⁷⁴. Auch in der Entscheidung der Österreichischen Wettbewerbsbehörde TKK in Sachen "Terminierung in öf-

¹⁷³ Antworten der Fragen 11 der Fragebogen vom 29. November 2002, Akte Nr. 16, welche das Sekretariat in elektronischer Form erhielt (Akte 122).

¹⁷⁴ J.J. Laffont, P. Rey, J. Tirole, Network Competition I: Overview and Nondiscriminatory Pricing, RAND Journal of Economics 29, 38-56; Joshua S. Gans and Stephen P. King, University of Melbourne, 1999, Termination Charges for Mobile Phone Networks; Competitive Analysis and Regulatory Options; M. Werner, On the Nature of Competition in the Markets for Communication, 2002, www.dissertation.de/buch.php3?buch=1896; "ERG Common Position on the approach to Appropriate remedies in the new regulatory framework", ERG (03) 30rev1, 2004, http://erg.eu.int/doc/whatsnew/erg_0330rev1_remedies_common_position.pdf; "Assessing Effects of Price Regulation in European Retail Payment Systems", Kari Kemppainen, Bank of Finland, 2004.

fentlichen Mobiltelefonnetzen" von 2004 wird auf diese Zusammenhänge hingewiesen¹⁷⁵.

187. Ein etablierter Anbieter, welcher als erster im MF-Markt aktiv ist, hat also von Anfang an ein Interesse an hohen Terminierungsgebühren. Dies aus zwei Gründen: Erstens generiert er auf diese Weise hohe F2M-Einnahmen und zweitens haben neu in den Markt eintretende MFA grosse Mühe, Kunden, und damit Marktanteile auf Kosten des etablierten Anbieters zu gewinnen. Kommt ein zweiter MFA, der anfangs über keine Kunden verfügt, in den Markt, in dem schon ein etablierter Anbieter über eine grosse Kundenbasis verfügt und die Terminierungsgebühr bereits hoch angesetzt hat, ist es für den neu Eintretenden notwendig, seine Terminierungsgebühren ebenfalls hoch anzusetzen. Denn wenn er sie tief ansetzt, gewinnt er keine zusätzlichen Kunden im Retail-Markt, da diese sich bei der Wahl eines Anbieters in der Regel nicht für die Terminierungsgebühr interessieren. Auf der anderen Seite würde er hohe Einnahmen aus den F2M-Anrufen verlieren¹⁷⁶. Es blieb also den neuen MFA Orange und Sunrise nichts anderes übrig, als der Preispolitik der Terminierungsgebühren von SCM zu folgen.

188. SCM macht in ihrer Eingabe vom 22. Mai 2006¹⁷⁷ geltend, dass preisinduzierte Netzwerkeffekte nicht existierten und empirisch nicht bewiesen seien. Dazu reichte SCM ein Gutachten von Prof. C.C. von Weizsäcker ein¹⁷⁸. Prof. C.C. von Weizsäcker steht mit dieser Ansicht in der ökonomischen Literatur praktisch alleine da. Die Literaturliste des Gutachtens ist entsprechend kurz, wobei keine einzige Angabe zu finden ist, welche dessen Sichtweise unterstützen würde¹⁷⁹. Zu bemerken ist zudem, dass SCM in ihrer Eingabe vom 25. Juli 2005¹⁸⁰ in ihren eigenen Berechnungen ebenfalls einen preisinduzierten Netzwerkeffekt aufgezeigt hat¹⁸¹. Im Übrigen handelt es sich bei den Berechnungen in Tabelle B-3 nicht um eine empirische Studie, sondern es werden lediglich auf der Basis von beobachteten Preisen und tatsächlichen Marktanteilen Überlegungen aufgezeigt, welche von jedem potentiellen MF-Kunden gemacht werden, wenn er sich für einen MFA in der Schweiz entscheiden will. Da es sich dabei um ein bekanntes Phänomen handelt, welches von namhaften Wissenschaftern in der ökonomischen Literatur im Bereich der Telekommunikation vielfach erwähnt und analysiert wird, wurde zusätzlich auf diese wissenschaftliche Literatur verwiesen (vgl. Rz. 186 oben).

¹⁷⁵ www.rtr.at bzw. für den Entscheid:

www.rtr.at/web.nsf/deutsch/Telekommunikation_Regulierung_Entscheidungen_Entscheidungen_M15abcde03.

¹⁷⁶ Siehe Rz. 174.

¹⁷⁷ Akte Nr. 341.

¹⁷⁸ Beilage 1 der Eingabe vom 22. Mai 2006, Akte Nr. 341, S. 13. In den Rz. 288 ff. wird ausführlich auf weitere Argumente des Gutachtens eingegangen.

¹⁷⁹ S. 13 des Gutachtens.

¹⁸⁰ Akte Nr. 250.

¹⁸¹ In Rz. 182 wurde bereits ausführlich auf die Berechnungen von SCM eingegangen.

189. SCM macht in ihrer Eingabe vom 22. Mai 2006¹⁸² weiter geltend, dass es keinen Zusammenhang zwischen der Höhe der Terminierungsgebühren und der on-net/off-net-Preisdifferenzierung gäbe. Die nachfolgende Rechnung zeigt jedoch, dass ein direkter Zusammenhang besteht. Die Kostenkomponenten eines on-net-Anrufes setzen sich wie folgt zusammen:

Kosten der Originierung + Kosten des Transits + Kosten der Terminierung.

Im Preisbeispiel wird dafür vom Endkunden ein Minutentarif von 25 Rappen verlangt. Bei einem Anruf auf ein fremdes Netz (off-net-Anruf) sind die Kosten wie folgt:

Kosten der Originierung + Kosten des Transits + Terminierungsgebühr des fremden Netzes.

Im Preisbeispiel aus Tabelle B-3 wird dafür vom Endkunden ein Minutentarif von 79 Rappen verrechnet. Folglich müssen die wesentlich höheren Kosten, welche bei einem off-net-Anruf durch die Terminierungsgebühr des fremden Netzes anfallen, früher oder später dem Endkunden überwält werden. Es besteht also ein direkter Zusammenhang zwischen den Terminierungsgebühren auf dem Wholesale-Markt und den hohen off-net-Gebühren im Retail-Markt.

190. In Bezug auf die Festsetzung der Terminierungsgebühren durch Orange und Sunrise sind auch behördliche Eingriffe zu beachten. Aufgrund von Art. 11 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 16 FMG besteht für die MFA eine Verpflichtung zur Interoperabilität, von welcher auch die Terminierung in MF-Netze erfasst wird, was mithin zu einer Angebotsverpflichtung führt. Kostenorientierte Interkonnektion ist nach Art. 11 Abs. 1 FMG nur im Falle des Vorliegens einer Marktbeherrschung gegeben. Hingegen besteht bezüglich der Terminierung in MF-Netze auf entsprechendes Gesuch hin bereits gestützt auf Art. 11 Abs. 3 FMG die Möglichkeit der Festsetzung von markt- und branchenüblichen Bedingungen, welche für Dienste der Grundversorgung nach Art. 11 Abs. 2 FMG auch ohne Marktbeherrschung möglich ist. Auf Ersuchen von SCM wurde denn auch DiAx (heute: Sunrise) in einem vorsorglichen Massnahmeentscheid verpflichtet, für die internationale Terminierung (aus dem Ausland stammende Anrufe) 15 Rappen pro Minute zu verrechnen¹⁸³. In einer weiteren Verfügung der ComCom hielt diese fest, dass sie für kleinere Anbieter eine Preisdifferenz von 10% bei den Terminierungsgebühren gegenüber dem historischen Anbieter als gerechtfertigt erachtet¹⁸⁴. Die Verfahren wurden aufgrund einer Verhandlungslösung zwischen SCM und Sunrise kurz vor Abschluss des Verfahrens durch Verfügung der ComCom vom 8. November 2001 vom Protokoll abgeschrieben. Von Bedeutung in diesem Zusammenhang ist, dass die von der ComCom erwähnte Preisdifferenz sich auf die Terminierungsgebühren auswirkte. Sunrise und auch Orange haben

¹⁸² Akte Nr. 341.

¹⁸³ Verfügung der ComCom vom 29. April 1999.

¹⁸⁴ Verfügung der ComCom vom 3. April 2001. Aufgehoben aus formellen Gründen durch Urteil des Bundesgerichts 2A.206/2001 vom 24. Juli 2001.

sich bei der Festlegung ihrer Terminierungsgebühren später an denjenigen von SCM orientiert und sich an der von der ComCom zugestandenen Preisdifferenz von plus 10% orientiert. Anlässlich der Anhörung vom 5. September 2005 wies SCM darauf hin, dass Sunrise im Rahmen eines Vergleichs, mit welchem die entsprechenden Interkonkurrenzverfahren gegenstandslos wurden, eine Asymmetrie von 10% zugestanden wurde¹⁸⁵. Die Preisdifferenz von 10% wurde in Folge von Orange und Sunrise im Wesentlichen eingehalten (was in Abbildung A-2 ersichtlich ist) womit der Asymmetrie von 10% eine branchenweite Wirkung zugekommen ist.

191. Bezüglich der Asymmetrie von 10% vertrat Sunrise die Auffassung, dass ihr ein grösseres Delta zugestanden werden sollte. Eine unilaterale Erhöhung der Terminierungsgebühren war Sunrise jedoch kaum möglich, da aufgrund der vielschichtigen bilateralen Geschäftsbeziehungen mit anderen FKA einer gewissen Grösse Kündigungen von Backbone- oder Transitdiensten befürchtet werden mussten¹⁸⁶. Das erscheint in Anbetracht der Marktverhältnisse glaubhaft. Faktisch verfügten damit Orange und Sunrise über keine Möglichkeit der Erhöhung ihrer Terminierungsgebühren.

192. Im Zusammenhang mit der Marktstellung von Orange und Sunrise ist ebenfalls von Interesse zu analysieren, wie sich die Marktgegenseiten der drei MFA zusammensetzen. Werden die terminierten Minuten auf dem Netz von SCM der letzten drei Monate vor dem 31. Mai 2005 auf ihre Herkunft hin analysiert, so wird ersichtlich, dass ca. [30% - 60%] der Anrufe von Swisscom Fixnet stammten. Weitere ca. [30% - 60%] stammten von den unmittelbaren Wettbewerbern von SCM (Orange, Sunrise und Tele2) wenn deren Festnetzanteil ebenfalls mitgerechnet wird. Der Rest, also die von den schweizerischen MFA unabhängig erzeugten Minuten, bestehend aus dem internationalen Verkehr und einigen kleinen in der Schweiz operierenden Festnetzansatzern, machten dann nur noch etwa [5% - 20%] aller terminierten Minuten aus. Die sog. on-net-Minuten von SCM sind darin nicht mitgerechnet. Würden diese mitgerechnet, so bestünde der Swisscom-interne Verkehr aus ca. [50% - 80%], derjenige der Wettbewerber von SCM (inkl. deren Festnetzsparte) ca. [15% - 30%] und der Rest noch etwa [5% - 20%]¹⁸⁷.

193. Die Marktgegenseiten von Orange und Sunrise sind zwar grundsätzlich ähnlich zusammengesetzt wie diejenige von SCM. Der Unterschied zur Marktgegenseite von SCM besteht jedoch darin, dass der Swisscom-Verkehr jeweils etwa 70% der terminierten Minuten ausmacht. Demgegenüber beträgt der Orange- bzw. Sunrise-Verkehr bei SCM nur rund [5% - 20%]. Daraus wird ersichtlich, wie grundlegend sich die Positionen von SCM von denjenigen der kleinen MFA Orange und Sunrise unterscheiden.

¹⁸⁵ Präsentation von SCM an der Anhörung vom 5. September 2005, Akte Nr. 272, S. 2.

¹⁸⁶ Ausführungen Sunrise vom 14. Oktober 2005, Akte Nr. 301, S. 1.

¹⁸⁷ Antworten von SCM auf Fragen 9 und 10 des Fragebogens vom 29. November 2002, Akte Nr. 16. Datupdate vom 25. Oktober 2005, Akte Nr. 303.

194. Aufgrund der schwachen Positionen auf den Retail-Märkten und des Vorhandenseins sog. preisinduzierter Netzwerkeffekte sowie aufgrund der starken Position von SCM und Swisscom Fixnet als Hauptnachfrager von Terminierungsleistungen ist davon auszugehen, dass Orange und Sunrise in der Zeit bis zum 31. Mai 2005 in ihren jeweiligen Wholesale-Märkten für eingehende Fernmeldedienste ihre Terminierungsgebühren nicht unabhängig festlegen konnten. Vielmehr mussten sie de facto, ihre Preise an das von SCM festgelegte Preisniveau anzugleichen. Folglich bestehen für Orange und Sunrise in der Zeitperiode bis zum 31. Mai 2005 keine genügenden Anhaltspunkte für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG.

B.4.1.3 Ergebnis hinsichtlich der Marktbeherrschung

195. Die Analyse der Wettbewerbssituation in den relevanten Märkten hat ergeben, dass SCM als marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren ist. Bei Sunrise und Orange konnten die Anhaltspunkte, welche zu Beginn der Untersuchung für den Zeitraum bis zum 31. Mai 2005 auf eine marktbeherrschende Stellung von Orange und Sunrise schliessen liessen, nicht erhärtet werden. Vorbehalten bleibt die Überprüfung der Marktstellung von Orange und Sunrise im weiteren Verlauf der Untersuchung für die Sachverhalte nach dem 1. Juni 2005. Wichtig dabei wird insbesondere sein, wie sie sich nach der vierzigprozentigen Preissenkung von SCM am 31. Mai 2005 verhalten haben.

B.4.2 Unzulässige Verhaltensweisen von Swisscom Mobile

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

197. Im vorliegenden Fall ist zu prüfen, ob SCM im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG unangemessen hohe Preise für die Terminierung in ihr MF-Netz verlangte und somit die Endkunden der anderen FDA ausbeutete, welche die Terminierungsgebühr auf ihre Endkunden überwälzten (sog. Ausbeutungsmissbrauch, Kap. B.4.2.1). Ebenfalls ist zu prüfen, ob SCM ihre Wettbewerber Orange und Sunrise im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG behinderte durch ihre Preissetzung im Bereich der Terminierung (sog. Behinderungsmissbrauch, Kap. B.4.2.4). Ferner ist zu prüfen, ob eine Diskriminierung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG vorlag, indem gewisse FDA höhere Preise oder ungerechtfertigte Rabatte von SCM für die Terminierung erhielten. Gemäss Angaben von SCM veranschlagte SCM für alle FDA die gleichen Tarife¹⁸⁸. Damit bestehen diesbezüglich keine Anhaltspunkte, welche auf eine Diskriminierung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG hindeuten.

¹⁸⁸ Antworten von SCM auf Fragen 9 und 10 des Fragebogens vom 29. November 2002, Akte Nr. 16, in der Eingabe von SCM vom 9. März 2004, Akte Nr. 122.

B.4.2.1 *Erzwingung unangemessener Preise*

198. Als unzulässige Verhaltensweise fällt unter anderem die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen in Betracht (Art. 7 Abs. 2 lit. c KG). Im Sinne dieses Ausbeutungstatbestandes ist ein Preis, den ein marktbeherrschendes Unternehmen festlegt, unangemessen, wenn er nicht Ausdruck von Leistungswettbewerb, sondern einer monopolnahen Dominanz auf dem relevanten Markt ist. Zu beachten ist jedoch, dass in der Aussicht, Gewinne über dem Wettbewerbsniveau zu erzielen, oftmals der Anreiz zu risikoreichen Investitionen und Innovationen liegt. Die Bekämpfung von Preisen über Wettbewerbsniveau darf somit nicht dazu führen, dass dieser Anreiz, den Leistungswettbewerb überhaupt erst aufzunehmen, zum Erliegen kommt. Das KG greift mit anderen Worten nur dort ein, wo die Preise nicht (mehr) das Resultat des Leistungswettbewerbs, sondern Ergebnis einer Wettbewerbsbeschränkung sind und wo demzufolge die Renditennormalisierungsfunktion, welche die Preisbildung im wirksamen Wettbewerb determiniert, ausgeschaltet ist¹⁸⁹.

199. Auch hohe Preise können gerechtfertigt sein, wenn die Preisbildung auf sachlichen Grundlagen („legitimate business reasons“) beruht¹⁹⁰. Zu beurteilen ist, ob die Preise in einem vernünftigen Verhältnis zum Wert der von einem marktbeherrschenden Unternehmen angebotenen Leistung stehen¹⁹¹.

200. Anhaltspunkte für die Unangemessenheit eines Preises lassen sich aus einem Vergleich der Preise aus ähnlich gelagerten Vergleichsmärkten herleiten (sog. „Vergleichsmarktkonzept“). Sodann lassen sich aus dem Vergleich des Preises mit den Gestehungskosten unter Berücksichtigung einer normalen Gewinnmarge Hinweise gewinnen, ob von einer unangemessenen und damit missbräuchlichen Preisbildung ausgegangen werden muss (sog. „Kostenmethode“)¹⁹². Da vorliegend SCM keine Angaben zu ihren Kosten leistete, welche eine auf dem Netz von SCM terminierte Minute verursacht, wird anstelle dieser Angaben auf Schätzungen dieser Kosten abgestellt (vgl. Rz. 254 f.). Dabei wird insbesondere auf Kostenberechnungen ausländischer MFA abgestellt.

201. Als Vergleichsmärkte kommen dabei insbesondere Gegenüberstellungen zu anderen geografischen Märkten für das selbe Produkt in Frage, wie zum Bei-

¹⁸⁹ Vgl. hierzu etwa Roberto Dallafior, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Rz. 113 zu Art. 7 KG; Roland von Büren/Eugen Marbach, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. Bern 2002, Rz. 1335 ff.; Roger Zäch, in: von Büren/David (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/2, Kartellrecht, Basel/Genf/München 2000, S. 213 f.; Richard Whish, Competition Law, 4th edition, London 2001, S. 635 je mit Hinweisen.

¹⁹⁰ Roger Zäch, in: von Büren/David (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/2, Kartellrecht, Basel/Genf/München 2000, S. 214; Roland von Büren/Eugen Marbach, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. Bern 2002, Rz. 1336.

¹⁹¹ Botschaft zu einem Kartellgesetz, BBl 1995 468 ff., S. 572.

¹⁹² Zu diesen Konzepten vgl. etwa Roberto Dallafior, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Rz. 116 f. zu Art. 7 KG.

spiel ausländische Märkte¹⁹³. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass für einen Vergleich auch einzelne Länder ausgewählt werden können, die über gewisse Grundvoraussetzungen verfügen, die sie für einen Vergleich geeignet machen. Zu diesen Grundvoraussetzungen gehören generelle wirtschaftliche, geografische und kulturelle Faktoren. Zudem darf es nicht so sein, dass in dem Vergleichsland ebenfalls ein überhöhtes Preisniveau vorhanden ist, welches auch auf einen mangelnden Wettbewerb schliessen lässt. Daher eignen sich insbesondere Länder, in denen die Terminierungsgebühren bereits durch die Regulierungsbehörden mit Hilfe eines Kostenmodells wie z.B. das LRIC-Modell¹⁹⁴ festgelegt wurden. Auf diese Weise ist sichergestellt, dass die Preise nicht ebenfalls überhöht sind und ein Vergleich somit wenig aufschlussreich ist. Bei der Anwendung eines Kostenmodells (LRIC) wird davon ausgegangen, dass die Bestimmung der Preise zu einem ähnlichen Preisniveau führt wie wirksamer Wettbewerb.

202. Eine weitere Möglichkeit besteht darin, dass die Preisniveaus einer Vielzahl von Ländern miteinander verglichen werden. Dies ist geschehen in der IRG-Grafik (Abbildung A-3) und im Skype-Index unter Rz. 239 unten. Dabei geht es allerdings nicht um einen direkten Vergleich der Preise mit dem Preisniveau in einem konkreten Land, sondern nur um die Position von SCM im internationalen Vergleich. Hier ist ebenfalls zu berücksichtigen, dass ein solcher Vergleich möglicherweise eine Vielzahl von Ländern enthält, welche ebenfalls mangelnden Wettbewerb aufweisen, der im jeweiligen Land zu überhöhten Preisen führte.

203. Die Beurteilung der Preise auf ihre Angemessenheit nach Art. 7 Abs. 2 lit. c KG erfolgt sinnvollerweise nach den Kriterien von Art. 13 PÜG¹⁹⁵. Abgestellt werden kann damit behelfsweise auf die in Art. 13 PÜG umschriebenen Beurteilungselemente¹⁹⁶. Analog Art. 13 PÜG sind bei der Beurteilung von Preisen die Preisentwicklung auf Vergleichsmärkten (Kap. B.4.2.1.1), die Notwendigkeit der Erzielung angemessener Gewinne (Kap. B.4.2.1.2), die Kostenentwicklung (Kap. B.4.2.1.3), besondere Unternehmensleistungen, besondere Marktverhältnisse und ev. der Preissockel zu berücksichtigen. Im Zusammenhang mit dem Tatbestand in Art. 7 Abs. 2 lit. c KG ist zudem erforderlich, dass die unangemessenen Preise vom marktbeherrschenden Unternehmen erzwungen worden sind (Kap. B.4.2.1.4).

204. Im vorliegenden Fall ist zu beurteilen, ob die Terminierungsgebühren von SCM in einem vernünftigen Verhältnis zum Wert der Terminierung ins MF-Netz von SCM stehen. Die nachfolgenden Analysen werden aufzeigen, inwiefern mit-

¹⁹³ Clerc, in: *Droit de la concurrence, Commentaire romand*, Tercier/Bovet (Hrsg.), Basel 2002, Rz.199 zu Art. 7.

¹⁹⁴ LRIC (Long Run Incremental Costs) ist die vom Bundesrat vorgegebene Methode zur Berechnung kostenorientierter Preise. LRIC steht für eine international anerkannte Berechnungsmethode, die auch in der EU in Interkonnectionsverhältnissen angewandt wird. Für weitere Informationen siehe www.bakom.admin.ch/themen/telekom/00461/00885, „Grundsätze für die Implementierung und Best Practice betreffend LRIC“ (nur auf Englisch).

¹⁹⁵ Roger Zäch, in: von Büren/David (Hrsg.), *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, Band VI/2, Kartellrecht, Basel/Genf/München 2000, S. 214.

¹⁹⁶ Borer, *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, Zürich 1998, Rz. 17 zu Art. 7.

tels Vergleichen die Angemessenheit der Preise im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG überprüft werden kann.

205. SCM macht in ihrer Stellungnahme vom 25. Juli 2005¹⁹⁷ sowie in ihrer Stellungnahme vom 22. Mai 2006¹⁹⁸ geltend, dass sie schon immer tiefere Terminierungsgebühren gehabt habe als ihre beiden Konkurrenten Orange und Sunrise. Die Terminierungsgebühr von SCM ist jedoch nicht mit derjenigen von Orange oder Sunrise zu vergleichen, da wie gezeigt wird, Orange und Sunrise ihr Verhalten nicht angelastet werden kann (vgl. Kap. B.4.3 unten). Diese waren vielmehr dazu gezwungen, ihre Preise denjenigen von SCM anzugleichen (vgl. Rz. 187 oben).

B.4.2.1.1 Die Preisentwicklung auf Vergleichsmärkten

206. Soll die Vergleichsmarktmethode verwertbare Indizien für die Unangemessenheit von Preisen liefern, müssen die Vergleichsmärkte tatsächlich und rechtlich vergleichbar sein. Im Bereich der MF-Terminierung bieten sich einerseits ausländische Märkte zum Vergleich mit den Verhältnissen in der Schweiz an (Kap. B.4.2.1.1.4 unten). Hierzu werden insbesondere ausländische MFA herangezogen. Andererseits bieten sich inländische Preise zum Vergleich an, insbesondere die Retail-Preise im MF-Markt (Kap. B.4.2.1.1.1 unten) und die Terminierung ins Festnetz (Kap. B.4.2.1.1.2 unten). Im vorliegenden Fall sind die Märkte im Ausland mit denjenigen der Schweiz vergleichbar, denn die Terminierung ist ein ausgesprochen homogenes und klar definiertes Gut, das weltweit auf allen Telekommunikationsnetzwerken in gleicher Art angeboten und nachgefragt wird.

207. In Bezug auf den Missbrauch der marktbeherrschende Stellung von SCM im Bereich der Terminierung kann ergänzt werden, dass Behörden in anderen europäischen Staaten aus ähnlichen Überlegungen zu analogen Schlüssen wie die Weko in der vorliegenden Verfügung gekommen sind. Sektorspezifische und allgemeine Wettbewerbsbehörden einiger europäischer Länder haben im Rahmen fernmelde- oder kartellrechtlicher Verfahren bereits festgestellt, dass die Terminierungsgebühren, welche die MFA veranschlagt hatten, missbräuchlich hoch waren. Zu den Staaten, die sich in Bezug auf die Problematik der Terminierungsgebühren mit der Schweiz vergleichen lassen, gehören Österreich, Schweden, Norwegen, UK und Zypern (Kap. B.4.2.1.1.4 unten). Weitere Hinweise liefert ein Blick auf die Regulierung (Kap. B.4.2.1.1.3 unten) und auf die finanzielle Situation von SCM (Kap. B.4.2.1.2 unten).

208. SCM macht in ihrer Stellungnahme vom 25. Juli 2005¹⁹⁹ geltend, dass bei einem Vergleich die Qualität des Gutes ebenfalls berücksichtigt werden müsse. Sie verweist dabei auf verschiedene internationale Preise, welche SCM gewonnen hat und auf interne Studien über die Kundenzufriedenheit. Dieser Argumentation ist nicht nachvollziehbar, da sich die Argumentation von SCM auf die

¹⁹⁷ Akte Nr. 250.

¹⁹⁸ Akte Nr. 341.

¹⁹⁹ Akte Nr. 250.

Retail-Ebene bezieht. Die "Qualität" der Terminierung auf den Wholesale-Märkten ist davon jedoch nicht betroffen.

B.4.2.1.1.1 Vergleich mit Retail-Preisen in der Schweiz

209. Bei den Endkundenpreisen (Retail-Preisen) für abgehende Anrufe aus einem MF-Netz muss zwischen privaten Anwendern und Geschäftskunden unterschieden werden. Beim Preisplan „NATEL business“ waren die tiefsten Minutenpreise bei 15 Rappen²⁰⁰, während Geschäftskunden z.T. weniger als zehn Rappen pro Minute bezahlen mussten²⁰¹. In sog. geschlossenen Benutzergruppen (closed user groups) für Geschäftskunden kann innerhalb der Gruppe teilweise sogar kostenlos telefoniert werden. Dies sind jedoch Minutentarife, welche innerhalb desselben Netzes (on-net) zur Anwendung gelangten und nicht den Durchschnittspreisen einer telefonierten Minute entsprechen. Um die Durchschnittspreise einer telefonierten Minute zu bestimmen, müssten u. U. die monatlichen Abonnementsgebühren und allfällige Gerätesubventionen noch mitberücksichtigt werden. Da Terminierungsgebühren Preise pro Minute sind, ist ein Vergleich mit Endkundenpreisen pro Minute folgerichtig.

210. Aus der Betrachtung der Retail-Preise geht hervor, dass die Minutentarife für on-net-Anrufe für Endkunden deutlich unter den Minutentarifen für die Terminierung liegen. Dies ist insofern erstaunlich, als bei einem on-net-Anruf auf der Kostenseite sowohl die Originierung wie auch die Terminierung anfallen. Wenn ein Anruf von ausserhalb des eigenen Netzwerks terminiert wird (off-net-Anruf), entsteht auf der Kostenseite nur die Terminierung (und keine Originierung). Obwohl folglich ein on-net-Anruf wesentlich mehr Kosten verursacht, als ein off-net-Anruf, ist er für den Endkunden wesentlich billiger. Als Vergleichswert wird auf den tiefsten Minutentarif abgestellt, welcher im Businesspreisplan von SCM zu finden ist, ausmachend 10 Rappen pro Minute - die Terminierungsgebühr von 33.5 Rappen pro Minute beträgt daher mehr als das Dreifache davon.

211. SCM macht in ihrer Eingabe vom 25. Juli 2005²⁰² (Rz. 102) geltend, dass on-net-Tarife nicht mit der Terminierungsgebühr verglichen werden könnten. Sie argumentiert, dass die Abonnementsgebühr und die Handysubventionen ebenfalls berücksichtigt werden müssen. Diese Argumentation ist nicht schlüssig, da es sich in beiden Fällen um Minutentarife handelt. So können folgerichtig in beiden Fällen auch keine fixen Anteile wie Abonnementsgebühren oder Handysubventionen berücksichtigt werden. Im Fall von Endkundenpreisen verrechnet SCM einem eigenen Endkunden beispielsweise 10 Rappen, wenn er eine Minute lang mit einem anderen Kunden von SCM telefoniert. Im Fall der Terminierung verrechnet SCM einem FDA ein Preis von 33.5 Rappen pro Minute, wenn dessen Kunde mit einem Kunden von SCM eine Minute lang telefoniert. Abonnementsgebühren und Handysubventionen sind davon unberührt. Folglich können Minu-

²⁰⁰ Sämtliche Preise werden in Tabelle B-4, S. 55 aufgelistet.

²⁰¹ Businesspreispläne von Orange (Dezember 2004), von Sunrise (November 2004) sowie von SCM (September 2004 und Mai 2005) finden sich in Akte Nr. 376.

²⁰² Akte Nr. 250.

tentarife von Endkunden in sinnvoller Weise mit Minutentariifen der Terminierung verglichen werden.

212. Weil die Endkundenpreise bei SCM z.T. deutlich unter der Terminierungsgebühr von SCM lagen und weil überdies bei einem on-net-Anruf wesentlich höhere Kosten anfallen (nämlich neben der Terminierung noch die Originierung und ev. noch ein Transit), muss aufgrund der Analyse der Endkundenpreise davon ausgegangen werden, dass die Terminierungsgebühr überteuert ist.

B.4.2.1.1.2 Vergleich mit den Terminierungsgebühren ins Festnetz

213. Als Weiteres folgt ein Vergleich mit der Terminierungsgebühr ins Festnetz. Die Festnetzgebühren in der Schweiz sind reguliert und die Preise wurden mit Hilfe eines LRIC-Modells berechnet. Sunrise und MCI haben ein Verfahren vor der ComCom angestrebt, um diese Preise noch weiter zu senken²⁰³. Technisch unterscheidet sich die Terminierung ins Festnetz kaum von der Terminierung in ein MF-Netz²⁰⁴. In beiden Fällen sind die computergesteuerten fernmeldetechnischen Vorgänge und Schaltungen gleichartig, sodass eine gewünschte Verbindung in Echtzeit erstellt werden kann. Ruft ein MF-Kunde, welcher z.B. mit einem MF-Anschluss von Orange telefoniert, auf einen Festnetzanschluss von Swisscom Fixnet an, so betrug die Terminierungsgebühr am 31. Mai 2005 im Hochtarif 1.32 Rappen und im Niedertarif 0.66 Rappen. Hinzu kam eine Setup-Gebühr von 1 bzw. 0.5 Rappen²⁰⁵.

214. Wird also die Terminierungsgebühr im Festnetz mit derjenigen im MF-Netz verglichen, resultieren sehr hohe Preisunterschiede: Die Terminierungsgebühr ins MF-Netz von SCM beträgt im Hochtarif ca. 25 mal mehr bzw. im Niedertarif ca. 50 mal mehr als die Terminierungsgebühr ins Festnetz von Swisscom Fixnet oder irgend einem anderen Festnetzbetreiber in der Schweiz.

215. Das auf Telekommunikation und IT spezialisierte Beratungsunternehmen OVUM hat eine Studie zur Höhe der Terminierungsgebühren in Europa erstellt²⁰⁶. Gemäss dieser Ovum-Studie sind die Kosten für eine im MF-Netz terminierte Minute höher als im Festnetz. OVUM begründet die höheren Kosten der Terminierung ins MF-Netz u.a. mit den Kosten für die zugrundeliegenden Technologien und damit, dass auf dem Festnetz mehr Verkehr generiert wird als in den MF-Netzen wegen der höheren MF-Preise. Die Unterschiede zwischen der Festnetz- und der MF-Terminierung, welche bei den Kosten vorhanden sind, sollen gemäss OVUM etwa im Verhältnis 1:6 sein. Das heisst, wenn die regulierte einheitliche Terminierungsgebühr ins Festnetz 1 Rappen betragen würde, so wäre die angemessene Terminierungsgebühr ins MF-Netz 6 Rappen pro Minute. Da Swisscom

²⁰³ Entscheide der ComCom vom 30. August 2006, TDC bzw. MCI vs. Swisscom, www.comcom.admin.ch/themen/00500.

²⁰⁴ Eingabe von SCM vom 9. März 2004, Rz. 5.2, 5.3, 15.4 und Rz. 49.3, Akte Nr. 122.

²⁰⁵ Price Manual Version 6.43, gültig ab 1. Mai 2005, S. 6, zu finden auf der Internetseite von Swisscom: www.swisscom.com/FxRes/NR/rdonlyres/B2CF0D1D-5404-4A33-B886-E1153A95E1B4/0/PriceManualVersion643.pdf.

²⁰⁶ Ovum-Studie "Mobile Termination Rates" vom Januar 2004, S. 10, kostenpflichtig; vgl. <http://store.ovum.com/Product.asp?tnpid=&tnid=&pid=26304&cid=0>.

im Bereich Festnetz bei der Terminierung zusätzlich eine Setup-Gebühr verlangt, wird vorliegend von einem Anruf von zwei Minuten für die nachfolgenden Berechnungen ausgegangen. Die Terminierungsgebühr ins MF-Netz von SCM dürfte nach diesen Annahmen ca. 8 Rappen pro Minute kosten. Die einzelnen Berechnungen sind in Tabelle B-6 dargestellt (Preise in Rappen).

Tabelle B-6: Berechnungen des OVUM-Verhältnisses von 1:6 auf schweizerische Verhältnisse

	<i>Festnetz (einfach)</i>		<i>Mobil (sechsfach)</i>		<i>Mischpreis Mobil (sechsfach)</i>
	Preis pro Minute	Setup-Gebühr	Preis pro Minute	Setup-Gebühr	
Niedertarif	0.66	0.5	3.96	3	5.46
Hochtarif	1.32	1	7.92	6	10.92
Durchschnitt	0.99	0.75	5.94	4.5	8.19

216. OVUM schätzt in der selben Studie, dass aufgrund der vorhandenen Kostenmodelle und Kostenschätzungen die Preise für die Terminierung in ein MF-Netz in keinem entwickelten Land mehr als 9.2 Rappen (6 Eurocent) betragen dürften.

217. SCM macht in ihrer Eingabe vom 25. Juli 2005²⁰⁷ geltend, dass Terminierungsgebühren ins Festnetz nicht vergleichbar seien mit den Terminierungsgebühren ins MF-Netz. In diesem Zusammenhang erwähnt SCM die aktuelle Leistungsfähigkeit des Netzes und erwähnt ebenfalls DSL-, GPRS-, EDGE-, UMTS- und andere Technologien, welche über die verschiedenen Netze zur Anwendung gelangen. Es ist jedoch nicht nachvollziehbar, was solche Technologien in diesem Zusammenhang für eine Rolle spielen könnten. Von Bedeutung ist, dass die Terminierung ein äusserst homogenes, perfekt vergleichbares Gut ist, das überall auf der Welt auf allen Telekommunikationsnetzen angeboten wird. In diesem Zusammenhang ist ebenfalls von Bedeutung, dass SCM in ihrer Eingabe vom 9. März 2004 an vier Stellen die Gleichheit der Terminierung im Fest- wie im MF-Netz unterstrich²⁰⁸. Es ist denkbar, dass die Kosten, wie in der OVUM-Studie ausgeführt, höher liegen im Bereich Mobilfunk. Dass aber der Minutentarif einer terminierten Minute im MF-Netz um 25 bzw. 50 Mal höher sein soll, als für die gleiche Dienstleistung im Festnetz, kann mit Blick auf die OVUM-Studie ausgeschlossen werden.

²⁰⁷ Akte Nr. 250.

²⁰⁸ Eingabe von SCM vom 9. März 2004, Rz. 5.2, 5.3, 15.4 und Rz. 49.3, Akte Nr. 122.

B.4.2.1.1.3 *Vergleich mit Terminierungsgebühren gemäss ComCom-Entscheidung vom 29. April 1999*

218. Als weiterer Indikator für die Angemessenheit der Höhe der Terminierungsgebühren kann auf die Terminierung von Anrufen aus dem Ausland, wie sie vor einigen Jahren zwischen den FDA angewandt wurde, zurückgegriffen werden. Im Zusammenhang mit der Frage der Angemessenheit im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG der Terminierungsgebühren ist der Entscheid der ComCom vom 29. April 1999 betreffend Interkonnektion (Mobilterminierung) / Anordnung vorsorglicher Massnahmen von Interesse. Umstritten war im damaligen Zeitpunkt auch die Höhe der Preise der internationalen Terminierung, das heisst der Terminierung von Anrufen, welche aus dem Ausland stammen. Der Anteil der Einnahmen aus der Terminierung von Anrufen aus dem Ausland beträgt etwa 15%. Aus historischen Gründen wurden während einer gewissen Zeit nach der Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte unterschiedliche Preise für die nationale und internationale Terminierung verlangt. Diese in manchen Fällen günstigere internationale Terminierung war teilweise auf internationale Abkommen zwischen den früheren historischen Monopolanbietern zurückzuführen. Aus den zur Anwendung kommenden Tarifen können jedoch auch Rückschlüsse für die Angemessenheit der Terminierung im Allgemeinen gezogen werden.

219. Dabei ist zu beachten, dass die Terminierung in ein MF-Netz vom Übergabepunkt des Signals an identisch ist, unabhängig davon, ob ein Anruf seinen Ursprung im Inland oder im Ausland hat.

220. Wesentlich ist beim Entscheid der ComCom vom 29. April 1999 insbesondere, dass zur Festlegung der internationalen Terminierungsgebühren von DiAx (heute: Sunrise) auf Ersuchen von SCM hin im Massnahmeverfahren auf einen Interkonnektionsvertrag zwischen SCM und Orange vom 21. Dezember 1998 abgestellt wurde (Swisscom to Orange Interconnection Terminating Service). Dieser Vertrag enthielt bis zum 30. November 1999 einen Terminierungspreis von 15 Rappen pro Minute. Das heisst, dass bereits im Jahr 1999 für die Terminierung in ein MF-Netz ein um ein Mehrfaches günstigerer Tarif bezahlt wurde, als er bei SCM noch bis zum 31. Mai 2005 zur Anwendung gelangte. Die ComCom setzte deshalb die internationalen Terminierungsgebühren der damaligen DiAx (heute: Sunrise) im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen als markt- und branchenüblich auf 15 Rappen pro Minute fest.

221. In der Hauptsache schrieb die ComCom das entsprechende Interkonnektionsverfahren ab, da sich SCM und Sunrise (vormals DiAx) im Rahmen eines Vergleiches über alle strittigen Punkte einigen konnten. Insbesondere konnten sich die Parteien über die Preise für die Terminierung von nationalen und internationalen Anrufen in den MF-Netzen der beiden Parteien verständigen. Erst unmittelbar vor dem Entscheid der ComCom haben die beiden Parteien eine Sistierung um einen Monat beantragt und sich in diesem Zeitraum tatsächlich einigen kön-

nen, nachdem frühere Schlichtungsverhandlungen zu keiner Lösung geführt hatten²⁰⁹.

222. Mit Entscheid vom 29. April 1999 (E. 4.2.2.1 in fine) wurde im Rahmen vorsorglicher Massnahmen durch die ComCom für die nationale Terminierung auf das Netz von DiAx (heute Sunrise) provisorisch eine Minutengebühr von 48.7 Rp. (peak) respektive 32.5 Rp. (off peak) festgesetzt. Diese vor rund 7 Jahren erfolgte Festsetzung einer nationalen Terminierungsgebühr betraf einen damals erst kürzlich in den Markt eingetretenen Mobilfunkanbieter. Zudem erfolgte in diesem Entscheid ausnahmsweise eine Berücksichtigung der Kaufkraftparität, was die ComCom – gestützt durch das Bundesgericht – nicht tat (vgl. Rz. 234). Aus diesen Gründen kann SCM nicht ableiten, dass ihre Terminierungsgebühren im hier zu beurteilenden Zeitraum angemessen gewesen waren. Hingegen bleibt angesichts der Vergleichbarkeit von nationaler und internationaler Terminierungsgebühr die Beobachtung bemerkenswert, dass bereits vor dem Jahr 2000 für 15 Rp. höchstwahrscheinlich kostendeckend terminiert werden konnte.

223. Wird der Preis zwischen Orange und SCM für einen Vergleich verwendet, welcher von der ComCom für ihren Entscheid als Basis genommen wurde, so war die Terminierungsgebühr von SCM vor dem 31. Mai 2005 mehr als doppelt so hoch. Dies ist beträchtlich, da es sich in beiden Fällen um die gleiche Leistung, nämlich die Terminierung von Anrufen in das MF-Netz von SCM, handelt.

B.4.2.1.1.4 Vergleich mit Terminierungsgebühren im Ausland

224. Massgebend ist, dass die Terminierung ein ausgesprochen homogenes und klar definiertes Gut ist, welches in fast allen Ländern der Welt angeboten wird. Die Zuordnung der Kosten zu einer terminierten Minute erweist sich zwar als heikel, die Fragestellungen und Zuordnungsprobleme sind jedoch überall die gleichen. Unterschiede in der Höhe der Kosten können sich lediglich durch länderspezifische Besonderheiten ergeben. Die tatsächlichen länderspezifischen Abweichungen halten sich jedoch in engen Grenzen, sodass gemäss Angaben des Bakom die Kosten jeweils in der gleichen Grössenordnung anzusiedeln sind²¹⁰. SCM erwähnt in ihrer Stellungnahme vom 25. Juli 2005²¹¹ sowie in ihrer Stellungnahme vom 22. Mai 2006²¹² die NIS-Verordnung²¹³, welche in der Schweiz tiefere Grenzwerte für die Strahlenbelastung von MF-Antennen vorschreibt, das höhere Preis- und Lohnniveau und die besonderen topografischen Verhältnisse der Schweiz als Gründe, welche die Kosten des Mobilfunks im Vergleich mit anderen Ländern in die Höhe treiben. Nachfolgend wird auf die einzelnen Einwände eingegangen.

²⁰⁹ Pressemitteilung ComCom vom 27. November 2002.

²¹⁰ Eingabe des Bakom vom 17. Dezember 2004, Akte Nr. 181, S. 4 ff.

²¹¹ Akte Nr. 250.

²¹² Akte Nr. 341.

²¹³ Verordnung vom 23. Dezember 1999 über den Schutz von nichtionisierender Strahlung.

225. SCM macht in ihrer Stellungnahme vom 25. Juli 2005²¹⁴ sowie in ihrer Stellungnahme vom 22. Mai 2006²¹⁵ geltend, dass die Preise in der Schweiz sich nicht mit denjenigen im Ausland vergleichen liessen, wenn nur der Wechselkurs zu dessen Umrechnung benützt würde; es müsste auch die Kaufkraft des jeweiligen Landes mitberücksichtigt werden²¹⁶.

226. Das Sekretariat konsultierte im Rahmen der Amtshilfe das Bakom zu diesen Fragen. In ihrer Eingabe vom 17. Dezember 2004²¹⁷ nahm das Bakom zu den einzelnen Fragen ausführlich Stellung.

227. Gemäss Bakom könnte die NIS-Verordnung theoretisch tatsächlich zu gewissen Mehrkosten führen. Es muss vor allem bei der Standortsuche mit höheren Kosten gerechnet werden. Eine Studie, welche in Deutschland erstellt wurde, zeigt jedoch, dass sich die Mehrkosten in engen Grenzen halten²¹⁸. Es wurde festgestellt, dass die 10-mal tieferen Grenzwerte, die in der Schweiz zur Anwendung gelangen, an fast allen geprüften Standorten in Deutschland auch eingehalten werden (S. 18 ff.). In einer zweiten vom Bakom eingereichten Studie²¹⁹ wurden auch die Mehrkosten berechnet, mit denen die MFA zu rechnen hätten, wenn die Strahlengrenzwerte deutlich gesenkt würden (S. 47 ff.). Gemessen am Umsatz der Branche müssen die Umstellungskosten als sehr gering bezeichnet werden. Es kann daher geschlossen werden, dass die Erhöhung der tatsächlichen Kosten im Vergleich zu anderen Staaten aufgrund der NIS-Verordnung in der Schweiz im Bereich weniger Prozente anzusiedeln sind.

228. Der Vergleich mit den Preisen für Antennen und Zubehör sowie mit den Löhnen im Ausland ist gemäss Bakom ambivalent. Die Beschaffungsmärkte für MF-Anlagen sind international und die MFA in der Schweiz sind oft in der Lage, über ihre ausländischen Konzerngesellschaften ähnliche Preise für die Netzanlagen zu bezahlen. Auch die Lohnkosten im Telekommunikationssektor sind mit denjenigen anderer Länder vergleichbar. Die Schweiz weist verglichen mit anderen europäischen Staaten wenig Ausfälle durch Arbeitsniederlegungen aus. Ferner ist die Produktivität der Schweizer Arbeiter und die Anzahl Arbeitsstunden pro Arbeiter relativ hoch. Ferner sind die Kapitalkosten in der Schweiz verhältnismässig gering. Das Bakom verweist in diesem Zusammenhang auf mehrere Studien, in denen solche internationalen Vergleiche angestellt wurden²²⁰.

²¹⁴ Akte Nr. 250.

²¹⁵ Akte Nr. 341.

²¹⁶ Weitere Ausführungen zur Kaufkraft sind in Rz. 233.

²¹⁷ Akte Nr. 181.

²¹⁸ EM-Institut, Ergebnisbericht über die Messung elektromagnetischer Felder in der Umgebung von Mobilfunksendeanlagen, Juli 2003, Akte Nr. 181.

²¹⁹ "Strahlenangst – Risiken und Chancen für die Telekom-Branche", Soreon Research, Juni 2003, Akte Nr. 181.

²²⁰ OECD Communications Outlook 2005, S. 245, <http://213.253.134.43/oecd/pdfs/browseit/9305011E.PDF>; "Der Schweizer Arbeitsmarkt – Viel Lohn und wenig Regulierung" (<http://emagazine.credit-suisse.com/app/shop/index.cfm?fuseaction=OpenShopDetail&aoid=62687>) und "Standort Schweiz: Auf den ersten Blick teuer" (http://emagazine.credit-suisse.com/data/product_documents/articles/70083/spotlight.pdf), beides Publikationen der Credit Suisse.

229. SCM stützt sich in ihrer Eingabe vom 25. Juli 2005²²¹ des weiteren auf eine konzerninterne Studie, wonach die Personalkosten in der Schweiz wesentlich höher seien als im Ausland. Die von SCM zitierte Studie "[...]" aus dem Jahr 2002 wurde jedoch trotz Aufforderung nur teilweise eingereicht²²². In einem weiteren "[...]"²²³ werden die Länder Niederlande, Schweden, Irland und Belgien herangezogen und deren Personalkosten ohne Angabe von weiteren Quellen aufgelistet. Eine Begründung für die eher zufällig erscheinende Auswahl des aus über 30 Staaten bestehenden Europa besteht nicht. Es kann daher geschlossen werden, dass die Wahl der Länder in der Studie nicht repräsentativ ist und dass die Studie nicht unabhängig erstellt wurde. Ferner ist eine Auseinandersetzung mit der Studie vorliegend nicht notwendig, da auf die Auskünfte des Bakom abgestellt werden kann. Die Aussagen von SCM widersprechen den Auskünften des Bakom und den dort beigelegten Studien der OECD²²⁴.

230. Zur hohen Antennendichte und den Kosten pro Antenne in der Schweiz verweist SCM in ihrer Stellungnahme vom 25. Juli 2005²²⁵ (Rz. 47 ff.) ebenfalls auf den trotz Aufforderung nur teilweise eingereichten "[...]" (siehe Rz. 229 oben). Hier wählte SCM die Länder Österreich, Irland, Belgien, Griechenland, Italien, das Vereinigte Königreich und die Niederlande ohne weitere Begründung aus. Aus den Zahlen über die jeweiligen Länder, deren Quellen ebenfalls nicht näher bezeichnet sind, geht hervor, dass die Kosten für Antennen in der Schweiz ein Vielfaches höher lägen, als dies in den genannten Ländern der Fall sei. Hierzu ist ebenfalls zu betonen, dass die Wahl der Länder in der Studie willkürlich getroffen wurde und nicht repräsentativ ist, dass die Studie nicht unabhängig erstellt wurde und dass sie trotz Aufforderung des Sekretariats nur teilweise eingereicht wurde. Ferner widersprechen die Ergebnisse den Auskünften des Bakom und den dort beigelegten Studien²²⁶. Das Sekretariat stützt sich daher auf die entsprechenden Angaben und Aussagen des Bakom. Ferner ist zu erwähnen, dass die Vergleiche sich nicht auf gleiche Sachverhalte beziehen. Es kann, was Antennendichte anbelangt, nicht ein Land wie die Niederlande oder Griechenland mit der Schweiz verglichen werden. Allenfalls würde sich ein Vergleich von Zürich mit einer Stadt wie Rotterdam oder Athen eignen. Ferner ist die Anzahl der Antennen insbesondere in ländlichen Gegenden eine Frage der Abdeckung. SCM hat sich bewusst für eine hohe Netzabdeckung in der Schweiz entschieden. Daraus kann SCM aber nicht ableiten, dass sie deshalb höhere Terminierungsgebühren verlangen kann, denn eine hohe Qualität bzw. eine hohe Abdeckung ist eine unternehmerische Entscheidung.

231. Die topografischen Verhältnisse der Schweiz sind gemäss Bakom vergleichbar mit denen anderer Staaten. Insbesondere Österreich eignet sich diesbezüglich für einen Vergleich mit der Schweiz. Dabei ist zu beachten, dass sich

²²¹ Akte Nr. 250, S. 25.

²²² Schreiben des Sekretariats vom 9. September 2005, Akte Nr. 282, sowie Schreiben von SCM vom 20. September 2005, Akte Nr. 291, S. 2.

²²³ Akte Nr. 250, S. 27.

²²⁴ Eingabe des Bakom vom 17. Dezember 2004, Akte Nr. 181.

²²⁵ Akte Nr. 250.

²²⁶ Eingabe des Bakom vom 17. Dezember 2004, Akte Nr. 181.

die grosse Mehrheit der Antennen in den Agglomerationen befindet, wohingegen viele Bergregionen weitgehend unbewohnt sind und folglich dort auch kaum Antennen erstellt wurden. Auch bezüglich der Netzabdeckung sind die Verhältnisse im Ausland mit denjenigen in der Schweiz vergleichbar. Es kann daher davon ausgegangen werden, dass allfällige Mehrkosten, welche einem schweizerischen MFA entstehen, im Vergleich zum Ausland als eher geringfügig bezeichnet werden müssen.

232. In der Stellungnahme vom 25. Juli 2005²²⁷ (Rz. 47 ff.) wurde von SCM auf die besonders hohe Antennendichte in der Schweiz hingewiesen und sie macht geltend, dass die Kosten pro Antenne in der Schweiz höher seien als im Ausland. Erneut widersprechen diese Behauptungen den Auskünften des Bakom, welches sowohl die topografischen Verhältnisse wie auch die Kosten pro Antenne für durchaus vergleichbar hält. Die Argumentation von SCM ist in verschiedener Hinsicht zu hinterfragen. Die Antennendichte bezieht sich jeweils auf die Gesamtfläche des jeweiligen Landes und nicht auf die bewohnte bzw. durch Mobilfunk abgedeckte Fläche. Es ist davon auszugehen, dass die Antennendichte in Zürich nicht wesentlich anders ist als in Wien, Stockholm, Oslo oder New York. Ferner wird als Masszahl die gesamte Bevölkerung verwendet und nicht die Anzahl Mobilfunkkunden. Es kann daher auch in diesen Punkten davon ausgegangen werden, dass allfällige Mehrkosten, welche einem schweizerischen MFA entstehen, im Vergleich zum Ausland als geringfügig bezeichnet werden müssen.

233. Schliesslich ist zu erwähnen, dass die Preise in anderen Bereichen der Telekommunikation durchaus ähnlich sind wie die Preise im Ausland. So sind z.B. die Minutentariife im Festnetz in der Schweiz im europäischen Mittelfeld; werden nur die Preise für internationale Anrufe betrachtet, so gehört die Schweiz in Europa sogar zu den Günstigsten²²⁸ - und dies auch ohne die Berücksichtigung der Kaufkraft.

234. In Bezug auf die Kaufkraftbereinigung ist zu erwähnen, dass es durchaus sinnvoll ist, einen in der Schweiz gültigen Preis mit einem Preis aus einem anderen Staat mit einer anderen Währung zu vergleichen und dazu die Umrechnung mit Hilfe des Wechselkurses vorzunehmen. Wenn in der Schweiz neben dem Terminierungspreis von SCM auch noch andere Preise überhöht sind, so bedeutet dies nicht, dass der Terminierungspreis dadurch im Vergleich zum Ausland weniger überhöht ist. Dies ist jedoch die Logik einer Kaufkraftbereinigung. Ferner gilt es ebenfalls zu berücksichtigen, dass ein Teil der terminierten Minuten von ausländischen Telekommunikationsunternehmen nachgefragt und bezahlt wird. Dies macht bei den schweizerischen MFA ca. 15% der Einnahmen aus der Terminierung aus. Für diese 15% werden die Rechnungen in Schweizer Franken verlangt und mit dem entsprechenden Wechselkurs des jeweiligen Landes umgerechnet. Dabei nehmen die schweizerischen MFA ebenfalls keine Kaufkraftbereinigung vor. Die ComCom hat in ihrem Entscheid vom 10. Juni 2005 bei ihrem

²²⁷ Akte Nr. 250.

²²⁸ "Um die Schweiz erweiterter Auszug aus dem 11. Implementierungsbericht der Europäischen Union (Stand 2005)", S. 99, www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00545/00722/00887; OECD Communications Outlook 2005, S. 197, <http://213.253.134.43/oecd/pdfs/browseit/9305011E.PDF>.

Ländervergleich ebenfalls auf eine Kaufkraftbereinigung verzichtet. Das Bundesgericht hat in ihrem Entscheid vom 21. April 2006 diese Sichtweise explizit gestützt²²⁹.

235. Das Bakom und die Preisüberwachung²³⁰ vertreten in Bezug auf die Kaufkraftbereinigung eine ähnliche Auffassung. Das Bakom hat eigens für das Thema der Preisvergleiche eine Website aufgeschaltet, in der verschiedene wissenschaftliche Beiträge und Auftragsstudien von Swisscom und anderen Unternehmen zum Thema abrufbar sind²³¹. Es gibt grundsätzlich keinen Anlass, Preisvergleiche z.B. von der Independent Regulators Group – IRG²³², der um die Schweiz erweiterten Auszüge aus den Implementierungsberichten der EU²³³ oder von einer Studie im Auftrag des Bakom von Wik-Konsult²³⁴ über verschiedene Volkswirtschaften, welche auf Wechselkursen beruhen, anzuzweifeln.

236. SCM machte zwar geltend, dass sie in der Schweiz höhere Kosten habe als MFA im Ausland. Sie machte jedoch trotz mehrfacher Aufforderung keinerlei Angaben über ihre tatsächlichen Kosten²³⁵. Die Weko muss daher weitgehend auf öffentlich zugängliche Quellen und insbesondere auf die Angaben des Bakom zurückgreifen. Es kann davon ausgegangen werden, dass sich die Mehrkosten gemäss den Angaben des Bakom in sehr engen Grenzen halten. So kann die Weko davon ausgehen, dass die Kosten einer terminierten Minute in der Schweiz vielleicht einige Prozent höher sind als in anderen Staaten, jedoch nicht doppelt so hoch oder mehr.

237. Nachfolgend sollen mit Hilfe von ausländischen internationalen Statistiken, Angaben von anderen Behörden, Preisindikatoren sowie anderen MFA mehrere Vergleiche erstellt werden.

238. Auf eine Statistik von der "Independent Regulators Group" (IRG), wurde bereits im Kap. A.1.3 (Rz. 13 oben) hingewiesen. Hier werden sämtliche Terminierungsgebühren des Europäischen Wirtschaftsraumes aufgelistet. Dort ist die Schweiz mit 33.5 Rappen europaweit am teuersten. Die Skala beginnt mit Zypern bei ca. 9.8 Rappen pro Minute, der Durchschnitt ohne SCM beträgt ca. 19.5 Rappen pro Minute. Zur Umrechnung in Schweizer Franken wurde ein Wechselkurs von CHF/Euro 1.54 verwendet.

239. Einen weiteren Preisindikator liefert die Firma Skype. Skype ist ein Internet-Dienst, mit dem über Internet gratis telefoniert werden kann, sofern beide Benutzer über einen (breitbandigen) Internet-Anschluss verfügen. Will ein Be-

²²⁹ Urteil 2A.450/2005 vom 21. April 2005, Erwägung 6.5.

²³⁰ Eingabe des Bakom vom 17. Dezember 2004, Akte Nr. 181 sowie RPW 2003/5, S. 1014.

²³¹ www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00545/00722/00914.

²³² The Independent Regulators Group – IRG, <http://irgis.anacom.pt/admin/attachs/390.pdf>.

²³³ "Um die Schweiz erweiterter Auszug aus dem 11. Implementierungsbericht der Europäischen Union (Stand 2005)", www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00545/00722/00887.

²³⁴ "Stand des Schweizer Telekommunikationsmarktes im internationalen Vergleich" des Wissenschaftlichen Instituts für Kommunikationsdienste (WIK) vom Mai 2002, www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00545/00722/00892.

²³⁵ Antworten SCM vom 9. März 2004, Akte Nr. 122, S. 17, sowie Protokoll der Anhörung vom 29. Mai 2006, Akte Nr. 351, S. 13.

nutzer ein Telefonat auf ein gewöhnliches Telefon ausserhalb des Internets machen, so kann er das, jedoch ist dies kostenpflichtig. Anrufe sind praktisch in alle Länder der Welt möglich. Eine aktuelle Preisliste findet sich auf der Website von Skype²³⁶. Aus der Sicht eines FDA wie Skype entstehen in jedem Land pro Minute nur die Kosten der Interkonnektion und darin enthalten die Terminierungsgebühren der jeweiligen MFA. Eine Analyse dieser Preise am 5. Januar 2005 hat ergeben, dass die Schweiz von weltweit 132 möglichen Ländern, in denen auf Mobiltelefone angerufen werden kann, mit einem Minutentarif ohne Mehrwertsteuer von ca. 46 Rappen den fünfthöchsten Preis der Welt und damit den 128. Rang inne hatte; sie wurde nur von Syrien (ca. 47 Rappen), Katar (ca. 47 Rappen), Honduras (ca. 48 Rappen) und Grönland (ca. 66 Rappen) übertroffen. Die Preisskala begann mit Kanada und den USA, wo das Telefonieren mit Skype auf ein Mobiltelefon lediglich 2.6 Rappen pro Minute kostete.

240. Es wurden für die Analyse aufgrund der Vergleichbarkeit jeweils nur die MF-Betreiber eines Landes ohne Mehrwertsteuer verwendet. Als Wechselkurs CHF/Euro diente 1.54. SCM machte in ihrer Eingabe vom 25. Juli 2005²³⁷ geltend, dass die Werte von Kanada und der USA nicht vergleichbar seien, da dort nicht das sog. "cpp-principle" gilt. Der Einwand ist zwar berechtigt, ändert jedoch nichts an der Spitzenposition von SCM mit der höchsten Terminierungsgebühr im europäischen Vergleich. Die Darstellung der Zahlen soll nur zeigen, wo SCM im internationalen Umfeld steht, es geht nicht, wie von SCM geltend gemacht wird, um einen direkten Vergleich von SCM mit Kanada oder den USA.

241. Die Statistik der IRG sowie die Analyse der Retail-Preise von Skype liefern einen aussagekräftigen internationalen Preisvergleich, aus dem hervorgeht, in welcher Grössenordnung international gesehen die Terminierungsgebühr von SCM anzusiedeln war. Die Analyse der Preise von Skype zeigt, dass die drei schweizerischen MFA weltweit zu den teuersten gehörten, die Analyse der IRG-Zahlen, dass die drei schweizerischen MFA die teuersten in Europa waren.

242. Nun sollen weitere Vergleiche mit einzelnen Ländern Aufschluss über die Verhältnisse in der Schweiz liefern. Dazu werden jeweils einige Merkmale des Landes einbezogen. Obwohl die topografischen Verhältnisse sich teilweise von denjenigen in der Schweiz unterscheiden, ist davon auszugehen, dass sich eher geringe konkrete Auswirkungen auf die Kosten der MFA ergeben. Von der Grösse der Volkswirtschaft, Bevölkerung, Höhe der Preise und Löhne, Verbreitung des Mobilfunks etc. sind die Länder Österreich, Schweden und Norwegen jedoch weitgehend mit der Schweiz vergleichbar. In der Schweiz ist die Fläche 41'285km², die Bevölkerung 7.2 Mio. und die Landschaft gebirgig, SCM verfügt über 3.9 Mio. MF-Kunden.

243. Als erstes aufschlussreiches Vergleichsland kann Österreich beigezogen werden (Fläche 83'859 km², Bevölkerung 8,065 Mio., viel Gebirge, der grösste MFA Mobilcom verfügt über 2.3 Mio. MF-Kunden). In Österreich gibt es insge-

²³⁶ www.skype.com/intl/de/products/skypeout/rates/all_rates.html?currency=CHF, Akte Nr. 377.

²³⁷ Akte Nr. 250.

samt fünf MFA. Die Retail-Preise sind z.T. deutlich tiefer als in der Schweiz. So ist ein on-net-Anruf in der Regel umsonst oder kostet lediglich einen Eurocent. Beim Abschluss eines Abonnements erhält man ein MF-Telefon kostenlos und auch die Abonnementspreise sind von der Art und Höhe her vergleichbar. Ferner ist zu erwähnen, dass vier der fünf MFA in Österreich operativ Geld erwirtschafteten²³⁸. Aus einer Studie, welche SCM in der Eingabe vom 20. September 2005²³⁹ einreichte, geht hervor, dass die EBITDA-Margen²⁴⁰ der österreichischen MFA zwischen 18.6% und 42% lagen. Die Terminierungsgebühren lagen zwischen ca. 16 Rappen (Mobilkom, 10.86 Eurocent) und ca. 30 Rappen (H3G, 19.62 Eurocent)²⁴¹. Die Rundfunk- und Telekom Regulierungs-GmbH in Österreich²⁴² beschloss, die Terminierungsgebühren nach einem LRAIC-Modell²⁴³ zu berechnen und entsprechend die Preise festzulegen. In ihrer Entscheidung vom 20. Dezember 2005 wird ein Terminierungsentgelt von ca. 13 bis 17 Rappen festgesetzt²⁴⁴.

244. Als weiteres Vergleichsland kann Schweden berücksichtigt werden (Fläche: 410'934 km², Bevölkerung 8,9 Mio., viel Gebirge, der grösste MFA Telia verfügt über 4.4 Mio. MF-Kunden). Die schwedische Behörde für Post und Telekommunikation²⁴⁵ hat für die drei schwedischen MFA Telia Sonera, Tele2 und Vodafone mit Hilfe eines LRIC-Modells die Kosten bestimmt. In ihrem Entscheid vom 2. November 2005²⁴⁶ verpflichtete sie die drei MFA zu einer Terminierungsgebühr von höchstens 11.8 Rappen (72.54 Öre) für das Jahr 2005. Aus einer Studie, welche SCM in der Eingabe vom 20. September 2005 einreichte²⁴⁷, geht hervor, dass die EBITDA-Margen der schwedischen MFA im Jahr 2004 zwischen 34% und 47.1% lagen.

245. Als weiteres Vergleichsland kann Norwegen betrachtet werden (Fläche: 323'758 km² Bevölkerung: 4,521 Mio., viel Gebirge, der grösste MFA Telenor Mobil verfügt über 3.2 Mio. MF-Kunden). Hier wurden ebenfalls die Terminierungsgebühren aufgrund von Wettbewerbsproblemen für den ehemaligen Monopolisten Telenor festgelegt und der Aufbau eines LRIC-Modells zur Berechnung der Preise geplant. Die Regulierungsbehörde für Post und Telekommunikation²⁴⁸ legte einen durchschnittlichen Preis von ca. 12.6 Rappen pro Minute für MFA, die über ein kombiniertes 900/1800-Netz wie dasjenige von SCM verfügen, fest (0.65 Kronen)²⁴⁹. Dieser Preis ist bemerkenswert tief, wenn bedacht wird, dass die MFA in Norwegen eine wesentlich kleinere Bevölkerung auf einer gebirgigen Fläche, die fast acht mal grösser ist als die Schweiz, mit MF-

²³⁸ NZZ Nr. 289 vom 10. Dezember 2004, S. 27.

²³⁹ Merrill Lynch, „European Wireless“ vom 14. April 2005, Akte Nr. 291.

²⁴⁰ Vgl. Rz. 249.

²⁴¹ www.rtr.at/web.nsf/deutsch/Telekommunikation_Markt_Marktinfos_Marktinfos_ICMobilfunk2005-06?OpenDocument, umgerechnet mit einem Wechselkurs CHF/Euro von 1.54.

²⁴² www.rtr.at.

²⁴³ Long Run Average Incremental Cost.

²⁴⁴ www.rtr.at/web.nsf/deutsch/Telekommunikation_Regulierung_Entscheidungen_Entscheidungen_Mobilitaerminierung2005?OpenDocument, diverse Entscheide, jeweils S. 2.

²⁴⁵ www.pts.se.

²⁴⁶ www.pts.se/Dokument/dokumentlista.asp?SectionId=2261.

²⁴⁷ Merrill Lynch, „European Wireless“ vom 14. April 2005, Akte Nr. 291.

²⁴⁸ www.npt.no.

²⁴⁹ www.npt.no/pt_internet/eng/smp/16/Final_decisions_M16.pdf.

Dienstleistungen abdecken müssen. Aus einer Studie, welche SCM in der Eingabe vom 20. September 2005²⁵⁰ einreichte, geht hervor, dass die EBITDA-Margen der norwegischen MFA zwischen 29.6% und 37.2% lagen.

246. Zu erwähnen ist ebenfalls Zypern. Der gebirgige Inselstaat mit ca. 800'000 Einwohnern weist europaweit die niedrigste Terminierungsgebühr auf und ist daher in der IRG-Statistik Preisführer²⁵¹. In Anbetracht der hohen Fixkosten, welche der Aufbau eines MF-Netzes verursacht, die sich auf wesentlich weniger Kunden bzw. Minuten verteilen, als bei den meisten anderen europäischen MFA, ist zu erwarten, dass ein LRIC-Preis in Zypern höher anzusiedeln ist, als in Ländern wie Schweden, Österreich oder der Schweiz. Das Gegenteil ist jedoch der Fall: bei SCM kostete eine terminierte Minute am 31. Mai 2005 mehr als drei Mal soviel wie in Zypern. Zypern ist zwar wesentlich kleiner als die Schweiz; trotzdem ist das Land bemerkenswert, weil es die gesamte Grösse der Preisdifferenz zwischen dem in Europa billigsten und teuersten Land aufzeigt.

B.4.2.1.1.5 Zusammenfassung der Preisvergleiche

247. In Tabelle B-7 werden die verschiedenen Vergleiche gemäss den vorherigen Ausführungen aufgelistet. Dabei sind in der mittleren Spalte die Preise pro Minute in Rappen angeben. In der rechten Spalte werden die Preise anschliessend als Faktor der Terminierungsgebühr von SCM angegeben. Als Beispiel soll die zweite Zeile mit Österreich erläutert werden; sie liest sich wie folgt: Die Terminierungsgebühr von SCM (33.5 Rappen) ist 2.1 mal höher als die Terminierungsgebühr in Österreich (16 Rappen). Analog zur zweiten Zeile sind alle weiteren Zeilen zu lesen.

248. Die Vergleiche zeigen, dass erhebliche Unterschiede zwischen der Terminierungsgebühr von SCM und den anderen Vergleichszahlen bestehen. Selbst wenn die NIS-Verordnung und eine andere Topografie der Schweiz zu höheren Kosten führen würden, sind die festgestellten Preisunterschiede derart deutlich, dass sie mit diesen Argumenten nicht zu begründen sind.

²⁵⁰ Merrill Lynch, „European Wireless“ vom 14. April 2005, Akte Nr. 291.

²⁵¹ The Independent Regulators Group – IRG, <http://irgis.anacom.pt/admin/attachs/390.pdf>.

Tabelle B-7: Zusammenfassung der Preisvergleiche

	<i>Preis</i>	<i>Faktor</i>
SCM	33.5 Rappen	1.0
Österreich	16 Rappen	2.1
ComCom-Entscheid	15 Rappen	2.2
Norwegen	12.6 Rappen	2.7
Schweden	11.8 Rappen	2.8
Tiefster Retail-Preis SCM	10 Rappen	3.4
Zypern (Günstigster in Europa)	9.8 Rappen	3.4
Terminierung Festnetz peak	1.32 Rappen	25.4
Terminierung Festnetz off-peak	0.66 Rappen	50.8

B.4.2.1.2 Die Erzielung angemessener Gewinne

249. Eine Analyse der Geschäftsberichte von SCM²⁵² der Jahre 2001 bis 2005 zeigt, dass SCM über die letzten Jahre ausserordentlich hohe Gewinne sowie einen hohen EBITDA²⁵³ ausweist. In Tabelle B-8 sind die Angaben der letzten fünf Jahre in Millionen Schweizer Franken bzw. in Prozent dargestellt.

Tabelle B-8: Die EBITDA-Margen von SCM 2001 bis 2005

	<i>2001</i>	<i>2002</i>	<i>2003</i>	<i>2004</i>	<i>2005</i>
Nettoumsatz	3'983	4'112	4'140	4'356	4'168
EBITDA	1'876	1'974	1'984	1'976	1'850
EBIT	1'585	1'685	1'674	1'617	1'477
Marge	47.1%	48.0%	47.9%	45.4%	44.4%

250. SCM macht in ihrer Stellungnahme vom 25. Juli 2005²⁵⁴ sowie in ihrer Stellungnahme vom 22. Mai 2006²⁵⁵ geltend, dass diese hohen Margen durchaus

²⁵² www.swisscom-mobile.ch/scm/wir_finanzzahlen-de.aspx.

²⁵³ EBITDA: Betriebsgewinn vor Abschreibungen, Zinsen und Steuern; EBIT: Betriebsgewinn vor Zinsen und Steuern; Marge = EBITDA / Nettoumsatz.

²⁵⁴ Akte Nr. 250.

branchenüblich seien. Dazu präsentiert sie Zahlen von bestimmten MFA aus ausgewählten Ländern, welche alle ebenfalls über hohe Margen verfügen. Die Überprüfung der Zahlen hat jedoch ein anderes Bild ergeben. Aus der von SCM zitierten Studie²⁵⁶ geht hervor, dass die Schweiz bei den Masszahlen "Ertrag pro Minute" und bei "EBITDA pro POP" den Spitzenplatz einnimmt. Ferner hat SCM einige Länder mit z.T. deutlich tieferen Margen weggelassen. Zudem waren die zitierten MFA in den jeweiligen Ländern ebenfalls immer diejenigen MFA mit den jeweils höchsten Margen. Schliesslich macht SCM geltend, dass die Marge von SCM international gesehen dem Durchschnitt entspreche. Dies ist zu erwähnen, da die jeweiligen Länderdurchschnitte ebenfalls in der von SCM zitierten Studie auf den jeweils gleichen Seiten zu finden sind und ausnahmslos und z.T. deutlich unter den Margen von SCM liegen.

251. Gemäss OECD Communications Outlook 2005 gehört die Schweiz, und damit insbesondere SCM, im Bereich Mobilfunk weltweit zu den Ländern mit den höchsten Einnahmen pro Kunde²⁵⁷. Bei den Masszahlen Einnahmen pro Mitarbeiter, Einnahmen pro Anschluss, Einnahmen pro Kopf (Bevölkerung) und Einnahmen pro Mitarbeiter im Bereich Telekommunikation nimmt die Schweiz bzw. Swisscom ebenfalls einen Spitzenplatz ein.

252. Das Bundesgericht äusserte sich in einem Urteil über einen lokalen Kabelnetzbetreiber vom 14. Juni 2004 ebenfalls zu hohen Gewinnen und hielt darin Folgendes fest²⁵⁸: "Im Übrigen hat die Beschwerdeführerin in den Jahren 1998/1999 und 1999/2000 Reingewinne von je ca. CHF 1,5 Mio. erzielt. Unabhängig von der Grössenordnung allfälliger damals bestehender stiller Reserven sind bei solchen Gewinnsummen in der Vergangenheit klar überhöhte Gewinne erzielt worden; es drängt sich der Schluss auf, dass die Beschwerdeführerin einen Preis hat festsetzen können, der ihr Gewinne ermöglichte, die höher als 'angemessen' im Sinne von Art. 13 Abs. 1 lit. b PÜG waren." Die Aussagen des Bundesgerichts sind hier für SCM analog anzuwenden. Zusätzlich zur absoluten Höhe der Gewinne kann für eine bessere Vergleichbarkeit auch das Verhältnis des Gewinns zum Umsatz berücksichtigt werden. Hierzu kann die sog. EBITDA-Marge herangezogen werden, die mit 44.4% bis 48% über die letzten Jahre ebenfalls als sehr hoch angesehen werden muss.

253. Vorliegend ist mit Blick auf diese Rechtsprechung festzustellen, dass die Situation aufgrund der ausserordentlich guten finanziellen Lage von SCM vergleichbar beurteilt werden kann. Danach hat SCM in Ausnutzung ihrer Marktmacht einen Preis (Terminierungsgebühr) festsetzen können, der ihr überhöhte Gewinne einbrachte, die als deutlich mehr als angemessenen zu qualifizieren sind.

²⁵⁵ Akte Nr. 341.

²⁵⁶ Merrill Lynch, „European Wireless“ vom 14. April 2005, Akte Nr. 291.

²⁵⁷ OECD Communications Outlook 2005, S. 73, <http://213.253.134.43/oecd/pdfs/browseit/9305011E.PDF>.

²⁵⁸ BGE 130 II 449, E. 6.

B.4.2.1.3 Die Kostenentwicklung

254. Mit Schreiben vom 29. November 2002 forderte das Sekretariat SCM auf, Angaben über die Höhe der Kosten zu liefern²⁵⁹. Die meisten Fragen zu diesem Thema wurden gar nicht oder unvollständig beantwortet. SCM machte regelmässig geltend, die Informationen, insbesondere zu Kostenrechnungsdaten, seien nicht verfügbar und vor allem sei deren Zuordnung nicht möglich²⁶⁰. Es ist daher aufgrund der fehlenden Angaben nicht möglich, genau zu bestimmen, welche Kosten SCM durch eine terminierte Minute auf ihrem Netz entstehen.

255. Das Bundesgericht hält in diesem Zusammenhang fest, dass die Parteien eine Mitwirkungs- und Auskunftspflicht trifft (Art. 40 KG; Art. 13 VwVG)²⁶¹. Diese Pflicht bestehe insbesondere hinsichtlich solcher Unterlagen, die naturgemäss nur die Parteien liefern können²⁶². Diesbezüglich ist hervorzuheben, dass die Wettbewerbsbehörden zur Wahrung des Amts- und Geschäftsgeheimnisses verpflichtet sind (Art. 25 KG). Da sich SCM jedoch weigerte, entsprechende Unterlagen zu liefern, oder ausführte, sie verfügten über keine entsprechenden Unterlagen, ist die Weko gezwungen, auf andere Informationen, welche dienlich sein können, zurückzugreifen. Vorliegend bietet sich an, die Kosten anderer MFA bzw. die Aussagen anderer Behörden über die Kosten der MFA in Betracht zu ziehen.

256. Die Rundfunk- und Telekom Regulierungs-GmbH in Österreich hat beschlossen, die Terminierungsgebühren nach einem LRAIC-Modell zu berechnen und entsprechend die Preise festzulegen. In ihrer Entscheidung vom 19. Dezember 2005 schätzt die Behörde die Kosten eines effizienten Betreibers auf ca. 10.4 Rappen (6.79 Eurocent)²⁶³. Dieser Wert ist eine Schätzung der Kosten einer terminierten Minute in Österreich. Die wahren Kosten der Terminierung dürften noch tiefer liegen, weil einerseits die Betreiber ein Interesse daran haben, möglichst hohe Kosten auszuweisen und ihnen andererseits ein branchenüblicher "Mark-up" gewährt wird.

257. Die schwedische Behörde für Post und Telekommunikation "Post- och telestyrelsen" (PTS) bestimmte für die drei schwedischen MFA Telia Sonera, Tele2 und Vodafone mit Hilfe eines LRIC-Modells die Kosten²⁶⁴. In ihrem Entscheid vom 1. Juli 2005 verpflichtete sie mittelfristig die drei MFA zu einer Terminierungsgebühr von höchstens ca. 8.8 Rappen (54 Öre). Analog zur Entscheidung in Österreich ist dieser Wert eine Schätzung der Kosten einer terminierten Minute in Schweden.

²⁵⁹ Fragen 15 bis 27, Akte Nr. 16.

²⁶⁰ Antworten SCM vom 9. März 2004, Akte Nr. 122, S. 17, sowie Protokoll der Anhörung vom 29. Mai 2006, Akte Nr. 351, S. 13.

²⁶¹ BGE 130 II 449, E. 6.

²⁶² BGE 128 II 139 E. 2b S. 142 f.

²⁶³ www.rtr.at/web.nsf/deutsch/Telekommunikation_Regulierung_Entscheidungen_Entscheidungen_Mobilterminierung2005?OpenDocument, Entscheid „Z 14 05 MTR UPC - Mobilkom.pdf“, S. 12.

²⁶⁴ www.pts.se/Archive/Documents/SE/Uppdaterad_prisrekommendation_MLRIC_1_juli%202005.pdf, S. 2.

258. Die Englische Regulierungsbehörde OFCOM (Office of Communications)²⁶⁵ hat für das Vereinigte Königreich ebenfalls mit Hilfe eines LRIC-Modells die Kosten einer terminierten Minute auf dem Netz von Vodafone bestimmt. Dabei hat sie die Kosten für ein kombiniertes 900/1800-Netz (wie dasjenige von SCM) auf etwa 8.6 Rappen pro Minute geschätzt²⁶⁶.

259. Gemäss der Ovum-Studie "Mobile Termination Rates" vom Januar 2004 (siehe Rz. 215 oben) betragen die Kosten der Terminierung im Bereich Mobilfunk nicht mehr als das sechsfache der Kosten der Terminierung im Bereich Festnetz. Die Berechnungen in Rz. 215 oben haben ergeben, dass die Kosten der Terminierung ins MF-Netz von SCM ca. 8 Rappen pro Minute betragen dürften. Die Kosten wurden in der Studie sowohl im Festnetz wie auch im MF-Netz mit Hilfe eines LRIC-Modells ermittelt.

260. Auch die amerikanischen Behörden haben im Fall Sprint gegen Verizon Schätzungen zur Höhe von Terminierungskosten erstellt. In zwei Regionen der USA wurden dabei unterschiedliche LRIC-Preise geschätzt: In Florida beträgt der Wert \$0.066194 und in New York \$0.041871. Dies entspricht einem Wert von ca. 8.6 bzw. 5.4 Rappen bei einem Wechselkurs von 1.3²⁶⁷. Diese Werte sind in MOU (minute of usage) berechnet, unterscheiden also nicht zwischen Originierung und Terminierung.

261. Die Federal Communications Commission (FCC, amerikanische Regulierungsbehörde für Telekommunikation)²⁶⁸ geht ebenfalls von überhöhten Terminierungsgebühren in Europa aus. Sie geht dabei von vorsichtigen Schätzungen für die höchstmöglichen Kosten einer terminierten Minute aus. Sie gibt in ihrer Ankündigung "FCC Seeks Information on Foreign Mobile Termination Rates" vom 26. Oktober 2004 \$ 0.085 bzw. ca. 10 Rappen als höchstmögliche Kosten an²⁶⁹. Es wird jedoch angedeutet (auf S. 53), dass die wahren Kosten je nach Land auch deutlich unter den genannten Werten liegen könnten.

262. In Tabelle B-9 werden die einzelnen Berechnungen und Schätzungen der Kosten zusammengefasst.

263. Zusammenfassend kann aus den verschiedenen Berechnungen und Schätzungen geschlossen werden, dass die wahren Kosten einer terminierten Minute auf dem Netz von SCM erheblich unter den verlangten 33.5 Rappen pro Minute liegen dürften und unter Berücksichtigung allenfalls leicht höherer Kostenfaktoren in der Schweiz 10 Rappen pro Minute nicht übersteigen sollten. In jedem Fall ist aufgrund der verschiedenen Schätzungen der genannten ausländischen Behörden davon auszugehen, dass die Terminierungsgebühr von 33.5 Rappen die mutmasslichen Kosten einer terminierten Minute um ein Mehrfaches übersteigt.

²⁶⁵ www.ofcom.org.uk.

²⁶⁶ www.ofcom.org.uk/consult/condocs/mobile_call_termination/wmvct/wmvct.pdf, S. 133.

²⁶⁷ Eingabe von MCI vom 7. Dezember 2004, Akte Nr. 176.

²⁶⁸ www.fcc.gov.

²⁶⁹ http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-04-247A1.pdf.

Tabelle B-9: Zusammenfassung der Kostenberechnungen und Kostenschätzungen einer terminierten Minute ausländischer Behörden

RTR Österreich	10.4 Rappen
PTS Schweden	8.8 Rappen
OFCOM UK	8.6 Rappen
Berechnungen OVUM	8.1 Rappen
Sprint / Verizon: New York	8.6 Rappen
Sprint / Verizon: Florida	5.4 Rappen
FCC: Höchstwert für Europa	10 Rappen

264. SCM macht in ihrer Stellungnahme vom 22. Mai 2006²⁷⁰ geltend, dass im M2M-Verkehr kein Zusammenhang zwischen den Terminierungsgebühren und den Endkundenpreisen bestehe²⁷¹. Hohe Terminierungsgebühren bedeuten für den jeweils anderen Anbieter hohe Kosten, weshalb er seine off-net-Preise in der Regel entsprechend anhebt und sie auf die Endkunden überwälzt, um diese Mehrkosten zu kompensieren. Ferner ist es auch hier nicht angebracht, die terminierten Minuten nach ihrer Herkunft aufzuspalten, denn dies würde eine engere Marktabgrenzung bedingen, was SCM selber ablehnt. Auf dieses Argument wurde bereits in Rz. 169 oben eingegangen.

265. SCM macht in ihrer Stellungnahme vom 22. Mai 2006²⁷² weiter geltend, dass überhöhte Terminierungsgebühren im Bereich Mobilfunk zu tieferen Retail-Tarifen bei den MF-Kunden führen würden. Durch die hohen Terminierungsgewinne könnten insbesondere Mobiltelefone subventioniert werden und MF-Retail-Tarife verbilligt werden. Tatsächlich sind jedoch die Retail-Tarife in der Schweiz keineswegs niedrig (vgl. 346 unten). Ferner erlauben die hohen Terminierungsgebühren auch bei Berücksichtigung der Gerätesubventionen eine sehr komfortable Gewinnsituation von SCM (vgl. 249 ff.). Schliesslich und vor allem stellt sich hier die Frage, warum die anderen FDA bzw. deren Endkunden, denen die hohen Terminierungsgebühren weiterverrechnet werden, insbesondere die Endkunden von SCM subventionieren sollen.

B.4.2.1.4 Die Erzwingung

266. Neben der aufgezeigten Unangemessenheit der Preise setzt Art. 7 Abs. 2 lit. c KG voraus, dass die unangemessenen Preise erzwungen werden. Für eine Erzwingung genügt es, wenn das marktmächtige Unternehmen kraft seiner Ver-

²⁷⁰ Akte Nr. 341.

²⁷¹ Auf dieses Argument wurde bereits in Rz. 189 eingegangen.

²⁷² Akte Nr. 341.

handlungsposition die wettbewerbsbeschränkenden Klauseln durchzusetzen vermag²⁷³. Die Erzwingung bezieht sich damit vor allem auch auf die marktbeherrschende Stellung des Unternehmens und stellt kein qualifiziertes missbräuchliches Verhalten dar²⁷⁴. Im europäischen Wettbewerbsrecht gilt für Art. 82 Abs. 2 lit. a EG-Vertrag, dem Art. 7 Abs. 2 lit. c KG praktisch wörtlich nachempfunden ist, dass die Formulierung vor allem die Ausbeutung von Handelspartnern und Verbrauchern durch das marktbeherrschende Unternehmen erfasst. Das Wort „Erzwingung“ im gesetzlichen Tatbestand bringt zum Ausdruck, dass die unangemessenen Preise dem Vertragspartner auferlegt werden. Je mehr dieser als Abnehmer darauf angewiesen ist, vertragliche Beziehungen zum Marktbeherrscher zu unterhalten, desto geringer sind seine Möglichkeiten, sich dessen Diktat zu widersetzen²⁷⁵.

267. Bezogen auf den vorliegenden Sachverhalt sind die FDA zwangsläufig darauf angewiesen, die Terminierung auf das Netz von SCM einzukaufen, da Swisscom die einzige Anbieterin dieser Dienstleistung ist. Dies wird noch deutlicher, wenn die Struktur der Marktgegenseite berücksichtigt wird: Daraus geht hervor, dass die grösste Abnehmerin von Terminierungsleistungen Swisscom Fixnet ist (Rz. 192 oben). Swisscom Fixnet ist wahrscheinlich die einzige FDA, welche allenfalls einen disziplinierenden Einfluss auf die Höhe der Terminierungsgebühr von SCM ausüben könnte (sog. „countervailing buyer power“). Da Swisscom Fixnet und SCM jedoch zum selben Konzern gehören, ist davon auszugehen, dass die Interessen beider Gruppengesellschaften auf einander abgestimmt werden. Die Verhandlungsposition der FDA hinsichtlich der Terminierungsgebühren von SCM ist damit als schwach anzusehen.

268. Dasselbe gilt für die Endkunden, welche die hohen Terminierungspreise als Teil des Retail-Preises, der ihnen von ihrer jeweiligen FDA in Rechnung gestellt wird, zahlen. Da jede im Netz von SCM terminierte Minute letztlich der Nachfrage eines Endkunden entspringt, ist auch deren Verhandlungsposition, wie diejenige der den Anruf vermittelnden FDA, als schwach anzusehen. SCM war deshalb auch in der Lage, die hohe Terminierungsgebühr sowohl gegenüber den FDA wie auch gegenüber den Endkunden zu erzwingen (vgl. Rz. 326 f.).

269. Indem die FDA die Terminierungsgebühren in der Regel auf die Endkunden überwälzten, erfolgte auch bezüglich der Endverbraucher eine Erzwingung. Für den vorliegenden Fall ergibt sich deshalb, dass eine Erzwingung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG gegeben ist.

²⁷³ Roberto Dallafior, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Rz. 128 zu Art. 8.

²⁷⁴ Evelyne Clerc, in: Tercier/Bovet (Hrsg.), Droit de la concurrence, Commentaire romand, Basel 2002, Rz. 209 zu Art. 7.

²⁷⁵ Mit weiteren Hinweisen: Helmuth Schröter, in: Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Schröter/Jacob/Mederer (Hrsg.), Baden-Baden 2003, Rz. 181 ff. zu Art. 82.

B.4.2.1.5 *Zwischenergebnis zur unangemessenen Höhe der Terminierungsgebühr*

270. Die Analyse der verschiedenen Vergleiche hat gezeigt, dass die Terminierungsgebühren von SCM bis zum 31. Mai 2005 wesentlich über den mutmasslichen Kosten lagen, dass sie erheblich über den Werten vergleichbarer Terminierungsgebühren im Ausland lagen, und dass die eigenen Endkundenpreise von SCM deutlich tiefer waren. Es ist daher davon auszugehen, dass die Terminierungsgebühr von SCM in Höhe von 33.5 Rappen pro Minute in keinem angemessenen Verhältnis zur wirtschaftlichen Gegenleistung stand und nicht Ausdruck von Leistungswettbewerb, sondern einer Dominanz auf dem relevanten Markt war.

271. Bei der Erzwingung unangemessener Preise handelt es sich um einen sog. Ausbeutungsmissbrauch. Im vorliegenden Fall haben sich die überhöhten Preise negativ auf die Endkunden der Marktgegenseite ausgewirkt. Die FDA, welche die Terminierung von SCM nachfragten, wälzten die unangemessenen Terminierungsgebühren in der Regel auf ihre Endkunden ab, womit diese die primär Geschädigten sind.

B.4.2.2 *Keine sachlichen Rechtfertigungsgründe*

272. Die oben beschriebene hohe Terminierungsgebühr von SCM ist unzulässig, wenn sie sich nicht durch sachliche Gründe rechtfertigen lässt (sog. legitimate business reasons, die implizit in Art 7 Abs. 1 KG enthalten sind)²⁷⁶. Als sachliche Gründe kommen insbesondere kaufmännische Grundsätze in Betracht²⁷⁷. Als solche Gründe für überhöhte Preise im Bereich der Terminierung macht SCM in einer für die vorliegende Untersuchung erstellten Studie²⁷⁸ geltend, dass es sich beim "MF-Markt" um einen sog. "Zweiseitigen Markt" im Sinne von Rochet und Tirole²⁷⁹ handeln würde. Auf die einzelnen Argumente der Studie wird nachfolgend eingegangen.

273. Die Weko hat sich bereits im Zusammenschlussfall "Tamedia AG / Edipresse SA / Homegate AG"²⁸⁰ sowie im Entscheid der Weko vom 5. Dezember 2005 in Sachen "Kreditkarten / Interchange fee"²⁸¹ zu zweiseitigen (doppelseitigen) Märkten geäussert.

²⁷⁶ Roger Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. Bern 2005, S. 305; Evelyne Clerc, in: Tercier/Bovet (Hrsg.), Droit de la concurrence, Commentaire romand, Basel 2002, Rz. 82 zu Art. 7; Jürg Borer, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 2005, Rz. 3 zu Art. 7.

²⁷⁷ Botschaft zu einem Kartellgesetz, BBl 1995 468 ff., S. 569.

²⁷⁸ Plaut Economics, Wettbewerb im schweizerischen Mobilfunk – Markttabgrenzung, Regulierungsbedarf und Preisbildung aus Kundensicht, Regensdorf, September 2004, Eingabe von SCM vom 30. September 2004, Akte Nr. 137, S. 7 ff.

²⁷⁹ J.-C. Rochet and J. Tirole, Defining Two-Sided Markets, 2004.

²⁸⁰ RPW 2005/2, S. 312.

²⁸¹ RPW 2006/1, S. 65.

274. Damit ein Markt als zweiseitiger Markt bezeichnet werden kann, müssen drei Bedingungen erfüllt sein²⁸²:

- (a) Es braucht zwei verschiedene Gruppen von Nachfragern.
- (b) Der Wert der einen Nachfragergruppe steigt mit der Anzahl Nachfrager der anderen Gruppe (positive Externalität).
- (c) Ein Intermediär ist notwendig um die Externalitäten, welche unter den beiden Gruppen entstehen, zu internalisieren.

275. SCM erwähnt als typisches Beispiel eines solchen zweiseitigen Marktes einen Datingclub, in welchem Frauen und Männer zusammengeführt werden sollen. Dies gilt auch in der Literatur als klassisches Beispiel eines zweiseitigen Marktes²⁸³. Es ist offensichtlich, dass in dieser Veranschaulichung alle drei Bedingungen erfüllt sind. SCM führt weiter aus, dass es effizient sei, wenn die Männer deutlich mehr bezahlen müssten als Frauen, solange mehr Männer als Frauen im Club seien, weil auf diese Weise mehr Frauen in den Club geholt würden, was wiederum den Männern zugute käme. Dies sei folglich volkswirtschaftlich effizient. In der Folge werden von SCM Parallelen zum MF-Markt gezogen. Auch dieser Markt sei zweiseitig, weil die eine Marktseite, die Abonnenten des MF-Netzes, von der anderen Marktseite, den Festnetzkunden, angerufen würden. In Analogie zum Datingclub seien die Abonnenten eines MF-Netzes vergleichbar mit den Frauen, während die Abonnenten des Festnetzes, welche die Mobilfunkkunden anrufen, die Männer darstellten. Das Mobilfunkunternehmen verfolge dabei ebenso wie der Datingclubbetreiber das Ziel, den Wert seiner Plattform und den Kundennutzen zu steigern. Durch Preisdifferenzierung sollten möglichst viele Kunden für das MF-Netz gewonnen werden. Es sei deshalb effizient, wenn die Terminierung wesentlich teurer sei als die Retail-Tarife, weil durch niedrige Retail-Tarife mehr Kunden auf die "Plattform" Mobilfunk gelockt würden. Davon würden auch diejenigen profitieren, welche die hohen Terminierungsgebühren bezahlen müssen, also die anderen MFA und die Festnetzbetreiber.

276. Entgegen den Ausführungen von SCM handelt es sich beim Wholesalemarkt für in ein MF-Netz eingehende Fernmeldedienste aus nachfolgend dargelegten Gründen nicht um einen zweiseitigen Markt, der die übermässig hohen Terminierungsgebühren von SCM zu rechtfertigen vermöchte.

277. Im Markt für Mobilfunkterminierung findet sich nur eine Nachfragegruppe. Einzig der die Terminierung nachfragende FDA trägt die Kosten der Terminierung (welche er in der Regel anschliessend seinen Endkunden überwälzt). Demjenigen, welcher einen Anruf empfängt, werden für die Terminierung keine Kosten auferlegt, er hat für das Telefongespräch nichts zu bezahlen. Ökonomisch betrachtet handelt es sich somit einzig beim Anrufer um einen Nachfrager, der auf steigende Preise mit einer Reduktion der Nachfrage reagiert. Hin-

²⁸² David S. Evans, The Antitrust Economics of Two Sided Markets, September 2002, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=332022.

²⁸³ J.-C. Rochet and J. Tirole, Defining Two-Sided Markets, 2004.

gegen reagiert der Angerufene nicht auf steigende Preise. Er zeigt kein Nachfrageverhalten, sondern wird einfach angerufen. Damit fehlt es dem vorliegend untersuchten Terminierungsmarkt an einer wesentlichen Eigenschaft eines zweiseitigen Marktes.

278. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass sich – anders als bspw. im Bereich des Datingclubs – keine verschiedenen Gruppen von Nachfragern im Sinne zweier Marktseiten abgrenzen lassen. Jeder Abonnent, sei dies im MF- oder im Festnetzbereich, nimmt je nach Situation als Anrufer oder als Angerufener an einem Telefonat teil. Anders als im Datingclub, wo die eine Nachfragegruppe immer aus Frauen und die andere Nachfragegruppe immer aus Männern besteht, lassen sich im vorliegend untersuchten Markt keine zwei voneinander verschiedene Nachfragegruppen definieren.

279. Der Argumentation von SCM²⁸⁴, wonach die Festnetzkunden eine eigene Marktseite darstellen würden, kann daher nicht gefolgt werden. Es ist einerseits entgegenzuhalten, dass auch auf die Festnetze angerufen und Anrufe in diesen terminiert werden, und somit auch die Festnetzkunden nicht ausschliesslich als Nachfrager auftreten. Andererseits ist darauf hinzuweisen, dass ein beträchtlicher Teil der Nachfrage nach MF-Terminierungen aus anderen MF-Netzen erfolgt und somit die Festnetzkunden nicht eine eigene Nachfragegruppe darstellen. Der Unterschied zwischen einer Terminierung aus einem Festnetz und einem MF-Netz besteht darin, dass der Endkunde im ersten Fall von einem stationären Telefon, im zweiten Fall von einem mobilen Telefon aus seinen Anruf tätigt. Die Terminierung als solche ist davon aber in keiner Art und Weise betroffen. Einzig weil MF- und Festnetzkunden von unterschiedlichen Anschlüssen aus eine Terminierung verlangen, stellen sie nicht zwei unterschiedliche Marktseiten im Sinne zweiseitiger Märkte dar. Dass der auf seinem MF-Telefon Angerufene selber mangels einer Nachfrage nicht als eine Nachfrageseite definiert werden kann, wurde bereits dargelegt (Rz. 277 oben). Die Behauptung von SCM, die Festnetzkunden und die MF-Kunden seien als zwei verschiedene Seiten eines zweiseitigen Marktes abzugrenzen, ist daher ökonomisch und rechtlich abzulehnen. Die überhöhten Terminierungsgebühren von SCM lassen sich damit nicht rechtfertigen.

280. Des Weiteren macht SCM auf einen Netzwerkeffekt aufmerksam²⁸⁵, der im Beispiel des Datingclub zu einer volkswirtschaftlichen Effizienzsteigerung führt. Dieser ist jedoch nicht auf den Bereich Mobilfunk übertragbar: Wenn die durchschnittlichen Preise pro Minuten für MF-Benutzer sinken würden, so würde tendenziell die Anzahl Benutzer im Bereich Mobilfunk steigen. Durch die Vergrößerung der Plattform "Mobilfunk" entstünde ein positiver Netzwerkeffekt, von

²⁸⁴ Plaut Economics, Wettbewerb im schweizerischen Mobilfunk – Marktabgrenzung, Regulierungsbedarf und Preisbildung aus Kundensicht, Regensdorf, September 2004, Eingabe von SCM vom 30. September 2004, Akte Nr. 137, S. 9 ff.

²⁸⁵ Plaut Economics, Wettbewerb im schweizerischen Mobilfunk – Marktabgrenzung, Regulierungsbedarf und Preisbildung aus Kundensicht, Regensdorf, September 2004, Eingabe von SCM vom 30. September 2004, Akte Nr. 137, S. 5 ff.

welchem auch die Festnetztelefonierer profitieren würden. Dies rechtfertigt eine Quersubventionierung des Mobilfunks durch das Festnetz.

281. Die Schlussfolgerung, dass die Kosten der Netzerweiterung und damit der positive Netzwerkeffekt, welcher durch die Vergrößerung der Plattform „Mobilfunk“ entsteht, vom Festnetz getragen werden muss, ist jedoch nicht zutreffend, wie nachfolgende Argumente zeigen. Erstens profitieren die MFA in viel höherem Masse von einer Vergrößerung der Plattform "Mobilfunk" als die Festnetzbetreiber. Dies vor allem, weil es neben dem Telefonieren viele Anwendungen gibt, welche meist nur von Mobiltelefonen übertragen und empfangen werden (können). Dazu zählen SMS, MMS, Klingeltöne, bestimmte Games, etc. Dass SMS auch vom Internet und einzelnen Festnetzapparaten aus auf Mobiltelefone gesendet werden können, unterstützt die Argumentation zusätzlich.

282. Zweitens würde eine Erweiterung des Festnetzes auch einen positiven Netzwerkeffekt auf die Plattform "Mobilfunk" generieren. Theoretisch könnte der Effekt also in beide Richtungen gehen. Bei einer solchen Erweiterung, wie sie z.B. durch Internet-Telefonie zu beobachten ist, kann eine solche Preisdifferenz bzw. Quersubventionierung jedoch nicht beobachtet werden. Vielmehr sind die Preise trotz Millionen neuer Anschlüsse über das Internet (alleine Skype verfügte im August 2005 über 51 Mio. registrierte Benutzer²⁸⁶) durchaus vergleichbar, nämlich fast kostenlos.

283. Wenn drittens ein Festnetztelefonierer seinen Festnetzanschluss durch einen MF-Anschluss substituiert, entsteht gar kein positiver Effekt, weil das Gesamtnetzwerk in diesem Fall nicht vergrössert wird.

284. Viertens gilt es auch zu berücksichtigen, dass der MF-Markt langsam zu stagnieren beginnt (Abbildung B-3). Die Entwicklung der letzten Jahre zeigt deutlich, dass der MF-Markt in einer Reifephase angelangt ist. Es gibt also kaum mehr einen positiven Netzwerkeffekt, welcher durch zusätzliche Benutzer entstehen könnte.

285. Schliesslich muss fünftens berücksichtigt werden, dass hohe Terminierungsgebühren auch dazu führen, dass es weniger F2M-Anrufe gibt und auch weniger F2M-Minuten generiert werden. Dies führt zu einer allokativen Marktverzerrung und senkt den Nutzen der Festnetz- wie auch der MF-Abonnenten. Daher ist die Behauptung von SCM, dass aufgrund eines positiven Netzwerkeffektes die Terminierungsgebühren im Bereich Mobilfunk hoch zu halten seien, haltlos und vermag die überhöhten Terminierungsgebühren nicht zu rechtfertigen.

286. SCM macht in ihren Stellungnahmen vom 25. Juli 2005²⁸⁷, vom 22. Mai 2006²⁸⁸ sowie vom 15. Dezember 2006²⁸⁹ geltend, dass der Schweizer Markt später

²⁸⁶ http://about.skype.com/2005/08/skype_opens_its_platform_to_th.html.

²⁸⁷ Akte Nr. 250.

²⁸⁸ Akte Nr. 341.

²⁸⁹ Akte Nr. 374.

geöffnet wurde als andere MF-Märkte in Europa, und dass deswegen das Preisniveau hierzulande höher sei. Die relativ zu anderen europäischen Staaten spätere Marktöffnung führte dazu, dass SCM zum Zeitpunkt der Marktöffnung bereit über eine Mio. Kunden verfügte, einen Grossteil ihrer Investitionen bereits amortisiert hatte und über einen hohen Bekanntheitsgrad verfügte. Daher verfügte sie gegenüber Orange und Sunrise über einen enormen sog. first mover advantage (vgl. Rz. 163 oben). Mit einem späten Markteintritt von Orange und Sunrise kann die starke Position und der hohe Marktanteil von SCM, nicht jedoch die Höhe der Terminierungsgebühren, begründet werden.

287. SCM macht in ihrer Stellungnahme vom 25. Juli 2005²⁹⁰ sowie in ihrer Stellungnahme vom 22. Mai 2006²⁹¹ geltend, dass die Festnetzanbieter von hohen Terminierungsgebühren profitieren, weil sie durch das allgemein höhere Preisniveau ebenfalls höhere Margen gegenüber den Endkunden durchsetzen könnten. Diese Argumentation zeigt, dass sich SCM der ausbeutenden Wirkung ihrer zu hohen Preise bewusst ist. Sie kann jedoch nicht die überhöhten Terminierungsgebühren von SCM rechtfertigen. Dabei ist ebenfalls zu beachten, dass Swisscom Fixnet der grösste Festnetzanbieter der Schweiz ist. Wenn die Festnetzanbieter die überhöhten Terminierungsgebühren an ihre Endkunden weitergeben, so zeigt dies, dass letztlich die Endkunden die Geschädigten sind und überhöhte Preise für das Telefonieren bezahlen müssen.

288. SCM liess als Beilage zu ihrer Eingabe vom 22. Mai 2006 bei Prof. C.C. von Weizsäcker ein Gutachten erstellen²⁹². Ferner wurde in der Eingabe vom 15. Dezember 2006 von Prof. C.C. von Weizsäcker ein Kommentar zu den Stellungnahmen der Weko zu seinem Gutachten erstellt²⁹³. Auf die Argumente dieses Gutachtens sowie des Kommentars wird nachfolgend eingegangen, soweit dies bisher noch nicht erfolgt ist (Rz. 188 oben).

289. Im Gutachten (S. 3ff.) sowie im Kommentar (S. 10) wird erläutert, dass die Terminierung nicht vergleichbar sei mit einem normalen Vorprodukt, weil die Gruppe der Empfänger des Vorprodukts Terminierung identisch sei mit der Gruppe der Erbringer des Vorprodukts Terminierung. Es gehe um bilaterale Vereinbarungen in einer hypothetischen Situation des Laisser Faire, bei denen über zwei Preise gleichzeitig verhandelt werde. Es handle sich um eine symmetrische Reziprozitätsbeziehung. In einer solchen idealen Welt gäbe es gar keine Marktbeherrschung. Für die Symmetrie spreche ebenfalls die Tatsache, dass der Verkehr unter den Netzen ausgeglichen sei.

290. Zu diesem Vorbringen ist Folgendes zu bemerken: Obwohl die Unternehmen, welche die Terminierungen auf die verschiedenen Netze nachfragen, immer wieder dieselben sind, kann nicht von einer „symmetrischen Reziprozitätsbeziehung“ ausgegangen werden, denn die Terminierung von Netz A ist nicht

²⁹⁰ Akte Nr. 250.

²⁹¹ Akte Nr. 341.

²⁹² Beilage 1 der Eingabe vom 22. Mai 2006, Akte Nr. 341. Eine Zusammenfassung des Gutachtens veröffentlichte die NZZ vom 20. Juni 2006 „Fragwürdige Argumente der Weko gegen die Swisscom“.

²⁹³ Beilage 8 der Eingabe vom 15. Dezember 2006, Akte Nr. 374.

identisch mit der Terminierung auf das Netz B. Es handelt sich um verschiedene Güter, die in verschiedenen Märkten gehandelt werden, denn es werden auf dem Netz A andere Endkunden erreicht als auf dem Netz B. Es wurden deshalb in der Schweiz, aber auch in allen anderen Ländern der EU, für die Terminierung in verschiedene Netze separate Märkte abgegrenzt.

291. Die Terminierungen auf den verschiedenen Netzen weisen unter anderem wegen der unterschiedlichen Auslastung der Netze in der Produktion erhebliche Kosten- und folglich auch Preisunterschiede auf. Dies wird auch deutlich, wenn das Festnetz miteinbezogen wird, wie dies z.T. ebenfalls im Gutachten getan wird. Im Festnetz in der Schweiz wurden die Preise für die Terminierung reguliert. D.h. ein Festnetzanbieter kann seinen Preis nicht selber festlegen, denn dieser wurde von der ComCom bestimmt. Es handelt sich daher nicht um gleichwertige Partner, welche um das gleiche Gut verhandeln, wie dies im Gutachten dargestellt wurde. Ein Unternehmen, welches seinen Preis nicht selber festlegen kann, weil es reguliert ist, hat bei Verhandlungen über die Terminierung eine schwache Position. Wenn SCM mit einem kleinen Festnetzanbieter über die Terminierung ins MF-Netz von SCM verhandelt, kann nicht von gleichwertigen Partnern, welche über das gleiche Gut verhandeln, gesprochen werden.

292. Bei Terminierungsverhandlungen sitzen zwar in der Regel die gleichen FDA am Verhandlungstisch, es wird jedoch über verschiedene Güter zu unterschiedlichen Preise in verschiedenen wirtschaftlichen und technischen Konstellationen miteinander verhandelt. Es kann daher nicht von einer symmetrischen Reziprozitätsbeziehung gesprochen werden. Im Gutachten wird erläutert, dass es keine Marktbeherrschung geben kann in einer „hypothetischen Situation des Laisser Faire“ wegen der „symmetrischen Reziprozitätsbeziehung“. Tatsächlich wurde Swisscom jedoch im Bereich des Anschlusses im Festnetz bereits 1997 rechtskräftig als marktbeherrschend bezeichnet²⁹⁴. Aufgrund dieser Marktbeherrschung wurde in der Folge die Terminierungsgebühr ins Festnetz reguliert.

293. Im Gutachten wird weiter davon ausgegangen, dass sich in einer hypothetischen Situation des Laisser Faire eine Situation einstelle, in welcher sich alle Terminierungsgebühren – auch diejenigen ins Festnetz – auf gleicher Höhe ependeln (S. 10 ff.).

294. Zu diesen Behauptungen ist Folgendes zu bemerken: Es spricht einiges dafür, dass die Preise auch in einer solch hypothetischen Situation unterschiedlich wären. Insbesondere können erhebliche Kostenunterschiede bei verschiedenen Netzwerken vorhanden sein, welche in der Regel zu Preisunterschieden führen. Aus der Gegebenheit, dass der Verkehr zwischen zwei Netzen in der Regel ausgeglichen ist, kann daher nicht auf eine allgemeine Gleichheit der Preise geschlossen werden.

295. Daraus, dass der Verkehr zwischen zwei Netzen in der Regel ausgeglichen ist, kann ebenfalls nicht geschlossen werden, dass die Verhandlungspartner sich

²⁹⁴ RPW 1997/2 S. 161.

in einer symmetrischen Reziprozitätsbeziehung befinden. Der Verkehr zwischen zwei unterschiedlich grossen Netzwerken ist nur *bilateral* ausgeglichen. In einer Gesamtbetrachtung sind jedoch die Unterschiede in der Anzahl terminierter Minuten massiv – und diese Gesamtbetrachtung bleibt unberücksichtigt, solange nur die bilaterale Beziehung hervorgehoben wird. Es werden auf dem Netz von SCM nämlich wesentlich mehr Minuten terminiert als auf den Netzen von Orange und Sunrise zusammen (vgl. Tabelle B-2, S. 52). Aus bilateral ausgeglichenem Verkehr zwischen verschiedenen Netzen kann daher nicht auf eine allgemeine Symmetrie unter den MFA geschlossen werden.

296. Die Gesamtzahl der auf den Netzen terminierten Minuten kann trotz bilateral ausgeglichenen Verkehr erheblich unterschiedlich sein. Dies ist insbesondere im schweizerischen MF-Markt der Fall, wenn die Situation von SCM (Marktanteil von ca. 60%) mit derjenigen der kleinen MFA Orange und Sunrise (Marktanteile von ca. 20%) verglichen wird.

297. Wenn es um Verhandlungen um die jeweilige Terminierung geht, hat ein MFA, welches bereits über eine Kundenbasis von über einer Millionen verfügt²⁹⁵ eine stärkere Verhandlungsposition, als ein neuer MFA, welcher sich erst noch eine Kundenbasis aufbauen muss. Dies war jedoch die Situation der kleinen MFA Orange und Sunrise in der Schweiz. Es ist daher zu verneinen, dass es sich bei Verhandlungen um Terminierungsentgelte um eine symmetrische Reziprozitätsbeziehung handelt.

298. Im Gutachten wird zudem erläutert, dass die Endkundenpreise unabhängig von der Höhe der Terminierungsentgelte seien. Dies wurde im Gutachten als Neutralitätsergebnis bezeichnet (S. 10 ff.).

299. Dieses Argument wurde in der Literatur behandelt und wird als „bill-and-keep fallacy“ bezeichnet²⁹⁶. Es hat sich jedoch in der Folge gezeigt, dass das Neutralitätsergebnis ein Irrtum ist und nicht gilt²⁹⁷. Stellvertretend dazu aus Laffont J.J., Tirole J. „Competition in Telecommunications“ MIT Press Cambridge, 2000 S. 190: „It is sometimes argued that if networks' inflows and outflows are balanced, so that the net payment between them is equal to zero, one might as well forget about access charges and not record any wholesale transactions. This “bill-and-keep” arrangement amounts to setting an access charge equal to zero. It is correct that a change in the access charge need not affect the (absence of) net payment between the operators, but the access charge af-

²⁹⁵ Fernmeldestatistik 1999, S. 22, www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00744/00746.

²⁹⁶ J.J. Laffont, J. Tirole, Competition in Telecommunications, MIT Press Cambridge, 2000, S. 190.

²⁹⁷ M. Armstrong, Network Interconnection in Telecommunications, Economic Journal 108, 1998, S. 545-564; M. Armstrong, The Theory of Access Pricing and Interconnection in: M. Cave, S. Majumdar, I. Vogelsang (Hrsg.), Handbook of Telecommunications Economics, North-Holland, Amsterdam 2002, S. 295-384; J.J. Laffont, P. Rey, J. Tirole, Network Competition I: Overview and Nondiscriminatory Pricing, RAND Journal of Economics 29, 1998, S. 1-37; I. Vogelsang, Price Regulation of Access to Telecommunications Networks, Journal of Economic Literature XLI, 2003, S. 830-862; M. Peitz, T.M. Valletti, J. Wright, Competition in Telecommunications: An Introduction, Information Economics and Policy 16, 2004, S. 315-321. Lesenswert ist ebenfalls Christian Koenig, Ingo Vogelsang, Kay Winkler, Marktregulierung im Bereich der Mobilfunkterminierung, in: K&R Beilage 6/2005, S. 1 – 31, S. 9, Kap. 3.

fects each network's perceived marginal cost and therefore retail prices. It is, therefore, not neutral even if traffic is balanced." [Hervorhebung im Original].

300. Selbst in einer idealisierten Welt reagieren die Retail-Preise auf symmetrische Veränderungen der Terminierungsgebühren. Es finden sich denn in der entsprechenden Fachliteratur keine Artikel, welche die Sichtweise des Gutachtens stützen würden. Die einzigen beiden Literaturangaben, welche das Gutachten aufweist, widersprechen dem Neutralitätsergebnis ebenfalls.

301. An der Anhörung vom 29. Mai 2006 wurde das Neutralitätsergebnis ebenfalls eingeschränkt²⁹⁸: Lediglich im M2M-Verkehr seien die Einnahmen unabhängig von der Höhe der Terminierungsgebühr, es wurde jedoch eingeräumt, dass SCM hohe Terminierungseinnahmen vom Festnetz her generieren würde. Auf die Frage, warum die Terminierungsgebühren nicht auf Null gesetzt würden, wenn deren Höhe unerheblich sei, wurde erläutert, dass dann Orange bzw. Sunrise nicht mehr überlebensfähig wären.

302. Da die im Gutachten erläuterte Neutralität nicht beobachtet und von SCM nicht belegt werden kann sowie die wissenschaftliche Literatur den Ansichten des Gutachtens widerspricht, kann SCM ihre hohe Terminierungsgebühr nicht damit rechtfertigen, dass deren Höhe gar keine Rolle spiele.

303. Im Gutachten wird weiter erläutert, dass Orange und Sunrise gar nicht klein seien, sondern ebenfalls weltweit Umsätze in Milliardenhöhe generieren würden (S. 14).

304. Dies ist zwar richtig, ändert jedoch nichts an der schwachen Position von Orange und Sunrise in der Schweiz. Selbst wenn ein kleiner MFA in der Schweiz Teil eines der grössten MFA der Welt wäre, so müsste sich das Geschäft in der Schweiz trotzdem rechnen. Wenn dies nicht der Fall ist und das Geschäft in der Schweiz keine Gewinne abwirft, ziehen sich internationale Konzerne aus dem schweizerischen Markt zurück. Daher ist nicht die Grösse der Mutterkonzerne, sondern die Marktsituation von Orange und Sunrise in der Schweiz ausschlaggebend. Dafür sind insbesondere die Beurteilungskriterien, welche die Schweiz betreffen, wie z.B. die Marktanteile in der Schweiz, beizuziehen. Auch dieses Argument vermag keine Rechtfertigung für die hohen Terminierungsgebühren von SCM zu liefern.

305. Im Gutachten wird schliesslich erläutert, dass der Wettbewerb unter den MFA dazu führe, dass die Endkundenpreise umso niedriger seien, je höher die Terminierungsgebühren der MFA seien, denn mit steigendem Unterschied zwischen beiden Terminierungsgebühren (Mobilfunk – Festnetz), steige die Subventionierung des Mobilfunks durch das Festnetz (S. 25 ff.).

306. Diese Aussage steht im Widerspruch zum hohen Gewinn von SCM. Würde SCM die hohen Einnahmen aus dem Terminierungsgeschäft tatsächlich ihren

²⁹⁸ Protokoll der Anhörung vom 29. Mai 2006, Akte Nr. 351, S. 10,

Endkunden weitergeben, so könnten nicht derart hohe Gewinne bei SCM ausgewiesen werden. Ferner müssten auch die Endkundenpreise entsprechend tiefer sein, als diejenigen von Orange und Sunrise. Das Gegenteil ist jedoch der Fall: Während Sunrise im Bereich Prepaid Minutentarife von 69 Rappen pro Minute in alle schweizerischen Netze hatte (seit Oktober 2000 bis Mai 2005), verlangte SCM (seit November 1999 bis Mai 2005) 99 Rappen pro Minute (off-net sogar 129 Rappen pro Minute im Normaltarif). Auch im Bereich der Abonnemente waren bis zum 31. Mai 2005 die Preise von SCM stets die höchsten im Markt. Die Handysubventionen waren demgegenüber bei allen drei MFA in vergleichbarer Höhe. Es lässt sich daher nicht sagen, dass die hohen Terminierungseinnahmen den Endkunden in irgendeiner Form weitergegeben wurden.

B.4.2.3 *Stellungnahme vom SCM vom 15. Dezember 2006*

307. Dieses Kapitel setzt sich insbesondere mit den Argumenten aus der Stellungnahme von SCM vom 15. Dezember 2006 auseinander²⁹⁹.

308. SCM weist in Rz. 24 der Stellungnahme vom 15. Dezember 2006 auf einen Widerspruch hin, wonach behauptet würde, der „[...]“ sei nicht eingereicht worden. Tatsächlich enthält Akte Nr. 291 eine A4-Seite mit drei Grafiken und der Überschrift „6.2 Payroll“ aus dem „[...]“. Rz. 23 oben hält demzufolge korrekt fest, dass SCM die fehlenden Unterlagen „weitgehend“ (aber nicht vollständig) nachreichte. Indem SCM die einverlangten Unterlagen nur unvollständig einreichte, ist SCM ihren Mitwirkungspflichten im Verfahren nicht nachgekommen.

309. Mit Rz. 28 der Stellungnahme vom 15. Dezember 2006 macht SCM geltend, das deren Akteneinsichtsrecht erheblich erschwert wurde, indem gewisse Aktenstücke erst 5 Monate nach dem ersten Gesuch zur Verfügung gestellt worden seien. Hierzu ist Folgendes festzuhalten: Die Akten wurden später zugestellt, da vorab Fragen betreffend allfälliger Amts- und Geschäftsgeheimnisse zu klären waren. Die Klärung dieser Fragen erforderte auch eine Kontaktaufnahme mit dem betroffenen Unternehmen³⁰⁰. Eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör liegt jedoch nicht vor, da SCM im Zeitpunkt der Zustellung des überarbeiteten Antrags vom 11. Oktober 2006 im Besitz aller einverlangten Akten war. Damit war SCM in der Lage, ihre Rechte im Verfahren wahrzunehmen.

310. SCM führt in Rz. 29 und 98 der Stellungnahme vom 15. Dezember 2006 an, dass der Sachverhalt vor und nach dem 31. Mai 2005 nicht getrennt werden könne, sondern gesamthaft untersucht werden müsse. Die Ereignisse nach dem 1. Juni 2005 seien ebenfalls rechtserheblich. Im Übrigen sei die Beurteilung der Marktstellung von Orange und Sunrise im IC-Gutachten der Weko vom 20. November 2006³⁰¹ anders beurteilt worden. Die Marktstellung aller MFA vor und

²⁹⁹ Akte Nr. 374.

³⁰⁰ Akte Nr. 309a und 352a.

³⁰¹ Gutachten vom 20. November 2006 i.S. Interkonkurrenzverfahren Mobilfunkterminierung, RPW 2006/4 S. 739, Rz. 13.

nach dem 1. Juni 2005 sei dieselbe gewesen, weshalb ein „unlösbarer Widerspruch“ bestehe.

311. Die zeitliche Konsistenz der vorliegenden Verfügung mit erwähntem IC-Gutachten hängt mit der Frage des Erlasses einer Teilverfügung zusammen, welche in Kap. B.1.1 behandelt wird. Dabei ist wesentlich, dass die vorliegende Verfügung in zeitlicher Hinsicht getrennt wird. Das bedeutet, dass Sachverhalte nach dem Stichdatum 31. Mai 2005 nicht mehr zu berücksichtigen sind. Für die Beurteilung der Marktstellung und des Verhaltens, wie es bis 31. Mai 2005 vorliegt, werden dabei alle Informationen, welche diesen Zeitraum betreffen, mitberücksichtigt. Es werden dabei Informationen verwendet, welche zwar ev. erst später verfügbar waren, sich jedoch auf den fraglichen Zeitraum beziehen, soweit diese entscheiderelevant sind. Das IC-Gutachten der Weko vom 20. November 2006 i.S. Interkonkktionsverfahren Mobilfunkterminierung stützt sich auf Informationen, welche vom Bakom erhoben und der Weko zur Verfügung gestellt wurden. Diese Informationen beziehen die sich gemäss dem Gutachtensauftrag des Bakom jedoch insbesondere auch auf die Zeit nach dem 31. Mai 2005. Da in der vorliegenden Verfügung und im IC-Gutachten verschiedene Zeiträume betrachtet werden, ist ein unterschiedliches Ergebnis einer Beurteilung einer Marktstellung nicht erstaunlich. Dies insbesondere, weil Orange und Sunrise relativ junge und stark wachsende Unternehmen sind, und weil im Bereich Telekommunikation generell Entwicklungen aufgrund des technologischen Wandels schnell vor sich gehen. Es ist daher kein Widerspruch, wenn die Weko in bezug auf die Marktstellung von Orange und Sunrise im IC-Gutachten zu einem anderen Schluss kommt, als in der vorliegenden Verfügung.

312. SCM führt in Rz. 31 der Stellungnahme vom 15. Dezember 2006 an, dass sich die Weko im Gutachten vom 20. November 2006 i.S. Interkonkktionsverfahren Mobilfunkterminierung zur Frage der Marktdefinition, der Marktbeherrschung und den Terminierungskosten festgelegt habe, was eine Verletzung des rechtlichen Gehörs darstelle. Das Gutachten vom 20. November 2006 wurde von der Weko in Erfüllung ihres gesetzlichen Auftrages nach Art. 11 Abs. 3 Fernmeldegesetz (FMG) erstellt. Die Weko hat in solchen Gutachten die Frage der Marktbeherrschung zu beurteilen. Sie hat gemäss Art. 56 der Verordnung vom 31. Oktober 2001 über Fernmeldedienste (FDV) ihre Stellungnahme innert vier Wochen abzugeben. Hervorzuheben ist, dass das Gutachten in zeitlicher Hinsicht eine zukunftsgerichtete Betrachtungsweise wahrnimmt. Die Zeit vor dem 1. Juni 2005 wird im Gutachten nicht beurteilt³⁰².

313. Ebenfalls zu beachten ist, dass SCM ihren Anspruch auf rechtliches Gehörs zum Gutachten der Weko vom 20. November 2006 im Rahmen des beim Bakom hängigen Interkonkktionsverfahrens ausüben kann. Weiter zu berücksichtigen gilt es, dass die ComCom als Entscheidbehörde in Interkonkktionsverfahren zwar nicht ohne Not vom Gutachten der Weko abweichen kann, jedoch nicht zwingend an die Schlussfolgerungen des Gutachtens zur Frage der Marktbeherr-

³⁰² Gutachten vom 20. November 2006 i.S. Interkonkktionsverfahren Mobilfunkterminierung, RPW 2006/4 S. 739, Rz. 13.

schung gebunden ist³⁰³. Das Gutachten der Weko vom 20. November 2006 ist nicht Teil des vorliegenden Untersuchungsverfahrens. Das Gutachten wurde im Übrigen einzig basierend auf den der Weko vom Bakom zur Verfügung gestellten Unterlagen sowie öffentlich zugänglichen Informationen erstellt³⁰⁴. Damit sind sowohl der Gegenstand als auch der zeitliche Sachverhalt des fernmelderechtlichen Gutachtens und der vorliegenden kartellrechtlichen Teilverfügung unterschiedlich³⁰⁵. Das rechtliche Gehör wurde daher nicht verletzt.

314. SCM beanstandet in Rz. 32 der Stellungnahme vom 15. Dezember 2006, dass die gesamte Weko als befangen und ausstandspflichtig anzusehen sei. SCM bezieht sich dabei unter anderem auf das Gutachten der Weko vom 20. November 2006 sowie die entsprechende Medienmitteilung der Weko vom 28. November 2006³⁰⁶. Zusätzlich zu den Ausführungen in Rz. 312 der vorliegenden Verfügung ist vorweg darauf hinzuweisen, dass für Gutachten in Interkonktionsverfahren gemäss Art. 11 Abs. 3 FMG explizit die Möglichkeit besteht, dass die Weko solche Gutachten veröffentlichen kann. Art. 49 KG sieht zudem vor, dass das Sekretariat und die Wettbewerbskommission die Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit orientieren. In Zusammenhang mit diesen erwähnten Bestimmungen ist auch die Aussage in der Medienmitteilung vom 28. November 2006 zu sehen, wonach die Terminierungsgebühren in der Schweiz im Vergleich mit dem Preisniveau in Europa immer noch hoch seien. Diese Aussage stützt sich auf öffentlich zugängliche Vergleiche und Informationen, wobei bezüglich der Mobilfunkterminierung regelmässig auch Tageszeitungen punktuelle Vergleiche anstellen. Diese Aussage in der Medienmitteilung stellt weder eine Qualifikation dar, ob es sich um eine Erzwingung unangemessener Preise im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG handelt, noch ob ein Missbrauch nach Art. 7 Abs. 1 KG vorliegt.

315. Dem Wortlaut von Art. 10 Abs. 1 VwVG entsprechend könnte ein Ausstandsbegehren im Übrigen nicht gegen eine Behörde als solche, sondern nur gegen die natürlichen Personen gerichtet sein, welche Mitglied dieser Behörde sind³⁰⁷. In Verfahren vor Kommissionen wie der Eidgenössischen Bankenkommision oder der ComCom wurden bei institutionell ähnlicher Behördenausgestaltung bereits Ausstandsbegehren gestellt, wobei das Vorliegen von Ausstandsgründen regelmässig verneint wurde³⁰⁸. SCM hat zwar Ausstandsgründe geltend macht, aber kein formelles Ausstandsbegehren gestellt. Ähnlich wie an der Anhörung vom 29. Mai 2006 verzichtete SCM darauf³⁰⁹, gegen einzelne oder alle Kommissionsmitglieder entsprechende Verfahrensanträge zu stellen. Ausstandsgründe sind ebenfalls nicht ersichtlich.

³⁰³ Zum Ganzen: Stefan Renfer, Vom Zusammenspiel des Fernmelderechts mit dem revidierten Kartellrecht, in: Jusletter 17. Oktober 2005, Rz. 23.

³⁰⁴ Gutachten vom 20. November 2006 i.S. Interkonktionsverfahren Mobilfunkterminierung, Rz. 14.

³⁰⁵ Urteil 2A.276/2006 vom 12. Juli 2006.

³⁰⁶ www.weko.admin.ch/publikationen/pressemittelungen/00264.

³⁰⁷ BGE 97 I 860, E. 4.

³⁰⁸ Urteil 2A.349/2001 vom 20. Dezember 2001; Urteil 2A.315/2006 vom 26. Oktober 2006, VPB 67 (2003) N. 90.

³⁰⁹ Protokoll der Anhörung vom 29. Mai 2006, S. 1, Akte Nr. 351.

316. Mit Rz. 33 der Stellungnahme vom 15. Dezember 2006 macht SCM geltend, dass der Verweis auf die Rechtsprechung des EuG und des EuGH nicht sachdienlich sei. Die EMRK finde keine Anwendung auf die Verfahren vor der Europäischen Kommission, da die EU der EMRK nicht beigetreten sei. Zutreffend ist, dass die EU als supranationale Organisation aus institutionellen Gründen die EMRK nicht ratifiziert hat. Hingegen haben die jeweiligen Mitgliedsstaaten der EU die EMRK ratifiziert. Obwohl formell nicht Mitglied der EMRK ist die Konvention und die entsprechende Praxis für die Rechtsprechungsorgane der EU eine wichtige Erkenntnisquelle, an der sich die Rechtsprechungsorgane der EU orientieren. Im Ergebnis spielt es damit keine Rolle, ob der EuGH (oder das Gericht erster Instanz) die EMRK direkt anwenden oder nicht. Die Rechtsprechung des EuGH und des EGMR stimmen bezüglich Unabhängigkeit und Unbefangenheit des Gerichts grundsätzlich überein³¹⁰. In Verfahren betreffend Wettbewerbsverletzungen in der EU sind die Grundrechte allgemein - worunter auch die EMRK zu verstehen ist - zu wahren und ist insbesondere den Prinzipien, die in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankert sind, Rechnung zu tragen³¹¹. Ein Vergleich mit der Rechtslage in der EU ist deshalb auch bezüglich konventionsrechtlicher Fragestellungen angezeigt.

317. Bezüglich der von Swisscom in Rz. 32 ff. der Stellungnahme vom 15. Dezember 2006 aufgeworfenen Frage der Unabhängigkeit des Gerichts im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK – welche von der Frage der Vorbefassung im Sinne von Art. 10 Abs. 1 VwVG abzugrenzen ist - gilt es Folgendes zu beachten: Die Weko ist insgesamt nicht als Teil der ordentlichen Rechtsprechungsorgane und damit nicht als Gericht im Sinne von 6 Abs. 1 EMRK anzusehen, sondern als der dezentralen Bundesverwaltung zugehörig zu qualifizieren (vgl. vorne Rz. 40).

318. Aus der zitierten Lehre, schliesst Swisscom in Rz. 40 ihrer Stellungnahme vom 15. Dezember 2006, dass die Möglichkeit der Heilung einer Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör bzw. auf ein faires Verfahren von der herrschenden Lehre einhellig abgelehnt würde. Es ist jedoch gemäss der von SCM zitierten Literatur und den dortigen Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung vielmehr vom Gegenteil auszugehen: Gemäss der bundesgerichtlichen Praxis kann eine Verletzung der rechtlichen Gehörs geheilt werden, wenn die Betroffene die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie die Rechtslage frei überprüfen kann, was vorliegend der Fall ist³¹². Damit ist die konventionsrechtliche Anforderung an die Unabhängigkeit und Unbefangenheit des Gerichts nach Art. 6 Abs. 1 EMRK mindestens einmal im Verfahren gewährleistet (vgl. vorne Rz. 41). Entgegen den Ausführungen von SCM verfügte die REKO/WEF, beziehungsweise heute das Bundesverwaltungsgericht, nicht nur formell über volle Kognition, sondern

³¹⁰ Z.B. Wouter P J Wils, *Principles of European Antitrust Enforcement*, Oxford und Portland 2005, S. 159.

³¹¹ Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. L 1 vom 4. Januar 2003, S. 1 ff., Präambel 37.

³¹² Z.B. BGE 116 V 182 E. 1.b.

überprüfte Entscheide der Weko ebenfalls in materieller Hinsicht eingehend und verfügte in einigen Fällen auch selbst materiell³¹³.

319. Mit Rz. 42 f. der Stellungnahme vom 15. Dezember 2006 macht SCM geltend, dass die Beweise, auf die sich die Sanktionsverfügung stütze unter Hinweis auf die Mitwirkungspflichten von Art. 40 KG erhoben worden und deshalb nicht verwertbar seien. Die Pflicht zur Mitwirkung, welche den Beteiligten im Wettbewerbsverfahren obliegt, verstösst grundsätzlich nicht gegen die Unschuldsumutung i.S.v. Art. 6 Abs. 2 EMRK³¹⁴. Wenn ein Unternehmen freiwillig auf ein einfaches Auskunftsverlangen antwortet, kann dadurch das Aussageverweigerungsrecht nicht verletzt werden. Erst mit einer Auskunftsverfügung verbunden mit einer Androhung von Sanktionen könnte allenfalls unerlaubter Zwang ausgeübt werden³¹⁵. Sollte das Verbot des Selbstbelastungszwangs vorliegend zur Anwendung kommen, ist im Übrigen nicht ersichtlich und wird von SCM auch nicht substantiiert, inwiefern Fragen gestellt worden wären, welche zu Eingeständnissen wettbewerbswidrigen Verhaltens führen könnten. Die einverlangten Informationen, wobei es sich weitgehend um Zahlenmaterial handelt, beziehen sich einzig auf tatsächliche Begebenheiten.

320. SCM führt in Rz. 49 der Stellungnahme vom 15. Dezember 2006 an, dass die Marktabgrenzung zu eng sei. Auf die einzelnen diesbezüglichen Vorbringen wurde bereits im Kap. B.4.1.1 „Der relevante Markt“ eingegangen.

321. SCM führt in Rz. 50 der Stellungnahme vom 15. Dezember 2006 an, dass sich die Weko nur einseitig an der Rechtsprechung der EU orientiere: Bei der Marktabgrenzung folge die Weko der EU, bei der Marktstellung weiche sie davon ab. Ferner weist SCM auf Unterschiede des regulatorischen Systems zwischen der Schweiz und der EU hin.

322. Die Weko orientiert sich, soweit dies möglich und sinnvoll ist, an der Rechtsprechung der EU³¹⁶. In den Ländern der EU erfolgt die Beurteilung der Marktstellung ebenfalls auf Basis einer Einzelbeurteilung des zu prüfenden Unternehmens im relevanten Markt. Diesbezüglich ist insbesondere hervorzuheben, dass auch in der EU aus einer Monopolstellung auf einem Terminierungsmarkt nicht zwangsläufig auf eine Marktbeherrschung gefolgert wird: Ob in solchen Fällen alle MFA über eine marktbeherrschende Stellung verfügen, richtet sich unter anderem nach dem Einfluss der Marktgegenseite, welche anhaltende Preiserhöhungen unwirtschaftlich machen könnte³¹⁷. Aus dem *Ergebnis* der Beur-

³¹³ „Swisscom ADSL“, RPW 2005/3, S. 505; „Ticketcorner“, RPW 2005/4, S. 672; „Swissgrid“, RPW 2006/2, S. 310; „20-Minuten“, RPW 2006/2, S. 347.

³¹⁴ Astrid Waser, Grundrechte der Beteiligten im europäischen und schweizerischen Wettbewerbsverfahren, Diss. Zürich 2002, S. 157.

³¹⁵ Patrick Krauskopf/Olivier Schaller/Simon Bangerter, „Verhandlungs- und Verfahrensführung vor den Wettbewerbsbehörden“, in: Th. Geiser et al. (Hrsg.), Schweizerisches und europäisches Kartellrecht, Basel 2005, S. 471 ff., S. 481.

³¹⁶ Rz. 73 und 363.

³¹⁷ Begründung der Empfehlung der Kommission vom 11. Februar 2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, S. 32 f.

teilung der Marktstellung eines einzelnen Unternehmens kann nicht geschlossen werden, dass die *Methode* nicht gleichen Prinzipien folgt. Auf die Besonderheiten des schweizerischen regulatorischen Umfeldes wird ebenfalls an verschiedenen Stellen eingegangen³¹⁸.

323. SCM führt in Rz. 63 der Stellungnahme vom 15. Dezember 2006 an, dass die Terminierung keine eigene Nachfrage habe. Die Minuten welche in der Wholesale-Ebene beobachtet würden, werden in der Retail-Ebene gleichzeitig ausgelöst, wenn der Endkunde telefoniere. Daher sei eine Unterscheidung zwischen Retail- und Wholesale-Ebene „nicht plausibel“.

324. Die Analyse der Beziehung zwischen Retail- und Wholesale-Ebene, welche SCM anführt, ist jedoch unvollständig. Insbesondere fehlt die Beobachtung von zwei verschiedenen Preisen (Endkundenpreise und Terminierungsgebühren), welche auf der Retail- und der Wholesale-Ebene zwischen verschiedenen Parteien ausgehandelt werden. Die Endkundenpreise werden in der Regel von den FDA festgesetzt und von den Endkunden bei der Benutzung des Netzes bezahlt. Im Gegensatz dazu wird die Terminierungsgebühr zwischen SCM und dem entsprechenden FDA ausgehandelt und bezahlt. Auch deshalb ist eine Unterscheidung von Retail- und Wholesale-Ebene sinnvoll und notwendig (vgl. auch Kap. B.4.1.1.1.2 auf S. 33). Im Übrigen ist es gerade typisch, dass die Nachfrage in einer vertikalen Beziehung auf der Wholesale-Ebene durch die Retail-Ebene determiniert wird. So steigt die Nachfrage nach Leder (Wholesale) ebenfalls, wenn die Nachfrage nach Schuhen (Retail) steigt.

325. SCM führt in Rz. 64 ff. der Stellungnahme vom 15. Dezember 2006 an, dass die Terminierungsgebühr keinen Einfluss auf die Retail-Tarife und Retail-Nachfrage habe, weil es sich um ein Nullsummenspiel handle. SCM verweist dabei auf die Analysen von Datenreihen, welche bei Rz. 121 oben beginnen. Diese Aussagen stünden im Widerspruch mit der Aussage in Kap. B.4.2.4 unten, dass eine Senkung der Terminierungsgebühren zu tieferen Endkundenpreisen und damit auch zu mehr Sprachverkehr führen würden im Bereich M2M.

326. Es ist jedoch zu unterscheiden, ob Preissenkungen auf der Wholesale-Ebene an Endkunden weitergegeben werden (was in Kap. B.4.2.4 unten gezeigt wird), oder ob Endkunden auf Veränderungen von Terminierungsgebühren auf der Wholesale-Ebene reagieren (was in den Rz. 121 ff. erläutert wird).

327. Dass Kostensenkungen auch im Bereich Mobilfunk in der Regel an die Endkunden weitergegeben werden, beweist SCM mit ihrer Preispolitik selber. So verlangt SCM im Bereich der off-net-Anrufe, wo die Terminierungsgebühren der anderen FDA bezahlt werden müssen, keinen Preis, der tiefer wäre als die jeweilige Terminierungsgebühr. Die Terminierungsgebühr ist folglich ein Bestandteil des Endkundenpreises. On-net-Tarife, wo keine Terminierungsgebühren bezahlt werden müssen, sind hingegen in der Regel deutlich günstiger und liegen z.T.

³¹⁸ Rz. 59, 190, 218.

deutlich unter der von SCM verlangten Terminierungsgebühr³¹⁹. Ferner sind die Preise im Bereich Mobilfunk sowohl auf Retail- wie auch auf Wholesale-Ebene kontinuierlich gesunken³²⁰. Daher haben die Terminierungsgebühren und die Endkundenpreise auch im Bereich M2M einen deutlichen Zusammenhang (vgl. auch Rz. 189 oben).

328. Im Gegensatz dazu wird in den Rz. 121 ff. erläutert, dass die Endkunden nicht auf Änderungen von Terminierungsgebühren einzelner MFA dadurch reagieren, dass sie mehr oder weniger telefonieren. Das wird mit Hilfe von Daten gezeigt, welche sich auf die Jahre 2000 bis 2003 beziehen, da bei den Terminierungsgebühren nur dort Änderungen beobachtet werden konnten. Endkunden reagieren nur auf die Preise die sie selbst bezahlen müssen und folglich nicht auf die Terminierungsgebühren, da diese nicht von ihnen persönlich, sondern von den FDA bezahlt werden. Wenn jedoch Kostensenkungen (wie beispielsweise die Senkung von Terminierungsgebühren) an Endkunden in Form von Preissenkungen weitergegeben werden, so ist zu erwarten, dass die Endkunden auch mehr telefonieren, da sich ihre Preise ebenfalls gesenkt haben. Dies wurde jedoch in den Rz. 121 ff. nicht untersucht.

329. Es handelt sich daher bei den Rz. 121 oben und im Kap. B.4.2.4 unten nicht um einen Widerspruch, sondern um zwei Sachverhalte aus verschiedenen Zusammenhängen, welche voneinander zu unterscheiden sind.

330. SCM führt in Rz. 74 der Stellungnahme vom 15. Dezember 2006 an, dass die Weko nicht ausreichend bewiesen habe, dass SCM im relevanten Markt über eine marktbeherrschende Stellung verfüge. Es seien sämtliche Einflüsse aus den nachgelagerten Märkten zu berücksichtigen, nicht nur einige ausgewählte.

331. Die Weko hat in den Kapiteln „aktueller“ und „potentieller Wettbewerb“³²¹ festgestellt, dass es keine disziplinierende Wirkung gibt, welche das Verhalten der MFA disziplinieren könnte. Im Kap. „Einfluss des nachgelagerten Marktes“³²² hat die Weko im Endkundenmarkt und bei der Marktgegenseite nach disziplinierenden Einflüssen gesucht. Dabei hat sie festgestellt, dass alle Indikatoren auf eine sehr starke Position von SCM hinweisen. Auf die Vorbringen von SCM im Einzelnen wurde am Ende des Kapitels³²³ Stellung bezogen.

332. SCM führt in Rz. 74 der Stellungnahme vom 15. Dezember 2006 an, dass die Weko die Gerätesubventionen nicht berücksichtigt habe und damit ihrer Untersuchungspflicht nicht nachgekommen sei.

333. Die Gerätesubventionen wurden bei allen MFA erhoben und untersucht³²⁴. Dabei wurde darauf verzichtet, diese in die Berechnung eines Durchschnittsend-

³¹⁹ Vgl. Tabelle B-4 und Tabelle B-5.

³²⁰ Wholesale-Ebene: vgl. Abbildung A-2 und Rz. 11; Retail-Ebene: vgl. z.B. „Kosten der Mobilfunkdienste: Vergleich und Entwicklung“, www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00545/00722/00910.

³²¹ Kap. B.4.1.2.1 und B.4.1.2.2.

³²² Kap. B.4.1.2.3.

³²³ Vgl. die Rz. 165 ff.

³²⁴ Vgl. die Rz. 155 ff.

kundenpreises mit einzubeziehen, da dies aufgrund der grossen Heterogenität der Gerätesubventionen mathematisch nicht sinnvoll ist. Dies ist zu Gunsten von SCM, weil eine Berücksichtigung in jedem Fall zu einer Senkung der Endkundenpreise relativ zur Terminierungsgebühr von SCM führen würde. Es ist festzustellen, dass SCM die bewusste und begründete Nichtberücksichtigung, welche zu ihren Gunsten vorgenommen wurde, geltend macht.

334. SCM führt in Rz. 88 der Stellungnahme vom 15. Dezember 2006 an, dass die Berücksichtigung des regulatorischen Rahmens anders auf SCM ausgelegt wurde als auf Orange und Sunrise.

335. Die fernmelderechtlichen regulatorischen Rahmenbedingungen sind in der Schweiz für alle Anbieter von Fernmeldediensten die gleichen. Abhängig von der Marktstellung im weiteren Sinn können sich die Rahmenbedingungen unter Umständen unterschiedlich auswirken. So werden marktbeherrschenden Anbietern wie auch im Kartellgesetz besondere Pflichten auferlegt. Im Antrag findet sich keinerlei ungleiche Auslegung zu Gunsten oder Ungunsten irgendeines MFA. Die Lektüre der von SCM erwähnten Stellen deckt dies unmittelbar auf: Während in Rz. 165 oben auf die Interkonnektionsverpflichtung und deren Einfluss auf eine marktbeherrschende Stellung von SCM eingegangen wird, geht es in den Rz. 190, 218 ff. und 376 unten um das im Markt etablierte Delta von 10% und damit um das Verhalten in preislicher Hinsicht von Orange und Sunrise. Eine ungleiche Auslegung des Fernmelderechts zu Ungunsten von SCM findet sich an den zitierten Stellen nicht.

336. SCM führt bezugnehmend auf Rz. 169 oben in Rz. 92 ihrer Stellungnahme vom 15. Dezember 2006 an, es sei unerheblich wie viele Minuten auf einem Netz terminiert würden. Ausschlaggebend sei nur, dass die terminierten Minuten im bilateralen Verhältnis mit den anderen MFA ausgeglichen seien.

337. Für die Analyse der Zahlungsströme unter den verschiedenen MFA mag von Bedeutung sein, welcher MFA welchem anderen MFA wie viele Minuten verkauft. Für die Beurteilung der Marktstellung eines MFA, insbesondere im Vergleich mit seinen Wettbewerbern, ist jedoch insbesondere auch wichtig, wie viele Minuten als Ganzes auf dessen Netz terminiert werden. Aus ungefähr ausgeglichenem bilateralen Verkehr unter den MFA kann nicht auf eine Symmetrie unter den MFA geschlossen werden. Insbesondere kann die starke Marktposition von SCM damit nicht wiederlegt werden. In Rz. 169 oben aber auch in der Auseinandersetzung mit dem Gutachten von Prof. C.C. von Weizsäcker in den Rz. 288 ff. werden diese Zusammenhänge insbesondere im Hinblick auf die von SCM geltend gemachte „Symmetriebeziehung“ und das „Nullsummenspiel“ erläutert.

338. SCM führt in Rz. 93 und 94 der Stellungnahme vom 15. Dezember 2006 an, dass die Weko den M2M-Verkehr mit dem F2M-Verkehr mische.

339. Eine Trennung von M2M- und F2M-Verkehr würde auf eine noch engere Marktabgrenzung hinauslaufen, welche von SCM explizit abgelehnt wird³²⁵. Es wäre daher widersprüchlich eine weitere Aufteilung des Marktes für die Terminierung von Anrufen in das MF-Netz von SCM vorzunehmen. Wie bereits aus den Erläuterungen aus Kap. A.1.2 oben hervorgeht, ist die Terminierung von Anrufen eine Dienstleistung, welche keine Unterscheidung nach Herkunft kennt. Sobald der Anruf einmal das MF-Netz eines MFA erreicht hat, sind die technischen Vorgänge unabhängig von der Herkunft des Anrufes identisch. Häufig ist es für einen MFA gar nicht möglich, die Herkunft eines einzelnen Anrufes genau zu bestimmen³²⁶. Ferner galt bis zum 31. Mai 2005 für alle Nachfrager von Terminierungsleistungen auf das MF-Netz von SCM der selbe Preis von 33.5 Rappen pro Minute. Eine Aufteilung der terminierten Minuten auf dem Netz von SCM nach deren Herkunft ist daher nicht angezeigt.

340. SCM führt in Rz. 100 der Stellungnahme vom 15. Dezember 2006 an, dass der Sachverhalt nicht vollständig erstellt wurde, da Orange und Sunrise gegenüber anderen FDA ihre Terminierungsgebühren differenziert senken könnte.

341. Die Weko äussert sich zu dieser Möglichkeit in Kap. „Keine Diskriminierung durch Orange und Sunrise“ (B.4.3.2 unten), zu welchem SCM ebenfalls Stellung nehmen konnte.

342. SCM führt in Rz. 116 der Stellungnahme vom 15. Dezember 2006 an, dass die Sachverhaltsdarstellung in Tabelle B-4 „offensichtlich widersprüchlich und falsch“ sei, da der tiefste Preis 25 Rappen und nicht wie in Tabelle B-7 zehn Rappen pro Minute betrage.

343. Der tiefste Preis in Tabelle B-4 ist 20 (und nicht 25) Rappen pro Minute. Ab der 300. Minute zahlt ein Businesskunde von SCM sogar nur noch 15 Rappen pro Minute. Sämtliche Angaben in Tabelle B-4 beruhen im Übrigen auf Angaben von SCM³²⁷. In Kapitel „Vergleich mit Retail-Preisen in der Schweiz“ (B.4.2.1.1.1 oben) findet sich die Begründung, warum in Tabelle B-7 ein Vergleichswert von 10 Rappen verwendet wurde.

344. SCM führt in Rz. 125 der Stellungnahme vom 15. Dezember 2006 an, dass die Weko neue Vorwürfe gegen SCM erhoben hätte. Neu würden nicht mehr nur die FDA ausgebeutet, sondern ebenfalls die Endkunden der FDA. Dabei hätte die Weko jedoch die Endkundenpreise gar nicht untersucht und diese seien im Übrigen im europäischen Durchschnitt. Um dies zu belegen legt SCM kaufkraftbereinigte OECD-Statistiken mit Endkundenpreisen verschiedener MF-Benutzerprofile vor.

345. Es wird von der Weko kein neuer Vorwurf erhoben und eine weitergehende Analyse der Endkundenpreise ist nicht notwendig, wie nachfolgend ge-

³²⁵ Vgl. Rz. 320.

³²⁶ Vgl. Rz. 128.

³²⁷ Antworten der Fragen 11 der Fragebogen vom 29. November 2002, Akte Nr. 16, welche das Sekretariat in elektronischer Form erhielt (Akte 122).

zeigt wird. Bereits in Rz. 5 oben, welche unverändert aus dem ersten Antrag des Sekretariats vom 22. April 2005³²⁸ übernommen wurde, stellte die Weko fest, dass die originierende FDA die Kosten für die Terminierung [und den Transit] in der Regel auf den Endkunden überwälzt. Da die FDA die Terminierungsgebühren an ihre Endkunden weitergeben, bezahlen letzten Endes die Endkunden innerhalb des ihnen in Rechnung gestellten Retail-Preises überhöhte Terminierungsgebühren. Die FDA könnten, wenn die Terminierungsgebühren tiefer wären, ebenfalls tiefere Endkundenpreise anbieten. Wenn ein Missbrauch auf der Wholesale-Ebene gemäss Art. 7 KG stattfindet, wirkt sich dies letztlich immer auf die Endkunden aus, weil die der SCM gegenüberstehenden FDA die überhöhten Terminierungspreise auf die Endkunden überwälzen, von denen letztlich die Nachfrage nach Verbindungen in das MF-Netz von SCM ausgeht. Auch andere Missbräuche wirken sich letztlich auf die Endkunden aus³²⁹.

346. Ein Verweis von SCM auf kaufkraftbereinigte OECD-Statistiken mit Endkundenpreisen verschiedener MF-Benutzerprofile³³⁰ ist aus dem selben Grund unbehelflich, wenn auf der Wholesale-Ebene bereits ein Missbrauch nachgewiesen werden konnte. Abbildung A-2 zeigt auf, dass die Terminierungsgebühr von SCM in Europa die Höchste war. Wenn die Wholesale-Preise (hier die Terminierungsgebühr von SCM) nicht missbräuchlich hoch und folglich wesentlich tiefer gelegen wären, so ist zu erwarten, dass die Endkundenpreise aus der OECD-Statistik ebenfalls um den selben Betrag tiefer gelegen hätten, da die FDA die Terminierungsgebühren auf ihre Endkunden überwälzen. In den von SCM vorgebrachten OECD-Statistiken sind im Übrigen auch die z.T. deutlich günstigeren Tarife von Orange und Sunrise enthalten. Ferner wurden die Werte kaufkraftbereinigt, wodurch Länder mit einem durchschnittlich höheren Preisniveau bewusst tiefere Preise erhalten³³¹. Der "Um die Schweiz erweiterter Auszug aus dem 10. Implementierungsbericht der Europäischen Union" zeigt einen Vergleich sämtlicher europäischer Länder, welche anhand von Preiskörben die Endkundenpreise von im Bereich Mobilfunk grafisch darstellt³³². Dabei sind die SCM-Preise im Jahr 2004 bei den Preiskörben „medium usage mobile basket“ und „high usage mobile basket“ jeweils europaweit die höchsten. Dies ist konsistent mit der Analyse der Wholesale-Preise und zeigt, dass sich die hohen Terminierungsgebühren auch unmittelbar auf die Endkundenpreise im Bereich Mobilfunk (insbesondere M2M und auch M2F) auswirken.

347. Die Weko hat daher keine neuen Vorwürfe gegen SCM erhoben. Der Vorwurf war immer der selbe, nämlich, dass SCM auf der Wholesale-Ebene im Bereich der Terminierung überhöhte Preise von ihren Abnehmern d.h. den die Terminierung nachfragenden FDA verlangte. Die Weko hat in der vorliegenden Verfügung im Vergleich zum Antrag des Sekretariats vom 22. April 2005 ledig-

³²⁸ Ebenfalls Rz. 5, Akte 207.

³²⁹ RPW 2006/1, S. 83, Rz. 140 ff.; Roger Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. Bern 2005, S. 40, Rz. 95 mit Hinweis auf Rz. 85 f.

³³⁰ Grafiken auf den S. 54 und 55 der Stellungnahme vom 15. Dezember 2006, Akte 374.

³³¹ Vgl. Rz. 226 ff und die Rz. 233. ff. zur Verwendung von Kaufkraft.

³³² "Der Schweizer Fernmeldemarkt im internationalen Vergleich", um die Schweiz erweiterter Auszug aus dem 10. Implementierungsbericht der Europäischen Union, Stand 2004, Figure 55 bis 57, S. 74 bis 76, www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00545/00722/00887.

lich präzisiert, wie sich dieser Missbrauch konkret auswirkt (nämlich hauptsächlich auf die Endkunden).

348. SCM führt in Rz. 133 der Stellungnahme vom 15. Dezember 2006 an, dass es sich um einen Zirkelschluss handeln würde, wenn bei einem Vergleich der Terminierungsgebühr von SCM mit anderen Ländern gewisse Länder „aus diffusen Gründen“ ausgeschlossen würden. Vielmehr müsse ein Durchschnitt verwendet werden, ansonsten sei „die Vergleichsmarktmethode unsinnig“.

349. Länder wie Österreich, Norwegen und Schweden sind vergleichbar, weil sie über ähnliche geografische, finanzielle, politische und soziokulturelle Grundvoraussetzungen wie die Schweiz und über die selben MF-Standards verfügen. Andere Länder, welche von der Grösse her (z.B. Deutschland) oder von den finanziellen und politischen Grundvoraussetzungen her (Ungarn, Estland, Rumänien) oder von den geografischen Gegebenheiten (Niederlande) her weniger gut vergleichbar sind, wurden daher nicht berücksichtigt. Ferner eignen sich Länder, welche im Bereich Mobilfunk ebenfalls über ein Wettbewerbsproblem verfügen, auch nicht als Vergleichsland. Für Länder, in welchen die Terminierungsmärkte reguliert wurden (wie in Österreich, Norwegen und Schweden), kann ausgeschlossen werden, dass ein Wettbewerbsproblem vorliegt. Wenn in diesen Ländern zusätzlich trotz Regulierung und damit erheblich niedrigeren Terminierungsgebühren die MFA mit den höchsten Marktanteilen z.T. hochprofitabel sind³³³, so können daraus durchaus Vergleiche mit der Schweiz und damit SCM gezogen werden. Im Übrigen macht SCM geltend, dass die USA und Kanada nicht mit der Schweiz vergleichbar seien³³⁴. SCM ist folglich ebenfalls der Ansicht, dass eine gewisse Auswahl von Ländern erfolgen muss.

350. Es ist hingegen unproblematisch, wenn (wie von SCM geltend gemacht wird) der Durchschnitt dieser von der Weko ausgewählten Länder Österreich, Norwegen und Schweden berechnet wird. Wie sich aus Tabelle B-7 ausrechnen lässt, beträgt die durchschnittliche Terminierungsgebühr der grössten MFA dieser drei Länder 13.47 Rappen pro Minute, relativ zur 33.5 Rappen von SCM.

351. In den Rz. 163 bis 178 der Stellungnahme vom 15. Dezember 2006 wiederholt SCM im Wesentlichen die Argumente des Gutachtens und des Kommentars von Prof. C.C. von Weizsäcker, auf die in den Rz. 355 unten und den dort zitierten Stellen eingegangen wird.

352. SCM führt in den Rz. 179 ff. der Stellungnahme vom 15. Dezember 2006 an, dass keine Gewinnberechnung erfolgen könne ohne eine Missbrauchs- bzw. Angemessenheitsgrenze anzugeben. Ferner stehe jeder eingehenden Minute statistisch gesehen eine ausgehende Minute gegenüber, welche ebenfalls Kosten verursache, die bei der Gewinnberechnung der Weko jedoch unberücksichtigt blieben.

³³³ Letzteres geht aus der von SCM eingereichten Merrill Lynch-Studie „European Wireless“ vom 14. April 2005 hervor, S. 15, 39, und 48; Akte 291.

³³⁴ Vgl. Rz. 240.

353. Gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. c KG ist ein beobachteter Preis auf seine Missbräuchlichkeit hin zu überprüfen. Die Erfüllung dieses Tatbestandes setzt nicht voraus, dass die Höhe eines Preises berechnet oder festgesetzt wird, sondern nur die Beantwortung der Frage, ob ein Preis unangemessen ist. Es ist im Übrigen grundsätzlich nicht die Aufgabe der Wettbewerbsbehörde die Kosten einzelner Dienstleistungen festzusetzen³³⁵. Das KG sieht nicht vor, dass eine Angemessenheitsgrenze zu bestimmen ist. Bei der Bestimmung des durch den Missbrauch erwirtschafteten Gewinns ging die Weko davon aus, dass SCM mit einem Preis von 20 Rappen pro Minute über den Kosten liegt, welche eine terminierte Minute auf dem Netz von SCM verursacht. Dabei stützte sich die Weko u.a. auch auf ausländische Kostenschätzungen, welche die Gesamtkosten einer terminierten Minute auf unter 10 Rappen schätzen. Es kann daher davon ausgegangen werden, dass der effektive Gewinn noch wesentlich über dem von der Weko veranschlagten Wert liegt.

354. Ausgehende Minuten sind Teil eines anderen Marktes und sind daher bei der Kostenberechnung von eingehenden Minuten nicht zu berücksichtigen. Im Übrigen basieren Kostenschätzungen gemäss LRIC auf Basis der Gesamtkosten, wobei die Fixkosten auf alle Minuten verteilt werden. Ferner werden ausgehende Minuten direkt vom Endkunden bezahlt und sind unabhängig von den Kosten der Terminierung. Eine Berücksichtigung von Kosten, welche durch ausgehende Minuten verursacht werden, ist daher nicht vorzunehmen.

355. SCM führt in Rz. 84 der Stellungnahme vom 15. Dezember 2006 an, dass sich die Weko nur teilweise und bisweilen nicht korrekt mit dem Gutachten von Prof. C.C. von Weizsäcker³³⁶ auseinandergesetzt habe und reichte einen Kommentar von Prof. C.C. von Weizsäcker zu den Stellungnahmen der Weko zu dessen Gutachten ein³³⁷. Nachfolgend wird auf einzelne Argumente des Kommentars eingegangen, sofern diese rechtserheblich sind und dies nicht bereits im Rahmen der Besprechung des Gutachtens in den Rz. 288 ff. geschehen ist.

356. Prof. C.C. von Weizsäcker macht in seinem Kommentar geltend, dass die Weko elementare Fehler in der Kostenrechnung gemacht habe (S. 1)³³⁸. Er schreibt von einem „völlig unzureichenden betriebswirtschaftlichen Kostenverständnis“ der Weko und ist erstaunt „über welche simple Aufgabe der Kostenrechnung die Weko hier gestolpert“ sei (S.2 des Kommentars). Er nimmt dabei Bezug auf Tabelle B-3 „Preisbeispiel, welches die finanzielle Wirkung einer On-net/off-net-Preisdifferenzierung von SCM aufzeigt“. Diese Berechnungen seien falsch, da die Kunden auch angerufen würden, wodurch Orange und Sunrise hohe Terminierungseinnahmen generieren würden.

³³⁵ RPW 2005/1, S. 90; Feststellung der Marktbeherrschung aufgehoben durch REKO/WEF (RPW 2006/4, S. 698 ff.).

³³⁶ Beilage 1 der Eingabe vom 22. Mai 2006, Akte Nr. 341.

³³⁷ Beilage 8 der Stellungnahme von SCM vom 15. Dezember 2006, Akte Nr. 374.

³³⁸ Die Argumente werden in den Rz. 111 bis 117 der Stellungnahme von SCM vom 15. Dezember 2006 wiederholt.

357. Prof. C.C. von Weizsäcker vermischt dabei die Kosten, welche dem Endkunden am Ende des Monats von seinem MFA in Rechnung gestellt werden (Tabelle B-3) mit den Kosten und Einnahmen, welche einem MFA entstehen (S. 3 des Kommentars von Prof. C.C. von Weizsäcker). Es handelt sich nicht um eine Kostenrechnung, sondern lediglich um die Beträge der Rechnungen, welche dem Endkunden am Monatsende von seinem MFA zugestellt werden. Im Preisbeispiel aus Tabelle B-3 wird nur die Entscheidung des Endkunden beleuchtet, welcher sich aufgrund der beobachteten Endkundenpreise für einen MFA entscheidet. Für diese Endkundenentscheidung sind die Kosten oder Erträge, welche bei den MFA entstehen, irrelevant. Der Konsument wird sich bei seiner Entscheidung für oder gegen einen MFA nur nach seinen eigenen Kosten (d.h. nach dem im Markt günstigsten Angebot) richten und nicht nach den Kosten, welche dem MFA allenfalls entstehen.

358. Das Preisbeispiel in Tabelle B-3 macht deutlich, dass generell ein MFA mit einem grossen Marktanteil einen entscheidenden Vorteil gegenüber einem kleinen MFA hat, der auf dessen Grösse basiert. Dies ist zurückzuführen auf die Preisgestaltung von SCM, indem SCM für off-net-Anrufe wesentlich höhere Endkundenpreise verlangt als für on-net-Anrufe. Dadurch entsteht ein sog. preisinduzierter Netzwerkeffekt, wie er in Rz. 186 oben und auch auf S. 1 des Kommentars von Prof. C.C. von Weizsäcker erläutert wird.

359. Prof. C.C. von Weizsäcker macht in seinem Kommentar weiter geltend, dass es im Bereich Mobilfunk einen Wasserbetteffekt gäbe, der dazu führe, dass eine Senkung der Terminierungsgebühren eine Erhöhung der Endkundenpreise zur Folge hätte und daher wirkungslos und nicht sinnvoll sei (S. 9 des Kommentars). Ein solcher Effekt kann im Bereich Mobilfunk nicht beobachtet werden, da sowohl die Endkundenpreise wie auch die Wholesale-Preise seit 1998 kontinuierlich sinken³³⁹. Zu berücksichtigen sind in diesem Zusammenhang auch die hohen Gewinne von SCM. So kündigte Swisscom in ihrer Pressemitteilung vom 3. Mai 2005 an³⁴⁰, neben ihrer Terminierungsgebühr auch die Endkundenpreise zu senken. Ferner schreibt SCM von einem negativen Effekt auf Umsatz und EBITDA in Höhe von CHF 165 Mio. für die zweite Hälfte des Jahres 2005. Daraus geht hervor, dass hier kein Wasserbetteffekt vorhanden ist, welcher die Wirkung einer Senkung von Terminierungsgebühren in Frage stellen könnte.

360. Prof. C.C. von Weizsäcker macht in seinem Kommentar weiter geltend, dass sich die Weko betreffend „unabhängiges Verhalten“ irre (S. 10 im Kommentar). Es dürfe nicht nur untersucht werden, ob ein MFA seine Terminierungsgebühr unabhängig von seinen Konkurrenten oder Verbrauchern senken kann. Dies ginge völlig an der Frage der Marktbeherrschung vorbei. Vielmehr müsse geprüft werden, ob der MFA mit einer Preiserhöhung mehr Geld verdiene.

³³⁹ Vgl. die ebenfalls Ausführungen in Rz. 327.

³⁴⁰ www.swisscom.com/GHQ/content/Media/Medienmitteilungen/2005/20050503_01_Preisoffensive.htm.

361. Die Frage der Marktbeherrschung kann nicht allein anhand diese Argumentes bewiesen oder widerlegt werden. Sie wird ausführlich im Kap. B.4.1.2 oben analysiert. Die Effekte einer Änderung der Höhe der Terminierungsgebühr von SCM auf den Umsatz bzw. EBITDA bestätigen jedoch die Analyse der Marktbeherrschung von SCM aus Kap. B.4.1.2 oben zusätzlich: In der Pressemitteilung vom 3. Mai 2005³⁴¹ erläutert Swisscom den negativen Effekt auf Umsatz und EBITDA in Höhe von CHF 165 Mio. für die zweite Hälfte des Jahres 2005, welcher von der Preissenkung der Terminierungsgebühr von 33.5 auf 20 Rappen herührt. Bestätigt wird dieser negative Effekt noch einmal im Jahresüberblick 2005³⁴². Daraus kann geschlossen werden, dass das vorher höhere Preisniveau aus Sicht von SCM sich finanziell gelohnt haben muss. Dies bestätigt die Analyse der Weko in Bezug auf die marktbeherrschende Stellung von SCM zusätzlich.

362. Prof. C.C. von Weizsäcker kritisiert in seinem Kommentar allgemein die Vorgehensweise der Weko in Bezug auf die Abgrenzung des relevanten Marktes (S. 17 im Kommentar). Er schreibt von einer „Brüchigkeit dieser Krücke <relevanter Markt>“, und dass es sich dabei um „kartellrechtliche Rituale ohne weiteren rationalen Erkenntniswert“ handle. Dies zeige sich bereits daran, dass beziehungsweise auf Orange und Sunrise in zwei Dritteln der Fälle trotz eines Marktanteils von 100% die MFA nicht marktbeherrschend seien. Ferner sei die Weko nicht auf seine „Beziehung der Reziprozität“ eingegangen.

363. Auf die These der symmetrischen Reziprozitätsbeziehung unter den FDA wurde in den Rz. 288 ff. eingegangen.

364. Eine marktbeherrschende Stellung kann nicht allein anhand der Marktanteile bzw. des Fehlens von Wettbewerbern im relevanten Markt ermittelt werden. Ein hoher Marktanteil (vorliegend 100%) bedeutet lediglich, dass der in Frage stehende MFA eine marktbeherrschende Stellung einnehmen könnte. Jedoch sind die wirtschaftlichen Merkmale des betreffenden Marktes in jedem Einzelfall eingehend zu prüfen.³⁴³ Vorliegend ergaben sich keine Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung von Orange und Sunrise, trotz ihres jeweiligen Marktanteiles von 100%.

365. Bezugnehmend auf Rz. 170 oben bestreitet Prof. C.C. von Weizsäcker in seinem Kommentar, dass SCM insgesamt wesentlich mehr von überhöhten Terminierungsgebühren profitiert als Orange und Sunrise (S. 21 im Kommentar). Er verweist in diesem Zusammenhang auf das M2M-Geschäft und macht geltend, dass proportional gesehen Orange und Sunrise mehr von überhöhten Terminierungsgebühren profitieren würden als SCM.

³⁴¹ www.swisscom.com/GHQ/content/Media/Medienmitteilungen/2005/20050503_01_Preisoffensive.htm.

³⁴² www.swisscom.com/GHQGB05/content/Ueberblick/Jahresueckblick.

³⁴³ Gutachten vom 20. November 2006 i.S. Interkonkurrenzverfahren Mobilfunkterminierung, RPW 2006/4 S. 739, Rz. 50, sowie Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (2002/C 165/03), S. 16, Rz. 78.

366. Das M2M-Geschäft kann jedoch nicht getrennt betrachtet werden, es bildet nur einen kleinen Teilaspekt des Terminierungsmarktes. Bei ca. drei Mal höherer Anzahl Minuten, welche SCM vom Festnetz her terminiert (vgl. Tabelle B-2, S. Seite 52), wird ein Sinken aller Terminierungsgebühren um den gleichen Betrag bei SCM zu drei Mal mehr Umsatzeinbussen führen als bei Orange und Sunrise. Daher profitiert SCM mit Abstand am meisten von hohen Terminierungsgebühren. Proportional ändert sich jedoch nichts, da die Terminierungsgebühr pro Minute verrechnet wird. Eine Vervielfachung der Erträge aus der Terminierung führt daher aus mathematischen Gründen nicht zu einer Veränderung der Proportionen. Die Analyse der F2M-Zahlungen belegen die um ein Vielfaches höheren Umsatzeinbussen von SCM im Vergleich mit Orange und Sunrise im Falle einer Preissenkung.

B.4.2.4 Keine Behinderung von Orange und Sunrise

367. Zu prüfen ist weiter, ob sich die Ausbeutung der Endkunden der FDA, welche die Terminierung bei SCM nachfragten, durch SCM allenfalls behindernd auf ihre Wettbewerber Orange und Sunrise ausgewirkt hat. Es ist durchaus möglich, dass gewisse Praktiken behindernd und ausbeutend zugleich sein können³⁴⁴.

368. Die MFA Orange und Sunrise haben das hohe Preisniveau von SCM in Bezug auf ihre eigene Terminierungsgebühr übernommen und von ihrer Marktgegenseite folglich ebenfalls hohe Terminierungsgebühren verlangt, wie in den Rz. 173 ff. gezeigt wurde. Dieses Verhalten brachte den kleinen MFA zwar Einnahmen aus dem Festnetz (also im Wesentlichen von Swisscom Fixnet), aber sie hatten de facto nicht die Möglichkeit, ihre Gebühren zu senken, ohne sich selbst zu schädigen. Ausserdem wurde wahrscheinlich durch das hohe Preisniveau sowohl im Bereich F2M wie auch M2M weniger Sprachverkehr generiert, da die Terminierungsgebühren den Endkunden weiterverrechnet wurden. Anlässlich der Anhörung vom 29. Mai 2006³⁴⁵ wie auch in ihrer Pressemitteilung vom 13. Mai 2005³⁴⁶ wies Swisscom darauf hin, dass die Festnetzanbieter die hohen Terminierungsgebühren inkl. einer zusätzlichen Marge auf die Endkunden abwälzten. Tiefere Terminierungsgebühren hätten also wahrscheinlich zu mehr Sprachverkehr im Bereich M2M und F2M und damit möglicherweise zum Ausbau von Marktanteilen von Orange und Sunrise führen können.

369. Gleichzeitig verlangte Swisscom hohe on-net/off-net-Preisunterschiede von ihren Endkunden und profitierte damit von einem preisinduzierten Netzwerkeffekt³⁴⁷. Hohe off-net-Preise für Endkunden sind die logische Folge hoher Terminierungsgebühren. Wären die Terminierungsgebühren gleich hoch, wie die tatsächlichen Kosten der Terminierung, gäbe es keinen Grund für Anrufe auf

³⁴⁴ Roger Zäch, in: von Büren/David (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/2, Kartellrecht, Basel/Genf/München 2000, S. 198.

³⁴⁵ Protokoll der Anhörung vom 29. Mai 2006 S. 10, Akte Nr. 351.

³⁴⁶ www.swisscom.com/GHQ/content/Media/Medienmitteilungen/2005/200500513_01_Preissenkung_FX.htm.

³⁴⁷ Diese Zusammenhänge wurden in den Rz. 180 ff. ausführlich erläutert.

fremde MF-Netze (off-net-Anrufe), höhere Preise von den Endkunden zu verlangen als für on-net-Anrufe. Damit liegt tendenziell eine Benachteiligung der kleineren MFA vor.

370. Da Orange und Sunrise jedoch trotz dieser Nachteile aus den F2M-Anrufen hohe Einnahmen generierten, welche ihnen ermöglichten, ab dem Jahr 2004 ebenfalls Gewinne zu schreiben, kann nicht als angewiesen betrachtet werden, dass Orange und Sunrise im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG behindert wurden.

B.4.2.5 Ergebnis hinsichtlich der Verhaltensweise von SCM

371. Aus diesen Gründen kommt die Weko insgesamt zum Schluss, dass sich die hohen Terminierungsgebühren von SCM durch keine sachlichen Gründe rechtfertigen lassen. SCM hat mit den überhöhten Terminierungsgebühren die Endkunden der FDA, die eine Terminierung in das MF-Netz von SCM nachfragten, ausgebeutet und sich im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG unzulässig verhalten.

B.4.3 Keine unzulässigen Verhaltensweisen von Orange und Sunrise

372. Vorliegend wurden keine genügenden Anhaltspunkte gefunden, welche für den Zeitraum bis zum 31. Mai 2005 auf eine marktbeherrschende Stellung von Orange und Sunrise schliessen lassen³⁴⁸. Selbst wenn Anhaltspunkte einer marktbeherrschenden Stellung von Orange und Sunrise hätten erhärtet werden können, kann ein Missbrauch bis am 31. Mai 2005 nicht nachgewiesen werden, wie nachfolgend gezeigt wird.

B.4.3.1 Keine unangemessen hohen Terminierungsgebühren von Orange und Sunrise

373. Die Marktanalyse von Orange und Sunrise im Kap. B.4.1.2.4 oben hat aufgezeigt, dass diese gezwungen waren, ihre jeweiligen Terminierungsgebühren an das Preisniveau von SCM anzupassen. Wenn sie ihre Terminierungsgebühren gesenkt hätten, hätte dies einerseits gravierende Auswirkungen auf ihre finanzielle Situation gehabt, andererseits hätten sie damit die Kosten von ihrem stärksten Wettbewerber SCM gesenkt, sodass dieser seine Endkundenpreise hätte senken und damit seine Stellung im Endkundenmarkt weiter hätte ausbauen können.

374. Es ist zu bemerken, dass SCM seit 1978 im MF-Markt war und hohe Gewinne erwirtschaftete, während Orange und Sunrise erst über 20 Jahre später begannen, MF-Dienstleistungen in der Schweiz anzubieten³⁴⁹. Orange und Sunri-

³⁴⁸ Kap. B.4.1.2.4.

³⁴⁹ Rz. 163.

se hatten zwischen 2001 bis 2005 im Vergleich zu SCM nur einen Drittel der Anzahl Kunden (vgl. Abbildung B-4, Seite 44). Tabelle B-10 zeigt die EBITDA-Zahlen der drei MFA im Vergleich. Bei den Zahlen von Sunrise ist zu berücksichtigen, dass die Werte auch andere Geschäftsfelder, namentlich Festnetztelefonie und Internet, enthalten. Die finanzielle Position von SCM ist aufgrund der EBITDA-Zahlen als wesentlich stärker einzustufen als diejenige von Orange und Sunrise.

Tabelle B-10: EBITDA-Vergleich von Orange, Sunrise und SCM von 2001 bis 2005

	2000	2001	2002	2003	2004	2005
Orange ³⁵⁰	-524	11	81	296	395	n.a.
Sunrise ³⁵¹		-15	251	451	509	537
SCM		1'876	1'974	1'984	1'976	1'850

375. Ausserdem kann grundsätzlich ein Verhalten, welches sich an behördlichen Vorgaben orientiert, von der Weko nicht als rechtswidrig betrachtet werden. Mit Bezug auf Art. 7 KG wird von der Literatur erwähnt, dass die Einhaltung bestimmter Normen (z.B. ISO-Normen) im Ergebnis nicht als missbräuchliches Verhalten im Sinne von Art. 7 KG angesehen werden könne³⁵².

376. Ausschlaggebend ist in diesem Zusammenhang, dass Orange und Sunrise ihre Terminierungsgebühren nicht höher als 10% über den Preis von SCM festsetzten. Diese 10%-Grenze wurde von der ComCom in ihrer Verfügung vom 3. April 2001 betreffend Interkonnektion [...] vorsorgliche Massnahmen festgelegt und Orange und Sunrise haben sich in der Folge bis 31. Mai 2005 an diese Vorgabe gehalten. In der derselben Verfügung wurde in E. 2.2.4 darauf hingewiesen, dass im Durchschnitt [im europäischen Ausland] Marktneulinge von einer Unterscheidung [der Terminierungsgebühren] zu ihren Gunsten von weniger als 10% profitieren können. Ebenfalls bekräftigte die ComCom ihre Ansicht, wonach sie die um 10% höheren Terminierungsgebühren der kleinen MFA gegenüber dem historischen Anbieter als gerechtfertigt erachtet. Auch von SCM wird die Orange und Sunrise zugestandene Differenz im Ergebnis anerkannt. Im Rahmen der Anhörung wurde die Differenz von 10% mehrfach thematisiert, wobei SCM dazu ausführte, dass die ComCom 2001 eingegriffen und die 10%ige Gebührendifferenz festgelegt habe³⁵³. An diese behördliche Rahmenvorgabe

³⁵⁰ www.orange.ch/aboutus/corporateaffairs/keyFigures.

³⁵¹ www.sunrise.ch/uebersunrise/unternehmensportraet/inkuerze/geschaeftergebnisse.htm.

³⁵² Bruno Schmidhauser, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Zürich 1997, Rz. 43 zu Art. 7.

³⁵³ Protokoll Anhörung vom 29. Mai 2006, Akte Nr. 351, S. 8.

hielten sich Orange und Sunrise bis zum 31. Mai 2005 (vgl. auch Rz. 170 und Rz. 190 oben).

B.4.3.2 Keine Diskriminierung durch Orange und Sunrise

377. Die Analyse der Preise von Orange und Sunrise im Bereich der Terminierung hat ergeben, dass beide MFA mit ausländischen FDA z.T. tiefere Terminierungsgebühren aushandelten, als mit Swisscom in der Schweiz³⁵⁴. Dies könnte als Diskriminierung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG ausgelegt werden. Da Orange und Sunrise jedoch gezwungen waren, das Preisniveau von SCM in der Schweiz zu übernehmen und sich auch gutgläubig an die Vorgaben der ComCom hielten³⁵⁵, kann ihnen nicht vorgehalten werden, dass sie sich mit einzelnen ausländischen Gesellschaften auf ein tieferes Preisniveau einigten. Im Gegenteil: Weil sich Orange und Sunrise mit einzelnen ausländischen Gesellschaften auf ein tieferes Preisniveau einigen konnten, ist davon auszugehen, dass die Initiative für das hohe Preisniveau in der Schweiz nicht von Orange oder Sunrise ausging. Es zeigt, dass Orange und Sunrise auch bereit gewesen wären, sich auf ein tieferes Preisniveau zu einigen. Dafür spricht auch die Tatsache, dass SCM von allen ausländischen Gesellschaften die gleiche Terminierungsgebühr von 33.5 Rappen pro Minute verlangte. Es liegen daher keine genügenden Anhaltspunkte vor, dass Orange und Sunrise eine Diskriminierung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG praktiziert haben.

B.4.3.3 Ergebnis hinsichtlich der Verhaltensweise von Orange und Sunrise

378. Es ergeben sich somit keine Anhaltspunkte, dass sich Orange und Sunrise bis zum 31. Mai 2005 missbräuchlich im Sinne von Art. Art. 7 Abs. 2 lit. b oder lit. c KG verhielten. Orange und Sunrise konnten bis zum 31. Mai 2005 davon ausgehen, dass sie sich innerhalb der behördlichen Vorgaben bewegten.

B.4.4 Gesamtergebnis

379. Die Analyse hat gezeigt, dass SCM sich als marktbeherrschendes Unternehmen bis zum 31. Mai 2005 unzulässig verhielt, indem sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Wholesale-Markt für in ein MF-Netz eingehende Fernmeldedienste im Bereich der Sprachtelefonie gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. c KG unangemessene Preise für die Terminierung in ihr MF-Netz verlangte und damit die Endkunden der Marktgegenseite im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG ausbeutete.

380. Für Orange und Sunrise konnten bis zu 31. Mai 2005 keine genügenden Anhaltspunkte für unzulässige Verhaltensweisen festgestellt werden.

³⁵⁴ Antworten der Fragen 11 der Fragebogen vom 29. November 2002, Akte Nr. 16 – 18, welche das Sekretariat in elektronischer Form erhielt (Akte 59, 122 und 130).

³⁵⁵ Rz. 376.

B.5 Sanktionierung

B.5.1 Einleitung zur Sanktionierung

381. Die vorliegende Untersuchung führte zum Ergebnis, dass SCM ihre marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 7 KG bis zum 31. Mai 2005 missbrauchte, indem sie nach Art. 7 Abs. 2 lit. c KG unangemessene Terminierungsgebühren von anderen FDA verlangte und damit deren Endkunden ausbeutete. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG ist ein Unternehmen, das sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes zu belasten.

382. In ihrer Stellungnahme vom 22. Mai 2006³⁵⁶ berief sich SCM mit Hinweis auf Art. 5 Abs. 1 BV und Art. 7 Abs. 1 EMRK auf das Bestimmtheitsgebot, wonach eine Strafe ohne hinreichend bestimmtes Gesetz nicht möglich sei. Insbesondere definiere das Kartellgesetz nicht näher, was bezüglich Art. 7 Abs. 2 lit. c KG unter „Erzwingung“ bzw. unter „unangemessenen“ Preisen zu verstehen sei. Ob und in welchem Umfang direkt aus der EMRK fließende Garantien zur Anwendung gelangen, kann wie vorstehend unter Rz. 36 ausgeführt, offen bleiben.

383. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und der Strassburger Organe zum Bestimmtheitsgebot muss das Gesetz so präzise formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann³⁵⁷.

384. Die Formulierung von Art. 7 KG genügt diesen Anforderungen. Art. 7 KG richtet sich einzig an marktbeherrschende Unternehmen, welche Wettbewerber behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen respektive ausbeuten. Konkretisiert werden diese beiden Missbrauchstatbestände in einem in Art. 7 Abs. 2 KG enthaltenen Beispielskatalog. Seit Inkrafttreten des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 hat sich eine beträchtliche wettbewerbrechtliche Praxis, insbesondere der Wettbewerbsbehörde und deren Rechtsmittelinstanzen, entwickelt, welche in der mittlerweile umfangreichen Literatur³⁵⁸ zum Kartellrecht Einzug gefunden hat.

385. Es ist im Übrigen nicht einsichtig, inwiefern einer wie in einer Vielzahl anderer Länder dem europäischen Wettbewerbsrecht (Art. 82 EGV) nachempfundenen Bestimmung bezüglich des Bestimmtheitsgebotes in der Rechtsanwen-

³⁵⁶ Akte Nr. 341.

³⁵⁷ BGE 117 IV 242, E. 1.c, mit weiteren Hinweisen.

³⁵⁸ Vgl. statt vieler Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997; Von Büren/David (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/2, Kartellrecht, Basel/Genf/München 2000; Tercier/Bovet (Hrsg.), Droit de la concurrence, Commentaire romand, Basel 2002; Jürg Borer, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 2005; Philipp Zurkinder, Hans Rudolf Trüeb, Das neue Kartellgesetz. Handkommentar, Zürich 2004; Roger Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. Bern 2005; Roland von Büren/Eugen Marbach, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. Bern 2002.

dung Probleme bereiten sollte. Anhand der bestehenden in- und ausländischen Erfahrungen ist es SCM möglich gewesen, die kartellrechtliche Tragweite ihres Handelns abzuschätzen. Es ist einer Gesetzesbestimmung inhärent, dass sie einen gewissen Abstraktionsgrad aufweist. Erst im Rahmen der Gesetzesanwendung wird für einen bestimmten Sachverhalt geprüft, was als missbräuchliches Verhalten im Einzelfall anzusehen ist. Im Übrigen würde die Auffassung von SCM im Ergebnis darauf hinauslaufen, dass die Weko eine Gesetzesbestimmung nicht anwenden dürfte, wozu sie aber verpflichtet ist³⁵⁹.

386. Bezüglich der in der Stellungnahme vom 22. Mai 2006³⁶⁰ vorgebrachten Rüge hinsichtlich der Frage der Angemessenheit der Preise im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG ist Folgendes festzuhalten: Ein Missbrauch im Sinne von Art. 7 KG liegt nicht bereits vor, wenn ein Tatbestandselement aus dem Beispielskatalog in Art. 7 Abs. 2 KG erfüllt ist. Es ist in jedem Fall auch zu prüfen, ob die Tatbestandselemente des Missbrauchs oder der Benachteiligung nach Art. 7 Abs. 1 KG erfüllt sind. Zur Bestimmung der Angemessenheit ist auf die Kostenmethode oder auf Vergleichsmarktkonzepte, wie beispielsweise im PüG, abzustellen³⁶¹. Im Rahmen von regelmässig erfolgenden betriebswirtschaftlichen Kostenanalysen müssen SCM ihre eigenen Kosten der Terminierung zumindest der Grössenordnung nach bekannt sein. SCM macht geltend, die Kosten ihrer Terminierung nicht zu kennen. Als Trägerin aller Kostenelemente der Terminierung hätte sie diese Kosten aber kennen können, womit sich SCM auch nicht auf die geltend gemachte Offenheit des Begriffs der Angemessenheit berufen kann. Unter Berücksichtigung einer Gewinnmarge wäre nach der Kostenbestimmung auch die Bestimmung eines kartellrechtlich zulässigen Kostenniveaus möglich. Zum gleichen Ziel würde das Abstellen auf Vergleichsmarktkonzepte führen, indem SCM beispielsweise die Terminierungspreise aus anderen Vergleichsländern hätte berücksichtigen können, insbesondere aus denjenigen Vergleichsländern in denen eine kostenorientierte Regulierung erfolgte. Zudem hätten analog auch Kriterien nach Art. 13 PüG beigezogen werden können.

B.5.2 Übergangsrechtliche Fragen

387. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG ist ein Unternehmen, das sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes zu belasten. Gemäss Schlussbestimmung KG zur Änderung vom 20. Juni 2003 (Übergangsbestimmung) entfällt eine Belastung nach Art. 49a Abs. 1 KG, wenn am 1. April 2004 eine bestehende Wettbewerbsbeschränkung innert eines Jahres nach Inkrafttreten von Artikel 49a KG gemeldet oder aufgelöst wird.

388. Mit Schreiben vom 1. April 2004 reichte SCM für den der Untersuchung zu Grunde liegenden Sachverhalt eine Rechtsschrift ein, welche als Meldung ge-

³⁵⁹ Mark E. Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, Zürich 1999, S. 57.

³⁶⁰ Akte Nr. 341.

³⁶¹ Roberto Dallafior, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Rz. 113 zu Art. 7 KG.

mäss Übergangsbestimmung bezeichnet wurde. Das Bundesgericht entschied indes in BGE 2A.289/2005³⁶² für vorliegende Untersuchung, dass ein Sachverhalt, welcher im Zeitpunkt der Meldung bereits Gegenstand einer Vorabklärung oder einer Untersuchung ist, nicht meldefähig sei. Da das Instrument der Meldung bezwecke, dem Risiko direkter Sanktionen, das für die Unternehmen mit dem Inkrafttreten des revidierten Rechts neu entsteht, Rechnung zu tragen, sei entscheidend, ob für die Wirtschaftssubjekte mit dem Inkrafttreten der Gesetzesrevision tatsächlich eine Unsicherheit eintrete, welche ein Korrektiv in Form der Meldemöglichkeit erfordere. Der Gegenstand der Meldung gemäss Schlussbestimmung sei deshalb auf Fälle zu beschränken, bei denen das Inkrafttreten des neuen Rechts für die Wirtschaftssubjekte zu einer Ungewissheit über das Risiko direkter Sanktionen führe. Eine solche bestehe nicht bei Verhaltensweisen, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Revision bereits Gegenstand einer Vorabklärung oder einer Untersuchung bildeten³⁶³.

389. SCM legte mit Eingabe vom 22. Mai 2006³⁶⁴ dar, dass mit Bezug auf die den Betrag von 20 Rappen pro Minute übersteigende Preishöhe gar keine Sanktion ausgefällt werden dürfe, da gemäss Entscheid der REKO/WEF vom 18. März 2005 die von der Weko verursachte Rechtsverzögerung und Rechtsverweigerung nicht zu Lasten von SCM berücksichtigt werden dürfe. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass sich SCM auf einen Entscheid der REKO/WEF stützt, welcher durch das Bundesgericht aufgehoben wurde³⁶⁵. Die entsprechenden Ausführungen der REKO/WEF erfolgten jedoch in der Logik des der REKO/WEF zu Grunde liegenden Verständnisses, wonach auch für laufende Verfahren eine Meldung im Sinne der Übergangsbestimmung hätte möglich sein sollen. Indem das Bundesgericht demgegenüber festhielt, dass es sich in solchen Fällen um nicht meldefähige Sachverhalte handle, ist der diesbezügliche Einwand von SCM nicht zu hören. Bereits mit Schreiben vom 5. April 2004 machte das Sekretariat im Übrigen SCM in der vorliegenden Untersuchung darauf aufmerksam, dass eine Meldung im Sinne der Übergangsbestimmung nicht mehr möglich sei, wenn die Behörde bereits Kenntnis vom gemeldeten Sachverhalt habe. Indem SCM bezüglich der Frage der Meldung nach Übergangsfrist auf einen beim Bundesgericht rechtshängigen Entscheid der REKO/WEF vom 18. März 2005 abstellte, nahm SCM das Risiko eines anderslautenden Entscheides des Bundesgerichts in Kauf und kann daraus später nicht ableiten, sich in gutem Glauben befunden zu haben. Das Bundesgericht hat zu dieser Frage im Übrigen klar festgehalten, dass Unternehmen, über deren wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen bereits eine Untersuchung eingeleitet wurde, sich in einer anderen Situation befänden als jene, bei denen keine solchen Massnahmen ergriffen worden seien, da sie die kritische kartellrechtliche Zulässigkeit ihres Tuns kennen würden und sich daher des Risikos direkter Sanktionen bei dessen Weiterführung nach Ablauf der einjährigen Übergangsfrist bewusst sein müssten³⁶⁶.

³⁶² Analog zum früheren Urteil 2A.287/2005 vom 19. August 2005 publiziert in RPW 2005/4 S. 708.

³⁶³ Urteil 2A.289/2005 vom 8. Juni 2006, E. 4.3.

³⁶⁴ Akte Nr. 341.

³⁶⁵ Vgl. Urteil 2A.287/2005 vom 19. August 2005; Urteil 2A.289/2005 vom 8. Juni 2006.

³⁶⁶ Urteil 2A.287/2005 vom 19. August 2005, E. 3.4.

390. Im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wäre im vorliegenden Fall somit einzig der zweiten Tatbestandsvariante der Schlussbestimmung zur Änderung vom 20. Juni 2003, der Auflösung der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung, sanktionsbefreiende Wirkung zugekommen. Obschon SCM umfassend über den Gegenstand der Untersuchung informiert war, hat sie darauf verzichtet, die missbräuchliche Verhaltensweise im relevanten Zeitraum der vorliegenden Teilverfügung (bis zum 31. Mai 2005) einzustellen. Der hier untersuchte Sachverhalt und die darin festgestellte unzulässige Verhaltensweise von SCM nach Art 7 KG bleibt somit der Sanktionierbarkeit nach Art. 49a Abs. 1 KG seit dessen Inkrafttreten am 1. April 2004 unterstellt.

B.5.3 Vorwerfbarkeit

391. Mit Stellungnahme vom 22. Mai 2006³⁶⁷ machte SCM geltend, dass das Verschuldensprinzip nach Art. 6 Abs. 2 EMRK auch für juristische Personen anwendbar sei und Verwaltungssanktionen gegen juristische Personen deshalb ein Verschulden voraussetzen würden. SMC habe aufgrund verschiedener Anhaltspunkte - auf welche nachfolgend zurückzukommen ist - davon ausgehen dürfen und müssen, dass deren Terminierungsgebühren jederzeit rechtens gewesen seien, weshalb eine Ausfällung einer Sanktion nicht möglich sei.

392. Zur Frage des Verschuldens hält die Botschaft zum teilrevidierten Kartellgesetz klar fest, dass für eine Verwaltungssanktion nach Art. 49a KG kein Verschulden vorliegen muss. Die Verwaltungssanktion setzt - im Gegensatz zu einer Strafsanktion - kein Verschulden voraus, d.h. sie kann ohne den Nachweis eines strafrechtlich vorwerfbaren Verhaltens einer natürlichen Person verhängt werden³⁶⁸. In der Literatur wurde die vom Gesetzgeber ausdrücklich vorgesehene Auffassung der Verschuldensunabhängigkeit unter anderem vor dem Hintergrund der zwischenzeitlichen Einführung von Art. 100^{quater} des Strafgesetzbuches zur Verantwortlichkeit des Unternehmens kritisiert³⁶⁹. Im Ergebnis wird von der Literatur im Wesentlichen erwähnt, dass für die Verhängung einer Verwaltungssanktion erforderlich sei, dass gegenüber der juristischen Person oder ihrer Organe das zur Sanktion führende Verhalten vorwerfbar sein müsse³⁷⁰. Dabei dürfte allerdings in vielen Fällen von einer Organisationsfahrlässigkeit auf Stufe der höchsten Managementebene, d.h. bei Organpersonen des Unternehmens auszu-

³⁶⁷ Akte Nr. 341.

³⁶⁸ Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2002, BBl 2002 2022, S. 2034.

³⁶⁹ Auswahl der zur Mehrheitlich aus Anwaltskreisen stammenden Kritik: Jürg Borer, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 2005, Rz. 1 ff. zu Art. 49a; Franz Hoffet/Klaus Neff, Ausgewählte Fragen zum revidierten Kartellgesetz und zur KG-Sanktionsverordnung, Anwaltspraxis 2004/4, S. 129; Christoph Lang, Untersuchungsmaßnahmen der Wettbewerbskommission im Spannungsverhältnis zwischen Wahrheitsfindung und Verteidigungsrechten eines Angeschuldigten, Jusletter 27. September 2004; Philippe Spitz, Ausgewählte Problemstellungen im Verfahren und bei der praktischen Anwendung des revidierten Kartellgesetzes, sic! 2004, S. 553.

³⁷⁰ Z.B.: Jürg Borer, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 2005, Rz. 12 zu Art. 49a.

gehen sein, wenn es zu Kartellrechtsverstössen kommen sollte, sodass Probleme in der Praxis kaum relevant werden dürften³⁷¹.

393. Aus der Rechtsprechung ist insbesondere der Entscheid der REKO/WEF in Sachen „Rhône-Poulenc/Merck“³⁷² zu erwähnen, wobei der Entscheid einen Verstoss im Zusammenhang mit der Verletzung einer Meldepflicht bei einem Unternehmenszusammenschluss betrifft (Art. 51 KG). Zur Frage des Verschuldens hielt die REKO/WEF Folgendes fest: „Il ne va pas de soi qu'il en aille autrement en droit suisse et que l'infliction d'une sanction administrative pouvant s'élever à CHF 1 mio. puisse se fonder exclusivement sur des éléments objectifs. [...]. La Commission de céans a cependant laissé ouverte la question de savoir si une mesure de ce genre pouvait être prise en l'absence de toute faute“³⁷³. Im Ergebnis heisst dies, dass nicht ausschliesslich auf objektive Kriterien gestützt werden kann, sondern dass auch subjektive Elemente zu berücksichtigen sind. Jedoch wurde die Frage der Notwendigkeit eines Verschuldens explizit offen gelassen. 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 Vorwerfbarkeit³⁷⁴. Im Entscheid der Weko vom 18. September 2006 in Sachen Unique, in welcher die Weko eine sich auf Art. 49a Abs. 1 KG stützende Sanktion ausfällte, wurde ebenfalls eine Vorwerfbarkeit des Verhaltens geprüft³⁷⁵.

394. Da vorliegend zumindest eine Sorgfaltspflichtverletzung im Sinne eines Organisationsverschuldens vorliegt, kann für diese Untersuchung die Frage letztlich offen bleiben, ob zusätzlich Vorwerfbarkeit vorauszusetzen ist, weil - wie nachfolgend aufzuzeigen ist - die Vorwerfbarkeit der in Frage stehenden unzulässigen Verhaltensweise gegeben ist.

395. Mit Stellungnahme vom 22. Mai 2006³⁷⁶ machte SCM geltend, dass sich die Terminierungsgebühr immer im Rahmen der (in der Schweiz und in der EU) marktüblichen Preise und Margen bewegt habe. Tatsache ist demgegenüber, dass SCM seit mehreren Jahren Kenntnis der überhöhten Terminierungsgebühren hatte oder mindestens haben musste. Von Seiten der Wettbewerbsbehörde wurde SCM bereits im Rahmen der ersten Untersuchung im Mobilfunkmarkt mitgeteilt, dass sich die Anhaltspunkte bestätigten, wonach SCM im Wholesale-Markt für in das Mobilfunknetz eingehende Fernmeldedienste über eine marktbeherrschende Stellung verfügt³⁷⁷. Bezüglich allenfalls unzulässiger Verhaltensweisen auf diesem Markt wurde auf eine abschliessende Beurteilung verzichtet, jedoch behielt sich die Weko vor, allenfalls ein neues Verfahren zu eröffnen³⁷⁸. Am 15. Oktober 2002 wurde SCM die Eröffnung einer Untersuchung der Termini-

³⁷¹ Philippe Spitz, *Ausgewählte Problemstellungen im Verfahren und bei der praktischen Anwendung des revidierten Kartellgesetzes*, sic! 2004, S. 565.

³⁷² RPW 2002/2, S. 386 ff.

³⁷³ RPW 2002/2, S. 395.

³⁷⁴ RPW 2006/1., S. 141, S. 169 f. nicht rechtskräftig.

³⁷⁵ Verfügung vom 18. September 2006 in Sachen Unique, RPW 2006/4, S. 625.

³⁷⁶ Akte Nr. 341.

³⁷⁷ RPW 2002/1, S. 127, Rz. 130.

³⁷⁸ RPW 2002/1, S. 129, Rz. 142.

nierungsgebühren mitgeteilt, wobei unter anderem darauf hingewiesen wurde, dass die Terminierung im Mobilfunknetz deutlich teurer sei als im Festnetz. Von Seiten der sektorspezifischen Regulierungsbehörden Bakom respektive ComCom wurde in verschiedener Hinsicht immer wieder auf die problematische Höhe der Mobilfunkterminierungsgebühren hingewiesen³⁷⁹. Zudem ging aus regelmässig erneuerten internationalen Statistiken, deren Inhalt auch den schweizerischen MFA bekannt ist, verschiedentlich hervor, dass die Schweiz bei Ländervergleichen hohe Terminierungsgebühren aufweist³⁸⁰. Im Weiteren führten in den letzten Jahren verschiedene europäische Wettbewerbs- und sektorspezifische Regulierungsbehörden Verfahren bezüglich der Höhe der Terminierungsgebühren. Diese Aktivitäten ausländischer Behörden fanden auch in der Tagespresse Erwähnung und waren SCM als Branchenteilnehmerin auch im Rahmen ihrer internationalen Verflechtung mit Vodafone bekannt.

396. Einerseits hatte Swisscom damit die Möglichkeit ihre Terminierungsgebühren in Relation zu setzen mit Vergleichsmärkten im Ausland, insbesondere mit denjenigen in welchen Regulierungen aufgrund von Kostenschätzungen erfolgten (sog. Vergleichsmarktmethode). Andererseits wäre es SCM als Trägerin aller Kosten, welche bei der Terminierung anfallen, möglich gewesen, die Terminierungskosten zu bestimmen (sog. Kostenmethode). Diesbezüglich ist zu beachten, dass SCM als Tochtergesellschaft eines börsenkotierten Konzerns den aktien- und börsenrechtlichen Rechnungslegungspflichten (auch bezüglich Amortisationen) nachzukommen hat. Es ist zudem in betriebswirtschaftlicher Hinsicht üblich, dass solche Kosten ermittelt werden. SCM kannte die Kosten der eigenen Terminierung oder hätte diese zumindest kennen können.

397. Mit Stellungnahme vom 22. Mai 2006³⁸¹ machte SCM mit Hinweis auf die Interkonnektionsbestimmungen in Art. 11 FMG geltend, SCM habe schliessen dürfen, dass selbst solche Terminierungsgebühren zulässig seien, welche über den markt- und branchenüblichen Ansätzen lägen. SCM geht also hier selber davon aus, dass sie wusste, dass ihre Preise nicht markt- und branchenüblich waren. Aus der Konzeption der Interkonnektionsbestimmungen nach Art. 11 FMG kann dies jedoch nicht hergeleitet werden. Art. 11 FMG geht vom Grundsatz des Verhandlungsprimats aus, wonach die FDA ihre Interkonnektionsgebühren untereinander aushandeln. Erst im Falle einer Nichteinigung hat die ComCom die Möglichkeit, auf Gesuch hin Bedingungen nach markt- und branchenüblichen Grundsätzen festzulegen, was bisher bezüglich der nationalen Terminierungsgebühren nicht erfolgt ist. Dass bisher die ComCom in diesem Bereich noch keine Verfügung getroffen hat, hängt vielmehr und grösstenteils mit der Langwierigkeit sowie den Kosten eines Interkonnektionsverfahrens zusammen. Jedenfalls kann aus Art. 11 FMG – faktisch ergibt sich für die Terminierung hauptsäch-

³⁷⁹ "Stand des Schweizer Telekommunikationsmarktes im internationalen Vergleich" des Wissenschaftlichen Instituts für Kommunikationsdienste (WIK) vom Mai 2002, www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00545/00722/00892; Jahresbericht der ComCom, Ausgabe 2003 auf www.comcom.admin.ch/org/00452/00562.

³⁸⁰ The Independent Regulators Group – IRG, <http://irgis.anacom.pt/admin/attachs/390.pdf>; OECD Communications Outlook 2005, S. 38, <http://213.253.134.43/oecd/pdfs/browseit/9305011E.PDF>.

³⁸¹ Akte Nr. 341.

lich ein Kontrahierungszwang - nicht abgeleitet werden, dass die untersuchten Terminierungsgebühren markt- und branchenüblichen Grundsätzen entsprechen. Zudem ist an dieser Stelle daran zu erinnern, dass das sektorspezifische Interkonnektionsrecht und das allgemeine Kartellrecht parallel zur Anwendung kommen (vgl. Rz. 62).

398. Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass SCM ihre Kosten der Terminierung und deren Unangemessenheit kannte oder hätte erkennen können und damit eine zumindest fahrlässige Sorgfaltspflichtverletzung bzw. ein Organisationsverschulden von SCM vorliegt, welches die Vorwerfbarkeit begründet.

B.5.4 Sanktionsbemessung für SCM

399. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einem Betrag bis 10 Prozent des in den letzten 3 Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Dieser Betrag stellt als Maximalsanktion die Obergrenze des Bussenrahmens dar. Innerhalb des Bussenrahmens werden die Schwere und die Dauer des Verstosses als Bemessungsgrundlage herangezogen. Zu berücksichtigen ist zudem der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen durch das unzulässige Verhalten erzielt hat.

400. Die Festsetzung des Sanktionsbetrages steht im pflichtgemässen Ermessen der Weko, wobei die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Gleichbehandlung zu beachten sind. Die Wirksamkeit der Sanktion hängt entscheidend von deren Präventivwirkung ab. Im Sinne der General- und Spezialprävention sollte die Höhe der Sanktion für gleiche oder ähnlich Fälle abschreckenden Charakter haben. Um eine abschreckende Wirkung entfalten zu können, müssen Sanktionen für ein Unternehmen spürbar sein³⁸².

401. Die Einzelheiten der Sanktionsbemessung werden in der Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen vom 12. März 2004 (SVKG, SR 251.5) konkretisiert. Trotz den gesetzlich vorgeschriebenen Kriterien handelt es sich bei der Sanktionsbemessung indes nicht um einen reinen Rechenvorgang, sondern um eine rechtliche und wirtschaftliche Gesamtwürdigung aller relevanten Umstände.

B.5.5 Maximalsanktion

402. Die Obergrenze des Bussenrahmens liegt gemäss Art. 49a Abs. 1 KG bei 10% des vom Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Der Unternehmensumsatz berechnet sich dabei sinngemäss nach den Kriterien der Umsatzberechnung bei Unternehmenszusammenschlüssen.

³⁸² Botschaft zu einem Kartellgesetz, BBl 1995 468 ff., S. 620; vgl. auch RPW 2002/2, S. 402.

sen³⁸³. Art. 4 f. der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU) finden analoge Anwendung.

403. Gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. b und c VKU ist der Umsatz des Mutterunternehmens von SCM und der Schwesterunternehmen von SCM in die Berechnung des relevanten Umsatzes mit einzubeziehen. Der Unternehmensumsatz nach Art. 49a Abs. 1 KG bestimmt sich mithin auf Konzernebene, wobei gemäss Art. 5 Abs. 2 VKU konzerninterne Umsätze bei der Berechnung des Gesamtumsatzes nicht zu berücksichtigen sind. Gemäss Geschäftsbericht der Swisscom AG, der Muttergesellschaft von SCM, betrug der konsolidierte Nettoumsatz im Jahr 2002 CHF 14'526 Mio., im Jahr 2003 CHF 10'026 Mio. und im Jahr 2004 CHF 10'057 Mio. Dieser Nettoumsatz fiel mehrheitlich in der Schweiz an, sind doch die meisten der Konzerngesellschaften fast ausschliesslich in ihrem Heimmarkt Schweiz tätig. Eine Ausnahme bildet die deutsche Debitel AG, welche im Jahre 2002 einen Umsatz von CHF 4'111 Mio. generierte, deren Anteile die Swisscom AG allerdings im Juli 2004 verkaufte. Abzüglich des Umsatzes der deutschen Debitel AG erwirtschaftete die Swisscom AG in den letzten drei Geschäftsjahren somit einen Gesamtumsatz von rund CHF 30'000 Mio. Die Maximalsanktion im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG beläuft sich im vorliegenden Verfahren folglich auf ca. CHF 3'000 Mio.

B.5.6 Konkrete Sanktionsbemessung

404. Nach Art. 49a Abs. 1 KG hat sich der konkrete Betrag der Sanktion nach Dauer und Schwere des unzulässigen Verhaltens zu richten. Zusätzlich ist der mutmassliche Gewinn angemessen zu berücksichtigen. Gemäss SVKG gliedert sich die konkrete Sanktionsbemessung in drei Schritte: Auszugehen ist von einem Basisbetrag, der in einem zweiten Schritt an die Dauer des Verstosses anzupassen ist, bevor in einem letzten Schritt erschwerenden oder mildernden Umständen Rechnung getragen werden kann. Dabei ist gemäss Art. 2 Abs. 2 SVKG stets auch das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten.

B.5.6.1 Basisbetrag

405. Der Basisbetrag beträgt gemäss Art. 3 SVKG je nach Schwere und Art des Verstosses bis zu 10 Prozent des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten 3 Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat.

B.5.6.1.1 Obergrenze des Basisbetrages gestützt auf den Umsatz

406. Als relevanter Markt wurde vorliegend der Wholesale-Markt für die in das MF-Netz von SCM eingehenden Fernmeldedienste definiert. Die Umsätze auf diesem Markt der letzten drei Geschäftsjahre berechnen sich durch eine Multiplikation der terminierten Minuten mit dem Minutenpreis. Letzterer betrug in

³⁸³ Botschaft zur Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, S. 2037.

den Jahren 2003 und 2004 für sämtliche die Terminierung nachfragende FDA einheitlich 33.5 Rappen, im Jahr 2002 wurden hingegen z.T. unterschiedliche Gebühren verlangt.

407. Für die letzten drei Geschäftsjahre errechnen sich im Einzelnen folgende Jahresumsätze³⁸⁴:

- Im Jahr 2002 wurden insgesamt [1.5 – 3 Mia.] Gesprächsminuten ins MF-Netz von SCM terminiert. Somit errechnet sich ein Umsatz von CHF [400–900 Mio.].
- Im Jahr 2003 wurden insgesamt [1.5 – 3 Mia.] Gesprächsminuten ins MF-Netz von SCM terminiert. Somit errechnet sich ein Umsatz von CHF [400–900 Mio.].
- Im Jahr 2004 wurden insgesamt [1.5 – 3 Mia.] Gesprächsminuten ins MF-Netz von SCM terminiert. Somit errechnet sich ein Umsatz von CHF [400–900 Mio.].

408. Insgesamt errechnet sich ein Umsatz von CHF [1.2 – 2.7 Mia.], den SCM in den letzten drei Jahren auf dem relevanten Markt in der Schweiz erzielt hat. Die Obergrenze des Basisbetrages beträgt 10% dieses Umsatzes, ausmachend CHF [120–270 Mio.].

409. Mit Stellungnahme vom 22. Mai 2006³⁸⁵ machte SCM geltend, der Basisbetrag der Sanktion sei falsch berechnet worden. Es habe auch die konzerninternen, buchhalterisch zu konsolidierenden Umsätze aus dem Terminierungsverkehr mit Swisscom Fixnet miteinbezogen.

410. Der Umsatz berechnet sich aus der Anzahl Minuten, welche im relevanten Markt terminiert wurden, multipliziert mit dem Preis, welcher für diese Minuten verrechnet wurde. Daher sind zunächst die Anzahl Minuten zu bestimmen. Relevante Minuten sind all jene Minuten, die entstehen, wenn ein Anrufer von einem Netz, welches nicht das Netz von SCM ist, auf das Netz von SCM anruft und folglich auf dem Netz von SCM terminiert werden. Dies sind auch diejenigen Minuten, bei welcher die fragliche Terminierungsgebühr zur Anwendung gelangt. Die Minuten, welche von Swisscom Fixnet her kommen, gehören in diese Kategorie: Das Festnetz von Swisscom Fixnet muss mit dem Netz von SCM verbunden werden und jeder Anruf von Swisscom Fixnet auf das Netz von SCM muss auf dem Netz von SCM terminiert werden. Dafür verlangte SCM von Swisscom Fixnet bis zum 31. Mai 2005 die gleiche Terminierungsgebühr wie von allen anderen FDA, nämlich 33.5 Rappen. Swisscom Fixnet wälzte diese Kosten der Terminierung auf ihre Endkunden ab, welche deshalb hohe F2M-Preise bezahlen mussten. Daher wurden auch die Endkunden von Swisscom Fixnet durch die überhöhten Preise ausgebeutet³⁸⁶. Diese Minuten sind daher mit einzubeziehen.

411. Nicht zu verwechseln sind die Minuten, welche von Swisscom Fixnet her kommen, mit denjenigen, die von SCM selber stammen. Die Minuten, welche entstehen, wenn zwei SCM-Endkunden miteinander telefonieren, sind die so-

³⁸⁴ Antworten von SCM auf Fragen 9 und 10 des Fragebogens vom 29. November 2002, Akte Nr. 16. Datenuodate vom 25. Oktober 2005, Akte Nr. 303.

³⁸⁵ Akte Nr. 341.

³⁸⁶ Diese Zusammenhänge wurden im Kapitel B.4 Unzulässige Verhaltensweisen erläutert.

nannten on-net-Minuten auf dem Netz von SCM. Auch diese Minuten müssen auf dem Netz von SCM terminiert werden, es findet jedoch keine Interkonnexion mit einem anderen Netzwerk statt und folglich wird auch keine Terminierungsgebühr verrechnet. Diese terminierten Minuten machen gemäss Angaben von SCM den grössten Block aus: Während von Swisscom Fixnet her zwischen dem 1. April 2004 bis zum 31. Mai 2005 insgesamt [500-1'200 Mio.] Minuten terminiert wurden, gab es aus dem on-net-Geschäft von SCM [1 - 2 Mia.] Minuten. Diese ca. [1 - 2 Mia.] on-net-Minuten werden jedoch weder bei der Berechnung des Basisbetrages, noch bei der Berechnung des mutmasslichen Gewinnes miteinbezogen.

412. Im Weiteren macht SCM mit Stellungnahmen vom 22. Mai 2006³⁸⁷ und vom 15. Dezember 2006³⁸⁸ sinngemäss geltend, dass gemäss Art. 3 SVKG für die Berechnung des Basisbetrages die drei dem Verfügungszeitpunkt vorangehenden Geschäftsjahre zu berücksichtigen seien. Falls die Verfügung im Jahr 2007 erlassen werde, seien dies die Geschäftsjahre 2004 bis 2006. Vorliegend sind jedoch für die Berechnung des Basisbetrages im Sinne von Art. 3 SVKG diejenigen Geschäftsjahre zu berücksichtigen, welche dem beurteilten Zeitraum zu Grunde liegen. In diesem Fall endet der in zeitlicher Hinsicht beurteilte Sachverhalt am 31. Mai 2005. Das Abstellen auf den Umsatz während der Zuwiderhandlung stellt sicher, dass der konkrete Sanktionsbetrag nicht nach einer – beispielsweise im Falle von Rechtsmittelverfahren - möglicherweise eher zufälligen Umsatzziffer berechnet wird, sondern sich effektiv auf die Grösse und Wirtschaftskraft des fehlbaren Unternehmens *während* der Zuwiderhandlung bezieht. Diese Vorgehensweise entspricht im Übrigen auch der Praxis in der EU, wonach im Regelfall der Umsatz im letzten vollständigen Geschäftsjahr zugrunde zu legen ist, in dem das Unternehmen an der Zuwiderhandlung beteiligt war³⁸⁹. Dementsprechend sind in diesem Fall die Geschäftsjahre 2002, 2003 und 2004 für die Berechnung des Basisbetrages zu berücksichtigen.

B.5.6.1.2 Berücksichtigung von Art und Schwere des Verstosses

413. Gemäss Art. 3 SVKG ist der Basisbetrag je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen.

414. Wie dargelegt wurde, handelt es sich beim Verstoss von SCM um die Erzwingung von unangemessenen Preisen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG im Wholesale-Markt für die in das MF-Netz von SCM eingehenden Fernmeldedienste gegenüber den die Terminierung nachfragenden FDA und eine Ausbeutung der Kunden derselben. Bezüglich der Art stellt die Erzwingung unangemessener Preise gegenüber sämtlichen Nachfragern grundsätzlich einen schweren Verstoss dar.

³⁸⁷ Akte Nr. 341, Rz. 259 ff.

³⁸⁸ Akte Nr. 374, Rz. 191.

³⁸⁹ Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen gemäss Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe. a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, ABI. C 210 vom 1. September 2006, S. 2 ff., Rz. 13.

415. Bezüglich der Schwere des Verstosses stellt sich die Frage des Ausmasses der Unangemessenheit der erzwungenen Terminierungsgebühren. Die Terminierungsgebühren lagen um ein Mehrfaches über den ausländischen Vergleichspreisen und den effektiven Kosten. Die Setzung solch missbräuchlicher Preise war einzig dank der speziellen Marktkonstellation möglich, wonach die Nachfrage der Endkunden nicht von den eigenen Terminierungsgebühren abhängig ist (vgl. Rz. 120 ff.). Dank ihrer marktbeherrschenden Stellung nützte SCM diese spezielle Marktstruktur mit überhöhten Gebühren aus, ohne dass sich die Marktgegenseite (d.h. die FDA und insbesondere auch deren Endkunden) hätte zur Wehr setzen können.

416. Die Schwere des Verstosses spiegelt sich auch auf dem Retail-Markt wieder. Die von der Stiftung Teligen und der OECD erstellten Preiskörbe im Mobilfunkbereich machen deutlich, dass ein Schweizer Mobilfunkkonsument wesentlich mehr bezahlte als der europäische Durchschnittskonsument³⁹⁰. Ebenso lagen die Gebühren, welche bei einem Anruf von einem Festnetzanschluss auf einen Mobilfunkanschluss zu bezahlen waren, in der Schweiz wesentlich höher als im Ausland. Die hohe Terminierungsgebühr im Wholesale-Markt wirkte sich somit unmittelbar auch auf die Endkonsumenten aus.

B.5.6.1.3 *Fazit*

417. Unter Würdigung der Art und der Schwere des Verstosses rechtfertigt es sich, den Basisbetrag auf das Maximum von 10% des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten 3 Jahren Geschäftsjahren auf dem relevanten Markt erzielt hat, festzusetzen. Der Basisbetrag i.S. Art. 3 SVKG beträgt somit CHF [120 – 270 Mio.].

B.5.6.2 *Dauer des Verstosses*

418. 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. SCM verlangte für die Terminierung in ihr MF-Netz während mehreren Jahren unangemessen hohe Gebühren. Allerdings ist vorliegend zu beachten, dass die Möglichkeit direkter Sanktionen erst mit der per 1. April 2004 in Kraft getretenen Kartellrechtsrevision eingeführt wurde. Aufgrund des Verbots der Rückwirkung wird für Wettbewerbsbeschränkungen, die bereits vor Inkrafttreten von Art. 49a Abs. 1 KG Wirkung entfalteten, für die Bemessung der Dauer nur der Zeitraum nach Inkrafttreten der Gesetzesänderung berücksichtigt³⁹¹. Die vorliegende Untersuchung betrifft das missbräuchliche Verhalten von SCM für den Zeitraum bis 31. Mai 2005. Die Dauer des vorliegend zu sanktionierenden Wettbewerbsverstosses bemisst sich somit seit Inkrafttreten der Gesetzesrevision per 1. April 2004 bis zum 31. Mai 2005.

³⁹⁰ "Um die Schweiz erweiterter Auszug aus dem 11. Implementierungsbericht der Europäischen Union (Stand 2005)", S. 60 ff., www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00545/00722/00887.

³⁹¹ Botschaft zur Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, S. 2048.

419. Art. 4 SVKG räumt der Weko für eine Verstossdauer von einem bis zu fünf Jahren einen grossen Ermessenspielraum von 0 – 50% Sanktionszuschlag ein. Aus dem letzten Satzteil der Norm sowie aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip ergeben sich, dass auch im Bereich unter fünf Jahren eine stufenweise Erhöhung der Sanktion um jeweils 10% pro Jahr angemessen ist. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich, den Basisbetrag der Sanktion für die 14-monatige Dauer des Verstosses vom 1. April 2004 bis 31. Mai 2005 um 10% anzuheben. Dieser erhöht sich somit auf CHF [120 – 270 Mio.].

B.5.6.3 Erschwerende und mildernde Umstände

420. In einem letzten Schritt sind schliesslich die erschwerenden und die mildernden Umstände nach Art. 5 und Art. 6 SVKG zu berücksichtigen.

B.5.6.3.1 Mutmasslicher Gewinn

421. Als erschwerender Umstand kommt vorliegend insbesondere der hohe Gewinn, den SCM mit dem Verstoß erzielen konnte, in Betracht. Dabei ist zu berücksichtigen, dass ein Gewinnelement bereits im Basisbetrag der Sanktion nach SVKG 3 und 4 enthalten ist. Liegt indes der unrechtmässige Gewinn klar über dem Basisbetrag, so ist diesem Umstand nach Massgabe von Art. 2 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 lit. b SVKG Rechnung zu tragen. In Fällen, in denen der Wettbewerbsbehörde eine Gewinnberechnung oder Gewinnschätzung möglich ist, muss ein besonders hoher Gewinn des Unternehmens bei der Festlegung der Sanktion als erschwerender Umstand berücksichtigt werden. Der Sanktionsbetrag soll grundsätzlich so weit erhöht werden, dass er den Betrag des aufgrund des Verstosses unrechtmässig erzielten Gewinns übertrifft³⁹².

422. Im vorliegenden Fall lässt sich der durch das missbräuchliche Verhalten erzielte Gewinn annäherungsweise aus der Differenz zwischen der effektiv verlangten und der kartellrechtlich zulässigen „angemessenen“ Terminierungsgebühr, multipliziert mit der Anzahl terminierten Minuten im relevanten Zeitraum, ermitteln³⁹³. In dem für die Sanktionierung relevanten Zeitraum vom Inkrafttreten der KG-Revision bis zur Senkung der Terminierungsgebühren terminierte SCM insgesamt [1 – 4 Mia.] Gesprächsminuten in ihr MF-Netz³⁹⁴. Dabei verlangte sie eine einheitliche Terminierungsgebühr von 33.5 Rappen pro Minute. Fraglich ist, bis zu welchem Betrag die von SCM verlangte Terminierungsgebühr als angemessen zu qualifizieren ist. SCM verweigerte jegliche Angaben über ihre Kosten, weshalb auf Vergleichsmärkte abzustellen ist. Gemäss den obigen Erwägungen (Rz. 254 ff.), dürfte die Höhe der effektiv angemessenen und kartellrechtlich zulässigen Terminierungsgebühr wesentlich tiefer, nämlich bei rund 10 Rappen liegen. Per 1. Juni 2005 senkte SCM ihre Gebühren auf 20 Rappen pro

³⁹² Vgl. Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung, Erläuterung zu Art. 5 Abs. 1 lit. b SVKG, publiziert auf der Webpage der Weko, www.weko.admin.ch/publikationen/00213.

³⁹³ (effektiv von SCM verlangte Terminierungsgebühr – angemessene Terminierungsgebühr) x (Anzahl terminierte Minuten) = unrechtmässig erzielter Gewinn.

³⁹⁴ Antworten von SCM auf Fragen 9 und 10 des Fragebogens vom 29. November 2002, Akte Nr. 16. Datenupdate vom 25. Oktober 2005, Akte Nr. 303.

Minute. Wie die Kostenanalyse in Kap. B.4.2.1.3 oben ergibt, ist davon auszugehen, dass die tatsächlichen Kosten wesentlich tiefer anzusetzen sind. Angesichts der Auskunftsverweigerung von SCM zu diesem Punkt darf davon ausgegangen werden, dass SCM die Terminierungsgebühr nicht unter ihren Kosten plus einschlägigem Gewinn festlegte. Es rechtfertigt sich daher, die Differenz zwischen 33.5 und 20 Rappen als Grundlage für den ungerechtfertigten Gewinn heranzuziehen. Bei insgesamt [1 – 4 Mia.] aus anderen Netzen terminierten Gesprächsminuten (vgl. Rz. 410 oben) errechnet sich somit ein Betrag von CHF [100 – 300 Mio.].

423. Damit sich das widerrechtliche Verhalten für das fehlbare Unternehmen nicht lohnt, ist der Sanktionsbetrag soweit zu erhöhen, dass er den aufgrund des Verstosses unrechtmässig erzielten Gewinn abzuschöpfen vermag³⁹⁵. Neben der Gewinnabschöpfung hat der Sanktionsbetrag auch einen präventiven Charakter, um zu verhindern, dass sich Wettbewerbsbeschränkungen für die beteiligten Unternehmen im Durchschnitt auszahlen. Die Sanktion dient insoweit der General- und Spezialprävention.

424. Bezüglich des präventiven Charakters kann ebenfalls auf die von der Rechtsprechung der REKO/WEF in Zusammenhang mit einer Verletzung der Meldepflicht bei einem Unternehmenszusammenschluss entwickelten Kriterien in Sachen „Rhône-Poulenc/Merck“ abgestellt werden³⁹⁶. Die REKO/WEF führte dabei aus, dass es der Weko frei stehe, das Niveau einer Sanktion anzuheben, um den vom Gesetzgeber beabsichtigten abschreckenden Charakter der Sanktion zu erreichen³⁹⁷.

425. Von ähnlichen Kriterien lässt sich die Praxis europäischen Wettbewerbsrechts leiten, an dessen Konzeption sich auch die sich auf Art. 49a Abs. 1 KG stützende Sanktionierung orientiert. Das europäische Gericht erster Instanz hielt fest, dass die Abschreckungswirkung der Geldbussen verringert würde, wenn Unternehmen, die eine Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht begangen haben, damit rechnen könnten, dass ihr Verhalten mit einer Geldbusse belegt würde, die unter dem aufgrund dieses Verhaltens zu erwartenden Gewinn läge. Soweit die [EU-] Kommission in der Lage sei, die Höhe dieses rechtswidrigen Gewinns zu schätzen, hätte sie daher die Möglichkeit, die Geldbussen so hoch anzusetzen, dass sie einen solchen Gewinn überstiegen³⁹⁸.

426. In Anbetracht aller Umstände, insbesondere des unrechtmässig erzielten Gewinns, der Art, Schwere und Dauer des Verstosses sowie des Umstandes, dass das KG direkte Sanktionen erst seit dem 1. April 2004 vorsieht, rechtfertigt sich vorliegend, den nach Art. 3 und 4 SVKG berechneten Betrag gestützt Art. 5 Abs. 1 lit. b SVKG um 50% zu erhöhen. Daraus ermittelt sich eine Sanktion in Höhe von CHF 333'365'685.

³⁹⁵ Die Botschaft zu einem Kartellgesetz, BBl 1995 468 ff., S. 621, hielt fest, dass eine Belastung in der Höhe des unrechtmässig erzielten Gewinns „regelmässig die untere Grenze der Sanktion“ bilden soll.

³⁹⁶ RPW 2002/2, S. 386 ff.

³⁹⁷ RPW 2002/2, S. 402.

³⁹⁸ EuG T-9/99, Rn. 456, *HFB Holding u.a.*

B.5.6.3.2 Sonstige erschwerende Umstände

427. Nach Art. 5 Abs. 1 lit. c SVKG erhöht sich der Betrag nach Art. 3 und 4 SVKG überdies, wenn das Unternehmen die Zusammenarbeit mit den Behörden verweigert oder versucht hat, die Untersuchung auf andere Weise zu behindern. SCM zeigte sich während der Sachverhaltsermittlung unkooperativ und beantwortete mehrere der ihr gestellten Fragen nicht, fehlerhaft oder unpräzise, was zu nicht unerheblichen Verfahrensverzögerungen führte. Das diesbezügliche Verhalten, welches als Verfahrensbehinderung i.S. Art. 5 Abs. 1 lit. c SVKG zu qualifizieren ist, erfolgte indes vor Inkrafttreten der Kartellgesetzrevision per 1. April 2004. Aufgrund des allgemein geltenden Verbotes der Rückwirkung sind Umstände, welche sich vor Inkrafttreten des Gesetzes auswirkten, nicht erschwerend zu berücksichtigen.

428. Sonstige erschwerende Umstände im Sinne von Art. 5 SVKG sind keine ersichtlich.

B.5.6.3.3 Mildernde Umstände

429. In einem letzten Schritt sind schliesslich die mildernden Umstände nach Art. 6 SVKG zu berücksichtigen. Solche mildernde Umstände liegen keine vor.

B.5.6.4 Zusammenfassung

430. Zusammenfassend errechnet sich in Anwendung von Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 2 ff. SVKG folgende Sanktion (Beträge in CHF):

Tabelle B-11 Zusammenfassung der Sanktionsberechnung in CHF

Maximalhöhe der Sanktion		ca. 3'000'000'000
Obergrenze des Basisbetrages	100%	[120 – 270 Mio.]
Berücksichtigung von Art und Schwere	0%	
Basisbetrag nach Art. 3 SVKG		[120 – 270 Mio.]
Dauer (Art. 4 SVKG)	+ 10%	+ [12 – 27 Mio.]
Sanktionsbetrag nach Art. 3 und 4 SVKG		[120 – 270 Mio.]
Erhöhung aufgrund übermässig hohen Gewinnes (Art. 5 Abs. 1 lit. b SVKG)	+ 50%	+ [60 – 140 Mio.]
Senkung aufgrund mildernder Umstände (Art. 6 SVKG)	0%	
Total:		333'365'685

431. Die Weko erachtet in Würdigung aller rechtserheblichen Umstände, insbesondere der Dauer, der Schwere und des mutmasslichen Gewinns, eine Sanktion im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG in der Höhe von CHF 333'365'685 als angemessen.

C KOSTEN

432. Gemäss Art. 2 Abs. 1 der Verordnung über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung; SR 251.2) ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn den Verfügungsadressaten eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung nachgewiesen wird. Keine Gebührenpflicht besteht für Beteiligte, bezüglich welcher sich die zu Beginn vorliegenden Anhaltspunkte nicht erhärten und das Verfahren aus diesem Grund eingestellt wird (Art. 3 Abs. 2 lit. c KG-Gebührenverordnung). Vorliegend ist daher einzig eine Gebührenpflicht von SCM zu bejahen, während Orange und Sunrise, denen gegenüber die Einstellung des Verfahrens für Sachverhalte vor dem 31. Mai 2005 verfügt wird, nicht gebührenpflichtig sind.

433. Gemäss Schlussbestimmung zur Änderung der KG-Gebührenverordnung vom 12. März 2004, in Kraft seit 1. April 2004, gilt bei Verwaltungsverfahren, die beim Inkrafttreten dieser Änderung noch nicht abgeschlossen sind, für die Bemessung der Gebühren und Auslagen für denjenigen Teil der Aufwendungen, der vor dem Inkrafttreten der Änderung erfolgt ist, das bisherige Recht.

434. Für die Verfahrensdauer bis zum 31. März 2004 gilt somit für die Bemessung der Gebühr Art. 4 Abs. 1 und 2 alte KG-Gebührenverordnung, wonach sich die Gebühr nach dem Zeitaufwand und zu einem Stundenansatz von CHF 130.- bemisst. Je nach wirtschaftlicher Bedeutung des Gegenstandes kann diese Gebühr um höchstens die Hälfte erhöht oder vermindert werden (Art. 4 Abs. 3 alte KG-Gebührenverordnung). Die aufgewendete Zeit bis zum 31. März 2004 beträgt insgesamt 290 Stunden, die Gebühr beläuft sich demnach auf CHF 37'700.-. Gründe für eine Erhöhung oder Verminderung der Gebühr sind im vorliegenden Fall keine vorhanden. Neben dem Aufwand haben die Gebührenpflichtigen die Auslagen der Weko zu erstatten (Art. 5 Abs. 1 alte KG-Gebührenverordnung). Diese werden, wenn keine besonderen Auslagen entstanden sind, pauschal mit 1,5 % der Gebühr veranschlagt. Vorliegend betragen sie somit CHF 566.-.

435. Für die Zeit nach Inkrafttreten der neuen KG-Gebührenverordnung gilt nach Art. 4 Abs. 2 KG-Gebührenverordnung ein Stundenansatz von CHF 100.-/400.-, der sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals bestimmt. Für die insgesamt aufgewendete Zeit von 2'872.4 Stunden gilt ein Ansatz von CHF 250.- (Direktion), CHF 200.- (wissenschaftliche Mitarbeiter) bzw. CHF 120.- (Praktikanten). Die Gebühr beläuft sich demnach auf CHF 559'787.-. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 KG-Gebührenverordnung).

436. Wie in Rz. 432 bereits dargelegt, ist vorliegend einzig SCM gebührenpflichtig. Es gilt aber zu berücksichtigen, dass dem Pflichtigen nur jene Gebühren aufzuerlegen sind, die er verursacht hat. Gegenstand dieses Verfahrens bildet die Abklärung der Marktbeherrschung sowie deren allfälliger Missbrauch seitens Orange, Sunrise und SCM. Die Beurteilung der Situation von SCM erwies

sich als zeitaufwändiger als diejenige von Orange und Sunrise. Insbesondere schlug die Weko in ihrem Nichteintretensentscheid vom 8. November 2004 betreffend das Gesuch um Erlass einer Feststellungsverfügung sowie des nachfolgenden Rechtsmittelverfahrens die Verfahrenskosten zur Hauptsache. Der Grossteil des Zeitaufwands hat mithin SCM verursacht. Aus diesen Gründen rechtfertigt es sich, den Anteil von SCM an den Verfahrenskosten von insgesamt CHF 598'053.- auf zwei Drittel, ausmachend CHF 398'702.-, festzusetzen. Der restliche Zeitaufwand wurde zu je einem Sechstel von den beiden MFA Orange und Sunrise verursacht. Da für Sachverhalte vor dem 31. Mai 2005 die Untersuchung betreffend Orange und Sunrise eingestellt wird, ist ein Drittel der Verfahrenskosten, ausmachend CHF 199'351.-, der Staatskasse aufzuerlegen.

437. Die Gebühr für die vorliegende Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend Terminierung Mobilfunk wegen allenfalls unzulässigen Verhaltensweisen gemäss Art. 7 KG beläuft sich somit auf insgesamt CHF 598'053.-. Gebührenpflichtige Verfügungsadressatin ist vorliegend SCM. Zwei Drittel der Verfahrenskosten, ausmachend CHF 398'702.-, sind SCM aufzuerlegen.

D DISPOSITIV

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

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

7. Die Verfügung ist zu eröffnen an:

- Swisscom Mobile AG, vertreten durch Homburger Rechtsanwälte, Herr Dr. Marcel Dietrich, Weinbergstrasse 56/58, Postfach 338, 8035 Zürich;
- Orange Communications AG, vertreten durch Schellenberg Wittmer Rechtsanwälte, Herr Dr. Jürg Borer, Löwenstrasse 19, Postfach 6333, 8023 Zürich;
- TDC Switzerland AG, Legal & Regulatory, Herr Beat Moser, Thurgauerstrasse 60, 8050 Zürich.

Sie ist (nach Bereinigung der Geschäftsgeheimnisse) mitzuteilen an:

- Eidgenössische Kommunikationskommission, Marktgasse 9, 3003 Bern,
- Bundesamt für Kommunikation, Telecomdienste, Zukunftsstrasse 44, 2501 Biel.

Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 3000 Bern 14, Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerdeschrift ist im Doppel einzureichen; sie muss die Rechtsbegehren und deren Begründung enthalten und vom Beschwerdeführer oder seinem Vertreter unterzeichnet sein. Die angefochtene Verfügung ist der Beschwerdeschrift beizulegen.

WETTBEWERBSKOMMISSION

Prof. Walter Stoffel
Präsident

Dr. Rafael Corazza
Direktor