Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung II
B-2050/2007
{T 1/2}

Urteil vom 24. Februar 2010

Besetzung

Richter Maria Amgwerd (Vorsitz), Stephan Breitenmoser, Bernard Maitre (Abteilungspräsident),
Vera Marantelli und Hans Urech;
Gerichtsschreiber Roger Mallepell und Said Huber.

Parteien

Swisscom (Schweiz) AG, Alte Tiefenaustrasse 6, 3050 Bern,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Marcel Dietrich, Homburger AG, Postfach 194, 8042 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

Wettbewerbskommission WEKO
Monbijoustrasse 43, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Kartellrecht: Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion.

INHALTSÜBERSICHT

Seite

Sachverhalt

A. Grundlagen der Terminierung..... 4
B. Ablauf der Untersuchung..... 13
C. Zusammenfassung der angefochtenen Verfügung..... 28
D. Zusammenfassung der Beschwerde..... 32
E. Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht..... 44

Erwägungen

1. Prozessvoraussetzungen..... 47
1.1 Sachzuständigkeit und Anfechtungsobjekt..... 47
1.2 Beschwerdelegitimation und übrige Eintretensvoraussetzungen..... 50
2. Beschwerdegründe und vorgeworfenes Verhalten..... 51
2.1 Zulässigkeit der Beschwerdegründe..... 51
2.2 Das der Beschwerdeführerin vorgeworfene Verhalten..... 52
3. Anwendbares Recht..... 55
3.1 Kartellrecht..... 55
3.2 Fernmelderecht..... 57
4. Rüge der Verletzung von Art. 7 EMRK..... 59
4.1 Die Rügen der Beschwerdeführerin zu Art. 7 Abs. 1 EMRK..... 59
4.2 Die angefochtene Sanktion als "strafrechtliche Anklage"..... 62
4.3 Zur Tragweite von Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK im Allgemeinen..... 63
4.4 Die fehlende Fallpraxis zum inkriminierten Verhalten..... 66
4.5 Das Verhältnis von Art. 7 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. c KG im Lichte von Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK..... 67
4.6 Zur Voraussehbarkeit einer allfälligen Tatbestandsmässigkeit..... 70
4.7 Zur Voraussehbarkeit der Rechtsfolge..... 74
4.8 Zusammenfassung..... 75
5. Rüge der Verletzung der Garantien von Art. 6 Abs. 1 EMRK..... 75
5.1 Die Rügen im Überblick..... 75
5.2 Art. 6 Abs. 1 EMRK im Verhältnis zu Art. 30 Abs. 1 BV..... 75
5.3 Die Rügen der Beschwerdeführerin im Einzelnen..... 76
5.4 Die Wettbewerbskommission als EMRK-konformes Gericht?..... 77
5.5 Zu den Anforderungen an ein EMRK-konformes Gericht..... 78
5.6 Kognition des Bundesverwaltungsgerichts im vorliegenden Fall..... 82
5.7 Verletzung des Selbstbelastungsverbots?..... 89
6. Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör?..... 96
6.1 Grundsätzliches zum rechtlichen Gehör..... 97
6.2 Gehörsverletzung wegen Redezeitbeschränkungen?..... 99
6.3 Unvollständig zugestellter zweiter Verfügungsantrag?..... 101
6.4 Zu kurze Frist für Stellungnahme zum dritten Verfügungsantrag?..... 102
6.5 Recht auf vorgängige Stellungnahme zum "Gutachten IC"?..... 102
6.6 Ungenügende Aktenkenntnis der Mitglieder der Vorinstanz?..... 103
6.7 Schlussfolgerungen..... 105
7. Weitere Anträge der Beschwerdeführerin..... 105
7.1 Beizug von Akten..... 105
7.2 Geschäftsgeheimnisse..... 106
7.3 Öffentliche Parteiverhandlung..... 106

8. Unzulässige Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen..... 106
9. Relevanter Markt..... 107
9.1 Abgrenzungskriterien..... 107
9.2 Verzicht auf Marktabgrenzung?..... 108
9.3 Standpunkte zur Marktabgrenzung..... 111
9.4 Rückgriff auf die Marktabgrenzungspraxis der EU?..... 113
9.5 Sachliche Marktabgrenzung..... 116
9.6 Örtliche Marktabgrenzung..... 145
9.7 Zeitliche Marktabgrenzung..... 146
9.8 Gesamtfazit: Marktabgrenzung..... 147
10. Marktstellung..... 147
10.1 Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens..... 147
10.2 Standpunkte zur Marktstellung..... 149
10.3 Eingrenzung der Fragestellung..... 151
10.4 Aktueller und potenzieller Wettbewerb..... 152
10.5 Zwischenergebnis..... 153
10.6 Einfluss des nachgelagerten Markts..... 155
10.7 Stellung der Marktgegenseite..... 162
10.8 Einfluss der fernmelderechtlichen Rahmenordnung..... 172
10.9 Verlust im Terminierungsverkehr zwischen Mobilfunknetzen?..... 175
10.10 Weitere Einwände..... 188
10.11 Fazit..... 188
11. Die Missbräuchlichkeit des vorgeworfenen Verhaltens im Kontext des Streitgegenstands und der potenziell anwendbaren bundesrechtlichen Wertparitätskontrollen..... 189
11.1 Art. 7 Abs. 1 KG: Behinderung oder Ausbeutung?..... 189
11.2 Die Vorinstanz als sanktionierende "Preisüberwacherin"..... 191
11.3 Die kartellgesetzliche Wertparitätskontrolle im Kontext der bundesrechtlichen Kodifikationen mit Auswirkungen auf Verträge..... 193
12. Missbräuchlichkeit des vorgeworfenen Verhaltens?..... 207
12.1 Der massgebliche Prüfungsraster für den vorliegenden Fall..... 207
12.2 Die Parteistandpunkte zur angeblichen "Erzwingung"..... 209
12.3 Erzwingung (eines unangemessenen Terminierungspreises) innerhalb des fernmelderechtlich regulierten Rahmens?..... 211
12.4 Ist eine allfällige Lückenfüllung angezeigt bzw. zulässig?..... 218
12.5 Zwischenergebnis..... 221
12.6 Zur Frage der Angemessenheit des Terminierungspreises..... 223
13. Zusammenfassung..... 223
14. Kosten und Entschädigung..... 224

Dispositiv..... 226

Sachverhalt:

A. Grundlagen der Terminierung

A.a Am 1. Januar 1998 trat das revidierte Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 in Kraft (FMG, SR 784.10; Bundesratsbeschluss vom 6. Oktober 1997, AS 1997 2187 2205). Der Gesetzgeber vollzog mit dieser Revision den Schritt zu einer umfassenden Marktöffnung im Fernmeldebereich. Die Revision hob das staatliche Monopol der Telecom PTT bzw. PTT-Betriebe im Bereich der Telekommunikationsnetze und der Sprachübertragung auf, nachdem einzelne Teilmärkte im Fernmeldebereich (Endgeräte und Mehrwertdienste wie z.B. digitale Datenübertragung) bereits im Jahr 1992 mit der Inkraftsetzung des Fernmeldegesetzes vom 21. Juni 1991 geöffnet worden waren. Damit wurde die Basis für den Wettbewerb bei den Mobilfunknetzen in der Schweiz geschaffen (vgl. Botschaft des Bundesrates zum revidierten Fernmeldegesetz vom 10. Juni 1996 [BBl 1996 III 1405 ff., nachfolgend: Botschaft FMG 1996]).

Bis zur Inkraftsetzung des revidierten Fernmeldegesetzes war die damalige Telecom PTT aufgrund des staatlichen Monopols die einzige Mobilfunkanbieterin (nachfolgend auch: MFA) in der Schweiz. Bereits 1978 hatte sie mit "Natel A" das erste Mobilfunknetz der Schweiz in Betrieb genommen. Im März 1993 erfolgte der kommerzielle Start des digitalen und zellular aufgebauten "Natel D"-Netzes im Mobilfunk-Standard GSM (Gobal System for Mobile Communications; vgl. Bundesamt für Kommunikation [BAKOM], Faktenblatt GSM vom 1. November 2005, online unter: *www.bakom.admin.ch* > Themen > Technologie > Telekommunikation > GSM; vgl. zur Entwicklung des Mobilfunks auch online unter: *www.forummobil.ch* > Anwender > Mobiles Leben, sowie unter *www.swisscom.ch* > über Swisscom > Porträt > Geschichte). Mit der Marktöffnung im Jahr 1998 übernahm die Swisscom Mobile AG den Bereich der Mobilnetzkommunikation von der Telecom PTT).

Die Marktöffnung führte im April 1998 zur Konzessionierung von zwei weiteren Mobilfunkanbieterinnen in der Schweiz, welche je zügig ein neues Mobilfunknetz aufbauten: Als zweite Mobilfunkanbieterin konnte Ende 1998 die Diax AG (später TDC Switzerland AG, seit 4. Oktober 2007 Sunrise Communications AG, nachfolgend: Sunrise) den kommerziellen Netzbetrieb aufnehmen. Seit Mitte 1999 betreibt die Orange Communications SA (nachfolgend: Orange) das dritte domi-

nierende Mobilfunknetz der Schweiz (vgl. BAKOM, Faktenblatt GSM, a.a.O., S. 3, sowie Recht und Politik des Wettbewerbs [RPW] 2000/4, S. 673 ff.; RPW 2002/1, S. 99 Rz. 11). Im Januar 2008 gingen die Aktiven und Passiven der Swisscom Mobile AG im Rahmen der Reorganisation der bisherigen Gruppengesellschaften von Swisscom infolge Fusion auf die Swisscom Fixnet AG (nun Swisscom [Schweiz] AG), in Ittigen über (vgl. Handelsregisteramt des Kantons Bern, Tagebuch Nr. 27 vom 3. Januar 2008).

A.b In Voraussicht zusätzlicher Markteintritte sah der Gesetzgeber im revidierten Fernmeldegesetz Massnahmen vor, um die Verbindung zwischen den entstehenden verschiedenen Telekommunikationsnetzen sicherzustellen. Namentlich galt es zu gewährleisten, dass alle Anwender, d.h. die Kunden einer Anbieterin und andere Letztverbraucher, über die Netze und Dienste sämtlicher Anbieterinnen miteinander kommunizieren können.

Als entsprechendes Steuerungselement wurde die sog. Interkonnektionspflicht eingeführt. Dabei geht es darum, dass marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten und alle Anbieterinnen von Grundversorgungsdiensten ihre Infrastrukturen, v.a. Netze, gegenüber anderen Anbieterinnen auf der Basis einer transparenten und kostenorientierten Preisgestaltung in nichtdiskriminierender Weise öffnen müssen (aArt. 11 Abs. 1 und 2 FMG [damals geltende Fassung, AS 1997 2189], vgl. zum anwendbaren Recht E. 3.2; in der heute geltenden Fassung findet sich die entsprechende Regelung in Art. 11 Abs. 1 Bst. d FMG betreffend *marktbeherrschende* Anbieterinnen und betreffend Anbieterinnen von Diensten der *Grundversorgung* in Art. 21a Abs. 1 FMG [Interoperabilität] und Art. 32 der Verordnung vom 9. März 2007 über Fernmeldedienste [FDV, SR 784.101.1, AS 2007 945]).

Die Interkonnektion ist Voraussetzung dafür, dass alle Teilnehmer am Fernmeldeverkehr untereinander kommunizieren und überhaupt neue Anbieterinnen auftreten können. Marktneulinge sind in der Regel darauf angewiesen, ihre Dienste ganz oder teilweise unter Inanspruchnahme der Übermittlungsdienste bisheriger Betreiber anbieten zu können (vgl. Botschaft FMG 1996, a.a.O., S. 1418, 1425, 1427; ROLF H. WEBER, Der Übergang zur neuen Telekommunikationsordnung, S. 17, in: Publikationen aus dem Zentrum für Informations- und Kommunika-

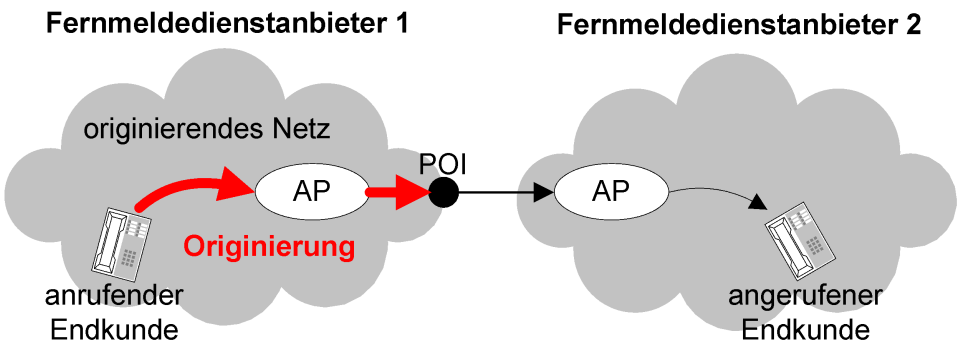
tionsrecht der Universität Zürich [ZIK], Neues Fernmelderecht, Erste Orientierung, Zürich 1998).

A.c In technischer Hinsicht können die Netze der Anbieterinnen von Fernmeldediensten (nachfolgend auch: Fernmeldedienstanbieterinnen oder FDA) über sog. "Points of Interconnection" (POI) und "Access Points" (AP) miteinander kommunizieren (vgl. BAKOM, Interconnection, Reference models and definitions, September 1998, act. 61a Beilage 1 des vorinstanzlichen Verfahrens [nachfolgend: "Vorinstanz act." für Verweise auf die vorinstanzlichen Akten] sowie online unter: *www.bakom.admin.ch* > Themen > Telekommunikation > Netzzugang > Arbeitsgruppen Technik > F3 Definitionen der für Interkonnektionsdienste des Basisangebots verwendeten Begriffe).

Ruft ein Teilnehmer eines Telekommunikationsnetzes einen Gesprächspartner in einem anderen Netz an, wird das abgehende Gespräch zunächst innerhalb des Netzes der betreffenden Fernmeldedienstanbieterin vom Endgerät des Anrufenden über einen "Access Point" an einen "Point of Interconnection" geleitet.

Diese erste Phase eines netzübergreifenden Telefonanrufs, welche sich somit noch innerhalb des Netzes des anrufenden Teilnehmers vollzieht, wird als *Originierung* bezeichnet. Beim Netz des Anrufenden handelt es sich um das *originierende Netz.* Bildlich lässt sich die Originierung wie folgt veranschaulichen (vgl. BAKOM, Interconnection, Reference models and definitions, a.a.O.):

Abb. 1: Originierung

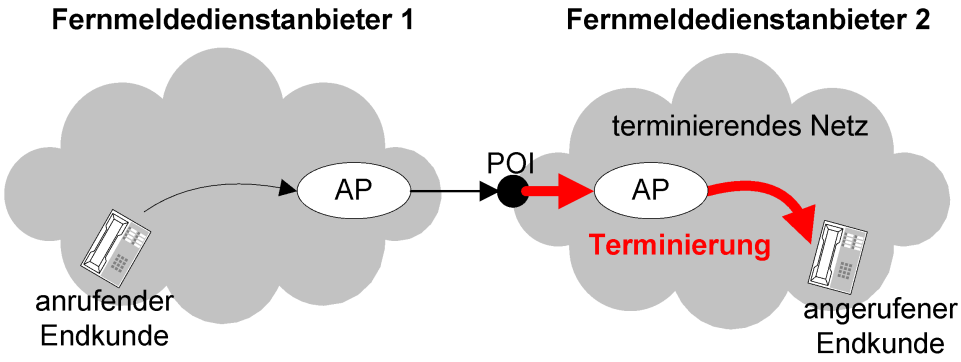


Beim "Point of Interconnection" ist der Telefonanruf des Anrufenden an einem physischen Punkt angelangt, wo das System der eigenen Anbieterin mit dem System der anderen Anbieterin verbunden ist, um Anrufe vom einen System an das andere weiterzuleiten. Für diese Weiterleitung bedarf es der Mitwirkung des Netzes des angerufenen Partners. Dieses realisiert das Gespräch auf der Strecke zwischen dem "Point of Interconnection" und dem Endgerät des angerufenen Gesprächspartners.

A.d Diese Dienstleistung wird als *Terminierung* und das Netz des angerufenen Endkunden als *terminierendes Netz* bezeichnet. Wird ein Gesprächspartner unter seiner Handynummer aus dem Netz einer anderen Fernmeldedienstanbieterin angerufen, erfordert dies also die Terminierung durch das Mobilfunknetz des angerufenen Handybenutzers (vgl. JÖRN KRUSE, Regulierung der Terminierungsentgelte der deutschen Mobilfunknetze?, Wirtschaftsdienst 2003, S. 3, online unter: *www.wirtschaftsdienst.eu* > Archiv > Suche; Eidgenössiche Kommunikationskommission [nachfolgend: ComCom], Medienmitteilung vom 27. November 2001, Anhang "Was ist Mobilterminierung?", online unter: *www.news-service.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/1606.pdf;* Antworten Sunrise, Beschwerdeführerin und Orange auf Frage Nr. 2 des Fragebogens vom 29. November 2002, Vorinstanz act. 61, 122, 130).

Grafisch stellt sich der Vorgang der Terminierung wie folgt dar (vgl. BAKOM, Interconnection, Reference models and definitions, a.a.O.):

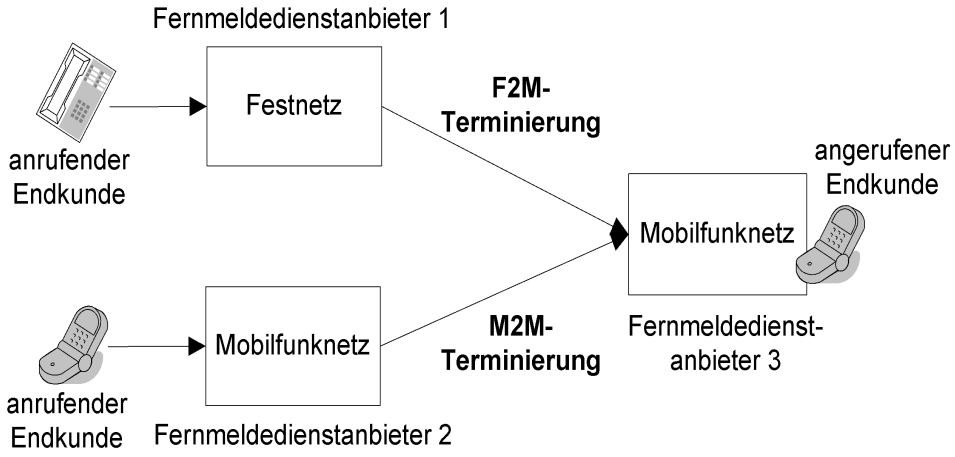
Abb. 2: Terminierung



A.e Beim originierenden Netz kann es sich sowohl um ein Festnetz als auch um ein anderes Mobilfunknetz handeln. Dasselbe gilt für das terminierende Netz, da Telefonanrufe aus einem Fest- bzw. Mobilfunknetz sowohl für einen Endkunden einer Mobilfunkanbieterin (MFA) als auch einen Endkunden einer Festnetzanbieterin (nachfolgend auch: FNA) bestimmt sein können.

Handelt es sich um die Terminierung eines Telefonanrufs von einem Fest- oder Mobilfunknetz in ein *Mobil*funknetz, wird von *Mobil-Terminierung* gesprochen. Die Mobilterminierung eines Anrufs aus einem Mobilfunknetz in ein anderes Mobilfunknetz wird in der Folge als *"mobile-to-mobile"* bzw. *"M2M"*-Terminierung bezeichnet. Die Mobilterminierung eines Anrufs aus einem Festnetz auf ein Mobilfunknetz heisst im Folgenden *"fix-to-mobile"* bzw. *"F2M"*-Terminierung:

Abb. 3: Mobilterminierung



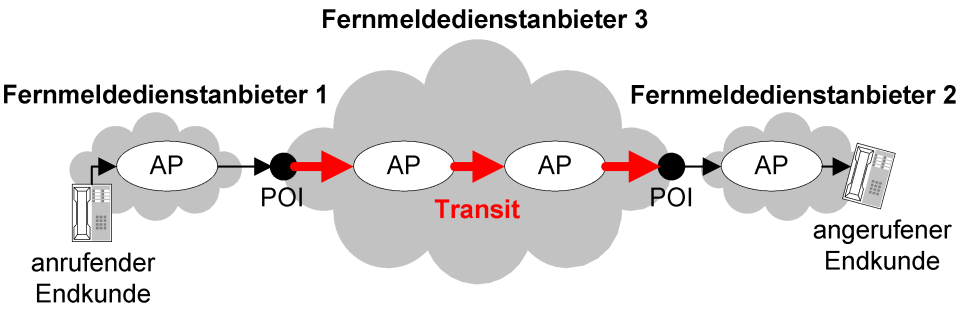
Das vorliegende Verfahren beschränkt sich grundsätzlich auf die Untersuchung der Verhältnisse im Bereich der Mobilterminierung, wobei die Mobilterminierung von *innerhalb der Schweiz* originierten Sprachanrufen in die Mobilfunknetze der Beschwerdeführerin (während des untersuchten Zeitraums noch Swisscom Mobile AG, inzwischen Swisscom [Schweiz] AG, vgl. A.a) bzw. von Sunrise und Orange im Zentrum steht.

A.f In der Realität können Anrufe unter Umständen nicht direkt vom originierenden in das terminierende Netz übermittelt werden, weil nicht jedes originierende Netz weltweit über eine vertragliche Interkonnektionsvereinbarung und direkte technische Verbindung zu jedem termi-

nierenden Netz verfügt. Ein Anruf muss in diesen Fällen vom originierenden Netz indirekt durch ein oder mehrere Drittnetze in das terminierende Netz zum gewünschten Gesprächspartner durchgeleitet werden. Diese allenfalls notwendige Durchleitung eines Anrufs durch Netze eines oder mehrerer Dritter wird als *"Transit"* bezeichnet.

Technisch liegt ein Transit vor, wenn ein Anruf von einem "Point of Interconnection" über einen oder mehrere "Access Points" an einen anderen "Point of Interconnection" weitergeleitet wird (vgl. BAKOM, Interconnection, Reference models and definitions, a.a.O.; vgl. Ziff. 11 ff. der Antwort von Orange auf den Fragebogen vom 29. November 2002, Vorinstanz act. 130).

Abb. 4: Transit



In der Schweiz sind Transitverbindungen einerseits im *internationalen* Verkehr von Bedeutung. Die Interkonnektion zwischen anderweitig nicht verbundenen Originierungs- und Terminierungsnetzen wird hier häufig über das Festnetz der Swisscom (Schweiz) AG (ehemals Swisscom Fixnet AG) abgewickelt. Dieses Netz verfügt aus historischen Gründen über ein das ganze Land überspannendes Leitungsnetz wie auch über die technischen Verbindungseinrichtungen in die Netze der Nachbarländer und die erforderlichen Interkonnektionsvereinbarungen mit ausländischen Fernmeldedienstanbieterinnen (vgl. Ziff. 11 ff. der Antwort von Orange auf den Fragebogen vom 29. November 2002, Vorinstanz act. 130; Ziff. 11 der Antwort der Beschwerdeführerin auf den Fragebogen vom 29. November 2002, Vorinstanz act. 122).

Andererseits ist die Interkonnektion auch im *innerschweizerischen* Verkehr unter Umständen nur indirekt gewährleistet. So gewährte die Beschwerdeführerin (damalige Swisscom Mobile AG) den beiden Mobilfunkanbieterinnen Sunrise und Orange bei ihrem Marktzutritt Ende

1998 bzw. Mitte 1999 nur eine indirekte Interkonnektion via Transit durch das Festnetz der damaligen Swisscom Fixnet AG. Erst aufgrund eines im Herbst 2001 zwischen der Swisscom AG und der TDC Switzerland AG geschlossenen Vergleichs war die Interkonnektion im Verhältnis der Beschwerdeführerin zu Sunrise in der Folge ohne Umweg über das Transitnetz der Swisscom Fixnet AG möglich (Vergleich Swisscom AG mit TDC Switzerland AG vom 26. Oktober 2001, vgl. Vorinstanz act. 123 Reg.-Nr. 5; Ziff. 11 und 42 der Antwort der Beschwerdeführerin auf den Fragebogen vom 29. November 2002, Vorinstanz act. 122). Im Gegensatz dazu blieben die Verhandlungen zwischen der Beschwerdeführerin und Orange betreffend den Aufbau einer direkten Interkonnektion lange erfolglos (vgl. Ziff. 42 der Antwort der Beschwerdeführerin auf den Fragebogen vom 29. November 2002, Vorinstanz act. 122). Immerhin verfügte Orange im April 2004 u.a. über direkte Interkonnektionsverträge mit der Swisscom Fixnet AG sowie dem Fest- und Mobilnetz von Sunrise, so dass die Terminierung hier seither ohne Transit möglich ist (vgl. Ziff. 14 der Antwort von Orange auf den Fragebogen vom 29. November 2002, Vorinstanz act. 130).

A.g Die Fernmeldedienstanbieterin des anrufenden Endkunden (originierendes Netz) muss die Fernmeldedienstanbieterin des angerufenen Endkunden für die Weiterleitung des Gesprächs an den gewünschten Endkunden im terminierenden Netz entschädigen. Die Entgelte, die das terminierende Netz dem originierenden Netz für diese Dienstleistung berechnet, heissen *"Terminierungsgebühren"* bzw. *Terminierungspreise*. Diese stellen die zwischen den Fernmeldedienstanbieterinnen vereinbarten und erst subsidiär durch die ComCom behördlich festgelegten Preise dar (sog. Verhandlungsprimat, vgl. E. 11.3, E.11.3.4.3 f.), zu welchen die Fernmeldedienstanbieterinnen bereit sind, ankommende Anrufe aus einem anderen Netz entgegenzunehmen und im Rahmen der Interkonnektion an einen Gesprächsempfänger des eigenen Netzes weiterzuleiten, um die entsprechenden Datenverbindungen zu erstellen (vgl. S. 7 Ziff. 6 der Antwort von Orange auf den Fragebogen vom 29. November 2002, Vorinstanz act. 130). Die Terminierungspreise sind im Verhältnis der Fernmeldedienstanbieterinnen untereinander geschuldet, d.h. die terminierende Fernmeldedienstanbieterin stellt den Terminierungspreis direkt derjenigen Netzbetreiberin in Rechnung, bei welcher der Anruf originiert wurde.

War die Weiterleitung über ein bzw. mehrere Transitnetze erforderlich, beansprucht die Anbieterin des Transitnetzes für die Benützung ihres

Netzes *zusätzlich* eine *Transitgebühr*.

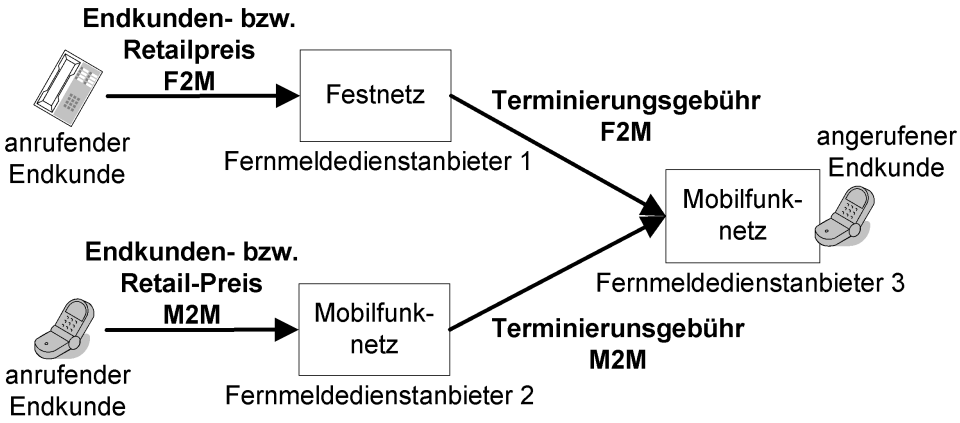
Vom Terminierungspreis zu unterscheiden ist der Betrag, welcher die originierende Fernmeldedienstanbieterin ihrem (anrufenden) Endkunden gestützt auf die mit ihm getroffene vertragliche Vereinbarung für das Gespräch in Rechnung stellt. Dieser Betrag wird im Folgenden grundsätzlich Retail- bzw. *Endkundenpreis* und das Verhältnis der Fernmeldedienstanbieterinnen zu deren Endkunden grundsätzlich *Retail-Ebene* genannt (teilweise auch: *Endkundenebene*, *Dienstleistungsebene* oder *Ebene der nachgelagerten Nachfrage der Endkunden*; Marktgegenseite sind Endkunden).

Demgegenüber wird das Verhältnis der Fernmeldedienstanbieterinnen untereinander, in welchem also namentlich die Mobilterminierungspreise anfallen, als "Wholesale"- oder *Vorleistungs*-Ebene (teilweise auch: *Infrastrukturebene*) bezeichnet (Wiederverkaufsbereich; Marktgegenseite sind andere FDA).

Da in der Schweiz grundsätzlich das sog. *"calling-party-pays"-Prinzip* (cpp) gilt, wonach der Anrufer für die gesamte Verbindung des Anrufs bezahlt, fallen für denjenigen, der angerufen wird, in der Regel keine Kosten an.

Bildlich sieht dies wie folgt aus:

Abb. 5: Mobilterminierungspreise



A.h Anrufe vom originierenden in ein *anderes* Netz werden im Folgenden als *"Off-net-Anrufe"* bezeichnet. Bei Anrufen innerhalb des eigenen Netzes einer Fernmeldedienstanbieterin handelt es sich um sog. *"On-net-Anrufe"*. Da eine Fernmeldedienstanbieterin einer anderen Fernmeldedienstanbieterin naturgemäss nur dann einen Terminierungspreis in Rechnung stellen kann, wenn sie für diese einen Telefonanruf von deren Netz in das eigene Netz zum entsprechenden Endkunden weitergeleitet hat, fallen bei "On-net-Anrufen" keine Terminierungspreise im beschriebenen Sinne, d.h. zwischen verschiedenen Fernmeldedienstanbieterinnen, an.

A.i Nach den unbestrittenen Angaben der Beschwerdeführerin sowie von Orange und Sunrise gegenüber dem Sekretariat der Wettbewerbskommission blieben die gegenseitig (M2M) wie auch vom Festnetz der Swisscom (F2M) erhobenen nationalen Mobilterminierungspreise im Zeitraum ab 1. Oktober 2002 bis 31. Mai 2005 konstant (vgl. Vorinstanz act. 61, 122, 130; Ziff. 11 der angefochtenen Verfügung vom 5. Februar 2007 [nachfolgend: "Verfügung Ziff." für Verweise auf die angefochtene Verfügung]).

Orange verlangte über diesen gesamten Zeitraum von der Beschwerdeführerin wie von Sunrise sowie vom Swisscom Festnetz je einen nationalen Mobilterminierungspreis von 36.95 Rappen pro terminierter Minute (vgl. Antworten von Orange auf Fragen Nr. 9, 28 und 37 [Vorbemerkungen] des Fragebogens vom 29. November 2002, Vorinstanz act. 130; Orange Wholesale Price List, 28. November 2002, Vorinstanz act. 131 Anhang 28.1).

Der nationale Mobilterminierungspreis von *Sunrise* gegenüber den erwähnten Fernmeldedienstanbieterinnen betrug in dieser Periode 36.85 Rappen pro Minute (vgl. Antworten von Sunrise auf Fragen Nr. 9 und 28 des Fragebogens vom 29. November 2002, Vorinstanz act. 61; Übersicht Terminierungsgebühren in Rechnung gestellt von diax/sunrise 1999-2002, Vorinstanz act. 61a Beilage 3; Invoices from Sunrise to Swisscom 2002 bzw. Invoices from Sunrise to Orange 2002, Vorinstanz act. 61a Beilagen 6 und 9; Verfügung Ziff. 8, 11; Ziff. 41, 468 der Beschwerde vom 19. März 2007 [nachfolgend: "Beschwerde Ziff." für Verweise auf die Beschwerde]).

Die *Beschwerdeführerin* schliesslich berechnete den Mobilfunkanbieterinnen Orange und Sunrise wie auch dem Swisscom-Festnetz in der genannten Zeitspanne einen Terminierungspreis von 33.5 Rappen pro

Minute (vgl. Antworten der Beschwerdeführerin auf Fragen Nr. 9 und 28 des Fragebogens vom 29. November 2002, Vorinstanz act. 122; Terminierung in das eigene Netz, Preise, Vorinstanz act. 123 Beilage 7; Rechnungsbelege Terminierung, Vorinstanz act. 123 Beilage 10; Verfügung Ziff. 8 ff.; Beschwerde Ziff. 41, 468).

Per 1. Juni 2005 senkte die Beschwerdeführerin ihren Terminierungspreis markant von 33.5 auf 20 Rappen pro Minute (vgl. Vorinstanz act. 250a Beilage 32, 374 Beilage 10 Ziff. 16 ff.; Beschwerde Ziff. 68 f., 478; Verfügung Ziff. 31, Ziff. 15 der Vernehmlassung vom 18. Juni 2007 [nachfolgend: "Vernehmlassung Ziff." für Verweise auf die Vernehmlassung]). Darauf senkte Sunrise ihren Terminierungspreis per 1. August 2005 von 36.85 Rappen auf 29.95 Rappen pro Minute (vgl. Vorinstanz act. 252, 253, 374 Beilagen 9 und 10 Ziff. 20; Beschwerde Ziff. 71; Vernehmlassung Ziff. 16). Orange behielt ihren Terminierungspreis von 36.95 Rappen pro Minute bis Ende 2005 bei, senkte ihn schliesslich aber ebenfalls, nämlich per 1. Januar 2006 auf 32.95 Rappen sowie per 1. Juli 2006 auf 29.95 Rappen pro Minute (vgl. Beschwerde Ziff. 71, Vorinstanz act. 306, 374 Beilage 10 Ziff. 20; Vernehmlassung Ziff. 16).

In einer im Januar 2007 unterzeichneten Vereinbarung einigten sich die Beschwerdeführerin sowie Sunrise, Orange und Swisscom Fixnet unter gleichzeitigem Rückzug der bei der ComCom anhängig gemachten Interkonnektionsgesuche gegenseitig auf eine schrittweise Senkung der Mobilterminierungspreise von bisher 20 Rappen auf 15 Rappen bis 2009 für die Beschwerdeführerin sowie von bisher 29.95 Rappen auf 18 Rappen bis 2009 für Orange und Sunrise (vgl. Medienmitteilung ComCom vom 22. Januar 2007, Beschwerde Beilage 8; Vorinstanz act. 374 Beilagen 10 und 11, Vorinstanz act. 375; Beschwerde Ziff. 71).

B. Ablauf der Untersuchung

B.a Am 15. Mai 2000 hatte das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eine erste Untersuchung gemäss Art. 27 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) über die Verhältnisse auf dem Mobilfunkmarkt in der Schweiz eröffnet (publiziert im Bundesblatt, BBl 2000 3004). Es bestünden Anhaltspunkte dafür, dass die drei in diesem Markt tätigen Unternehmen eine kollektiv marktbeherrschende Stellung im Mobilfunkmarkt einnehmen würden. Die Preise der drei Anbieterinnen seien zudem in Struktur und Höhe ähnlich.

Dies treffe für die Preise abgehender Verbindungen (Originierung) und für die Preise ankommender Verbindungen (Terminierung) zu. Die Untersuchung solle zeigen, ob diese Verhaltensweisen unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 und/oder Art. 7 KG darstellten.

Mit Verfügung vom 3. Dezember 2001 stellte die Wettbewerbskommission diese Untersuchung wieder ein, da im Retailmarkt weder eine kollektiv marktbeherrschende Stellung der drei Anbieterinnen noch eine marktbeherrschende Stellung der einzelnen Unternehmen festgestellt werden konnte.

Demgegenüber habe die Analyse der "Wholesale"-Märkte für in ein Mobilfunknetz eingehende Fernmeldedienste die Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung der einzelnen Mobilfunkanbieterinnen grundsätzlich bestätigt. Die Wettbewerbskommission verzichtete in diesem Bereich jedoch auf eine abschliessende Beurteilung und behielt sich die Eröffnung eines neuen Verfahrens vor (vgl. RPW 2002/1, S. 97 ff.).

B.b Im Zuge der anschliessenden Marktbeobachtung konnte das Sekretariat kaum eine Veränderung der Marktsituation und insbesondere der Terminierungspreise feststellen. Es habe beobachtet werden können, dass die "Mobilterminierungsgebühren" in der Schweiz insbesondere im Vergleich zu den Terminierungspreisen in das Festnetz und im Vergleich zu den EU-Ländern hoch seien. Überdies seien verschiedene Formen von Parallelverhalten der drei Anbieterinnen beobachtet worden, wie z.B. die Vereinheitlichung der Peak- und Off-Peak-Preise auf den gleichen Zeitpunkt hin. Auch habe es Hinweise gegeben, dass zwischen den drei Mobilfunkanbieterinnen Verhandlungen zu den "Terminierungsgebühren" stattgefunden hätten (vgl. Zwischenverfügung der Wettbewerbskommission vom 17. Februar 2003 Ziff. 25, 27 und 29, Vorinstanz act. 56).

Das Sekretariat eröffnete deshalb am 15. Oktober 2002 im Sinne des Vorbehalts der Einstellungsverfügung vom 3. Dezember 2001 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission gegen die drei Mobilfunkanbieterinnen Orange, Sunrise und die Beschwerdeführerin eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend Terminierung in das Mobilfunknetz (Ref. Nr. 32-0158). Die Einleitung der Untersuchung wurde am 5. November 2002 amtlich publiziert (Art. 28 KG; BBl 2002 6827). Es bestünden Anhaltspunkte dafür,

dass die Mobilfunkanbieterinnen der Schweiz eine marktbeherrschende Stellung auf dem "Wholesale"-Markt für in ein Mobilnetz eingehende Fernmeldedienste innehätten, und dass die Mobilfunkanbieterinnen die "Terminierungsgebühren" in der Höhe und Art untereinander absprechen würden. Die Untersuchung solle aufzeigen, ob hinsichtlich der Mobilfunk-"Terminierungsgebühren" tatsächlich Wettbewerbsabreden gemäss Art. 4 Abs. 1 KG vorliegen und ob diese nach Art. 7 KG oder Art. 5 KG unzulässig sind (vgl. Vorinstanz act. 1-4).

B.c Auf die amtliche Bekanntmachung vom 5. November 2002 (vgl. BBl 2002 6827) meldeten verschiedene Unternehmen im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG ihre Beteiligung an der Untersuchung an (vgl. Vorinstanz act. 7, 9, 10, 13, 14, 20, 21). Das Sekretariat hiess diese Gesuche am 21. Januar 2003 gegenüber allen ersuchenden Unternehmen gut (T-Systems Multilink SA, Cable & Wireless Global [Switzerland] AG, 3G Mobile AG, MCI WorldCom AG, Tele2 Telecommunication Services AG; vgl. Vorinstanz act. 43-47).

B.d Am 15. November 2002 richtete das Sekretariat ein Auskunftsbegehren mit acht Fragen an die Swisscom Fixnet AG (vgl. Vorinstanz act. 12). Darauf stellte es am 29. November 2002 auch den drei Mobilfunkanbieterinnen einen Fragebogen betreffend Terminierung im Mobilfunk mit Frist zur Beantwortung bis 10. Januar 2003 zu (vgl. Vorinstanz act. 16-18).

B.e Fünf der 43 Fragen des Fragebogens vom 29. November 2002 bezogen sich auf die Abgrenzung des Markts in sachlicher und räumlicher Hinsicht. Weitere Fragen betrafen die verlangten sowie bezahlten Terminierungspreise seit dem 1. September 1999, die Typen-Abos mit sämtlichen Retail-Preisen und Preisänderungen, die Kosten für den Aufbau des Mobilfunknetzes und Benützung desselben und die Kosten für Kundenakquisition. Schliesslich wurde auch nach der Art der verlangten Terminierungspreise, der Berechnung derselben (intern und auf dem Markt), sowie nach allfälligen mit den anderen Mobilfunkteilnehmern abgehaltenen Verhandlungen gefragt (vgl. Vorinstanz act. 16-18).

Weitere Auskunftsbegehren erfolgten an die MCI WorldCom AG (vgl. Vorinstanz act. 5) und die Smartphone SA (vgl. Vorinstanz act. 6). Zudem sandte das Sekretariat am 7. März 2003 einen Fragebogen zur

Beantwortung an die T-Systems Multilink SA (vgl. Vorinstanz act. 65, 92).

B.f Mit Eingabe vom 15. Januar 2003 reichte die Swisscom Fixnet AG innert einmalig erstreckter Frist Antworten auf die ihr am 15. November 2002 unterbreiteten Fragen zur Mobilterminierung ein (vgl. Vorinstanz act. 27, 38, 39). Das Sekretariat bezeichnete diese Antworten in einem Schreiben vom 13. Februar 2003 als unvollständig und forderte die Swisscom Fixnet AG zur Ergänzung der Antworten bis zum 24. Februar 2003 auf (vgl. Vorinstanz act. 54). Gestützt auf diese Aufforderung liess die Swisscom Fixnet AG dem Sekretariat am 24. Februar 2003 und – nach gewährter Fristerstreckung (vgl. Vorinstanz act. 62) – am 24. März 2003 eine ergänzte Version des Fragebogens inklusive diverser Beilagen zukommen (vgl. Vorinstanz act. 60, 80, 80a).

Sunrise stellte dem Sekretariat nach mehrmaligen Fristerstreckungen am 24. Februar 2003 ihre Antworten zum Fragebogen vom 15. November 2002 inklusive verschiedener Beilagen zu (vgl. Vorinstanz act. 59, 61, 61a). Auch diesbezüglich kam das Sekretariat zum Schluss, dass ein Teil der Fragen entweder nur ausweichend oder unvollständig beantwortet worden sei. Es verlangte von Sunrise deshalb am 16. April 2003 ebenfalls eine Ergänzung der Antworten (vgl. Vorinstanz act. 93). Sunrise kam dieser Aufforderung am 16. Mai 2003 durch die Einreichung zusätzlicher Erläuterungen und Dokumente nach (vgl. Vorinstanz act. 105, 105a). Am 6. Dezember 2004 liess Sunrise dem Sekretariat eine weitere Eingabe zukommen (vgl. Vorinstanz act. 172, betreffend Delta bei Mobilfunkterminierungspreisen).

Die Antworten der Smartphone SA und MCI Worldcom AG erfolgten am 13. bzw. 25. November 2002 (vgl. Vorinstanz act. 11, 15). Die T-Systems Multilink SA reichte ihre Antworten am 5. und 15. Mai 2003 ein (vgl. Vorinstanz act. 99, 104, 104a).

B.g Die Beantwortung des Fragebogens durch die Beschwerdeführerin und Orange liess länger auf sich warten.

So stellte die Beschwerdeführerin dem Sekretariat mit Schreiben vom 4. Dezember 2002 den Antrag auf Einstellung der Untersuchung in Bezug auf die Frage der marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdeführerin auf dem "Wholesale"-Markt für in ein Mobilnetz eingehende Fernmeldedienste. Bis zum Vorliegen eines diesbezüglichen rechts-

kräftigen Entscheids sei die Untersuchung zu sistieren (vgl. Vorinstanz act. 19). Mit Eingabe vom 8. Januar 2003 beantragte auch Orange die Einstellung und vorläufige Sistierung der Untersuchung. Eventualiter sei das Verfahren auf die Frage der Zuständigkeit des Sekretariats bzw. der Wettbewerbskommission und das Bestehen allfällig vorbehaltener Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG zu beschränken (vgl. Vorinstanz act. 34, 35).

Die Beschwerdeführerin begründete das Rechtsbegehren im Wesentlichen mit dem Hinweis auf ein bei der ComCom hängiges Interkonnektionsverfahren, in welchem vorfrageweise zu prüfen sei, ob die Beschwerdeführerin bezüglich der Mobilterminierung marktbeherrschend sei. Es handle sich bei dieser Frage um einen typischen Interkonnektionssachverhalt, welcher ausschliesslich durch die ComCom zu beurteilen sei (vgl. Vorinstanz act. 19). Die Frist zur Beantwortung des Fragebogens vom 29. November 2002 wurde der Beschwerdeführerin und Orange in der Folge antragsgemäss bis zum Entscheid über die aufgeworfenen Fragen abgenommen (vgl. Vorinstanz act. 48, 50).

Mit Zwischenverfügungen vom 17. Februar 2003 (vgl. Vorinstanz act. 55, 56) erklärte sich die Wettbewerbskommission bzw. ihr Sekretariat für zuständig, die Untersuchung betreffend die Terminierungspreise im Mobilfunkmarkt hinsichtlich möglicher unzulässiger Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Art. 7 KG) durchzuführen. Gleichzeitig setzte die Wettbewerbskommission der Beschwerdeführerin und Orange eine neue Frist zur Beantwortung des Fragebogens vom 29. November 2002 und entzog einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung. Die Beschwerdeführerin und Orange erhoben gegen diese Verfügung am 28. Februar 2003 bzw. 3. März 2003 Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (nachfolgend: REKO/WEF).

Nachdem diese mit Zwischenverfügung vom 7. April 2003 vorerst die Begehren von Orange und der Beschwerdeführerin um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gutgeheissen hatte (vgl. Vorinstanz act. 85, 86), teilte das Sekretariat der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 9. April 2003 mit, dass infolgedessen vorläufig keine weiteren Untersuchungshandlungen bezüglich allfälliger Verstösse gegen Art. 7 KG vorgenommen würden. Die Untersuchung werde jedoch in Bezug auf mögliche Absprachen weiter geführt. Im ursprünglichen Fragebogen vom 29. November 2002 seien alle Fragen, welche ausschliess-

lich Art. 7 KG beträfen, gestrichen worden. Die Swisscom Mobile werde ersucht, die Fragen bis zum 12. Mai 2003 zu beantworten (vgl. Vorinstanz act. 89).

Am 15. April 2003 reichte die Beschwerdeführerin auch gegen dieses Schreiben eine Beschwerde bei der REKO/WEF ein. Diese vereinigte die beiden Beschwerden der Beschwerdeführerin und bestätigte mit Entscheiden FB/2003-9 und FB/2003-10 vom 6. Februar 2004 gegenüber der Beschwerdeführerin und Orange die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörde zur Durchführung der Untersuchung betreffend die Terminierungspreise im Mobilfunkmarkt (vgl. Vorinstanz act. 117 [Beschwerdeentscheid Swisscom Mobile AG], Vorinstanz act. 118 [Beschwerdeentscheid Orange]). Das Verfahren mit Bezug auf das angefochtene Schreiben des Sekretariats vom 9. April 2003 schrieb die REKO/WEF als gegenstandslos ab. Die Entscheide vom 6. Februar 2004 sind in Rechtskraft erwachsen (vgl. FB/2003-9, FB/2003-10, FB/2003-12).

Da die am 17. Februar 2003 angesetzte neue Frist zur Beantwortung des Fragebogens vom 29. November 2002 aufgrund dieses Ausgangs der Beschwerdeverfahren wieder auflebte, reichte die Beschwerdeführerin ihre Antworten auf die Fragen inklusive diverser Beilagen schliesslich mit Eingabe vom 9. März 2004 ein (vgl. Vorinstanz act. 122, 123). Am 21. April 2004 bzw. 11. Mai 2004 folgten die entsprechenden Antworten von Orange (vgl. Vorinstanz act. 130-133). Am 20. September 2004 liess die Beschwerdeführerin dem Sekretariat eine Ergänzung ihrer Eingabe vom 9. März 2004 zukommen und reichte eine bei Plaut Economics in Auftrag gegebene Studie betreffend Wettbewerb im schweizerischen Mobilfunk ein (vgl. Vorinstanz act. 136 f.).

B.h Mit Schreiben vom 25. März 2004 orientierte das Sekretariat die Beschwerdeführerin sowie Orange und Sunrise über die am 1. April 2004 in Kraft tretende Änderung des Kartellgesetzes (gemäss Bundesgesetz vom 20. Juni 2003). Dabei wies das Sekretariat auf die Einführung von direkten Sanktionen nach Art. 49*a* KG hin sowie darauf, dass Wettbewerbsbeschränkungen während der bis 1. April 2005 dauernden Übergangsfrist aufgelöst werden können, womit eine eventuelle Belastung mit Sanktionen auch für Wettbewerbsbeschränkungen, für welche bereits ein Untersuchungsverfahren läuft, entfalle. Während derselben Frist könnten der Wettbewerbsbehörde nicht

bereits bekannte Wettbewerbsbeschränkungen gemeldet werden (vgl. Vorinstanz act. 124-126).

Am 1. April 2004 reichte die Beschwerdeführerin beim Sekretariat ein als "Meldung gemäss Übergangsbestimmung III" betiteltes Schreiben ein. Darin wurde das Sekretariat ersucht zu bestätigen, dass eine Belastung nach Art. 49*a* Abs. 1 KG für die Beschwerdeführerin aufgrund dieser Meldung in jedem Fall entfalle. Der Sachverhalt sei der Wettbewerbskommission und ihrem Sekretariat aus der laufenden (32-0158) bzw. der abgeschlossenen (32-0131) Untersuchung vollumfänglich bekannt (vgl. Vorinstanz act. 128).

In der Folge teilte das Sekretariat der Beschwerdeführerin am 5. April 2004 mit, dass die angerufene Übergangsbestimmung auf bereits bekannte Sachverhalte keine Anwendung finde (vgl. Vorinstanz act. 129). Die Beschwerdeführerin verlangte darauf von der Wettbewerbskommission den Erlass einer Feststellungsverfügung zu dieser Frage (vgl. Vorinstanz act. 134). Auf das entsprechende Gesuch vom 14. Mai 2004 trat die Wettbewerbskommission mit Verfügung vom 8. November 2004 nicht ein (vgl. Vorinstanz act. 147). Die REKO/WEF hiess die dagegen erhobene Beschwerde am 18. März 2005 teilweise gut (vgl. RPW 2005/2, S. 418 ff., Vorinstanz act. 198). Sie hob die Verfügung vom 8. November 2004 auf und stellte fest, dass das Schreiben der Beschwerdeführerin vom 1. April 2004 eine Meldung im Sinne der Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 darstelle.

Gegen den Entscheid der REKO/WEF vom 18. März 2005 erhob das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht, welches den Entscheid in Gutheissung der Beschwerde am 8. Juni 2006 im angefochtenen Umfang aufhob und zugleich feststellte, dass das Schreiben der Beschwerdeführerin vom 1. April 2004 *keine* Meldung im Sinne der Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 darstelle (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.289/2005 vom 8. Juni 2006, Vorinstanz act. 348; vgl. im Übrigen bereits das gleichgelagerte Urteil des Bundesgerichts 2A.287/2005 vom 19. August 2005, wo das Bundesgericht eine "Meldung gemäss Übergangsbestimmung" der Swisscom AG, Swisscom Solutions AG und der Swisscom Mobile AG vom 7. April 2004, die sich auf das Preissetzungsverhalten der Swisscom-Unternehmen für Telefoniedienstleistungen gegenüber Grosskunden

bezog, welches bereits Gegenstand einer zu Beginn 2004 eröffneten kartellrechtlichen Untersuchung bildete, ebenfalls abschlägig beurteilte).

B.i Im Rahmen der weiteren Abklärung des Sachverhalts richtete das Sekretariat am 12. November 2004 je ein weiteres Auskunftsbegehren an die Beschwerdeführerin sowie an Sunrise und Orange (Einkaufs- bzw. Endkundenpreise für Mobiltelefone im Jahr 2004, vgl. Vorinstanz act. 148-150). Diese reichten ihre Antworten am 26. November 2004 (Sunrise, vgl. Vorinstanz act. 165), 15. Dezember 2004 (Beschwerdeführerin, vgl. Vorinstanz act. 180) bzw. am 21. Dezember 2004 (Orange, vgl. Vorinstanz act. 185) ein.

Weiter ersuchte das Sekretariat das BAKOM am 17. November 2004 in einem Amtshilfeersuchen, sich zu verschiedenen Vorbringen der drei Mobilfunkanbieterinnen im Zusammenhang mit den Kosten für das Erstellen und Betreiben eines Mobilfunknetzes in der Schweiz im Vergleich zum europäischen Ausland zu äussern. Gleichzeitig forderte das Sekretariat das BAKOM auf, nach Möglichkeit die mutmassliche maximale Höhe der Mobilterminierungspreise in der Schweiz im Falle einer kostenorientierten Festlegung derselben durch die Regulierungsbehörde anzugeben (vgl. Vorinstanz act. 155).

Das BAKOM beantwortete das Amtshilfegesuch am 17. Dezember 2004 (vgl. Vorinstanz act. 181). Dabei wies es u.a. darauf hin, dass es für die Regulierungsbehörden nicht möglich sei abzuschätzen, wie hoch die Terminierungspreise im Bereich des Mobilfunks in der Schweiz tatsächlich zu liegen kämen, solange eine marktbeherrschende Anbieterin nicht im Rahmen eines Interkonnektionsverfahrens zur Beweisführung zugelassen worden sei. Jedenfalls seien im Vergleich zum Ausland höhere Preise nicht ausgeschlossen, solange es sich nachgewiesenermassen um kostenbasierte Preise im Sinne von aArt. 11 Abs. 1 FMG bzw. Art. 45 der Verordnung vom 31. Oktober 2001 über Fernmeldedienste (AS 2001 2759) handle (vgl. Vorinstanz act. 181, S. 7 zu Frage 2).

Im Übrigen reichten die Colt Telecom AG und die MCI WorldCom SA am 2. bzw. 7. Dezember 2004 weitere Unterlagen ein (vgl. Vorinstanz act. 171, 176).

B.j Mit Schreiben vom 22. April 2005 unterbreitete das Sekretariat den Parteien der Untersuchung seinen Antrag vom 22. April 2005 an

die Wettbewerbskommisson für eine Verfügung. Gleichzeitig bediente es die Parteien mit einem aktuellen Aktenverzeichnis, machte diese auf ihr Akteneinsichtsrecht aufmerksam und gab ihnen im Sinne von Art. 30 Abs. 2 KG Gelegenheit, schriftlich zum Antrag Stellung zu nehmen (vgl. Vorinstanz act. 207-209).

Das Sekretariat schlug der Wettbewerbskommission im Antrag vom 22. April 2005 u.a. vor festzustellen, dass die Beschwerdeführerin im "Wholesale"-Markt für die in ihr Mobilfunknetz eingehenden Fernmeldedienste über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfüge (vgl. Dispositiv-Ziff. 1). Weiter stellte der Verfügungsentwurf fest, dass die Beschwerdeführerin ihre marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 7 KG missbrauche, indem sie nach Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG unangemessene "Terminierungsgebühren" von anderen Fernmeldedienstanbieterinnen verlange (vgl. Dispositiv-Ziff. 2). Für dieses Verhalten solle die Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 49*a* Abs. 1 KG mit einer – betragsmässig noch nicht festgelegten – Sanktion belastet werden (vgl. Dispositiv-Ziff. 7). Mit Bezug auf Orange und Sunrise schlug der Verfügungsentwurf der Wettbewerbskommission die Einstellung der Untersuchung vor (vgl. Dispositiv-Ziff. 8).

Nach Gewährung der Einsicht in die Verfahrensakten im beantragten Umfang (vgl. Vorinstanz act. 211, 224, 225, 228, 244, 247, 248) und wiederholten Fristerstreckungen (vgl. Vorinstanz act. 215, 216, 219, 236, 237, 240) reichten Orange, die Beschwerdeführerin und Sunrise am 25. Juli 2005 je eine Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats vom 22. April 2005 ein (vgl. Vorinstanz act. 249, 250, 250a, 251; vgl. auch das Schreiben der Beschwerdeführerin vom 20. September 2005, mit welchem sie auf Wunsch des Sekretariats weitere Unterlagen nachreichte [vgl. Vorinstanz act. 282, 289, 291]).

Am 30. Mai 2005 hatte das Sekretariat den Verfügungsentwurf auch dem BAKOM und der ComCom unterbreitet (Art. 41 KG, vgl. Vorinstanz act. 222 f.). Diese nahmen am 1. Juli 2005 (BAKOM) und am 7. Juli 2005 (ComCom) aufforderungsgemäss ebenfalls Stellung zum Antrag vom 22. April 2005 (vgl. Vorinstanz act. 245, 246, 341 Beilagen 19 und 20).

Mit Schreiben vom 11. August 2005 liess das Sekretariat Orange, Sunrise und der Beschwerdeführerin ein aktuelles Aktenverzeichnis sowie die erwähnten Stellungnahmen je gegenseitig zukommen

(vgl. Vorinstanz act. 260-262). Darauf kam das Sekretariat einem weiteren Akteneinsichtsersuchen von Orange und der Beschwerdeführerin durch die Zustellung entsprechender geschäftsbereinigter Aktenkopien am 18. bzw. 31. August 2005 nach (vgl. Vorinstanz act. 266, 270).

B.k In der Folge fand am 5. September 2005 eine Anhörung der Beschwerdeführerin sowie von Sunrise und Orange vor der Wettbewerbskommission statt (Art. 30 Abs. 2 KG). Mit Schreiben vom 11. Oktober 2005 wurden die – zwischenzeitlich korrigierten und von allen unterzeichneten – Anhörungsprotokolle den drei Mobilfunkanbieterinnen zugesandt (vgl. Vorinstanz act. 300; Sunrise sandte dem Sekretariat am 14. Oktober 2005 ein E-Mail mit einigen zusätzlichen Erläuterungen, vgl. Vorinstanz act. 301).

B.l Mit Schreiben vom 25. Oktober 2005 forderte das Sekretariat die Beschwerdeführerin auf, ihre bisherigen Angaben zu Frage 9 des Fragebogens vom 29. November 2002 auf den neusten Stand zu bringen und namentlich anzugeben, wie viele (Sprach-)Minuten auf dem Netz der Beschwerdeführerin im Jahr 2004 und 2005 bis 31. Mai 2005 von fremden Netzen terminiert worden sind (vgl. Vorinstanz act. 303). Die Beschwerdeführerin kam dieser Aufforderung am 2. November 2005 nach (vgl. Vorinstanz act. 305). Dabei aktualisierte sie neben der Tabelle mit Angaben zu Frage 9 (eingehende Anrufe: Terminierung in das eigene Netz) von sich aus die Informationen zu Frage 10, indem sie zusätzlich eine nachgeführte Tabelle betreffend der vom Netz der Beschwerdeführerin ausgehenden Anrufe einreichte (ausgehende Anrufe: Terminierung in fremde Netze, vgl. Vorinstanz act. 305).

B.m Am 30. Januar 2006 liess Sunrise dem Sekretariat eine von David Rogerson im Jahr 2004 für die Firma OVUM (*www.ovumkc.com*) verfasste Studie "Mobile Termination Rates" zukommen (vgl. Vorinstanz act. 309a, 310). Zu einem früheren Zeitpunkt (am 7. September 2005) hatte Orange ebenfalls eine Studie von OVUM eingereicht (vgl. Studie vom 5. August 2005 "A benchmark of mobile call termination rates in EU-15 countries and Switzerland. Normalised MTR comparisons between incumbent and 1800 MHz operator", vgl. Vorinstanz act. 281).

B.n In der Folge machte die Wettbewerbskommission Orange, Sunrise und die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 7. April 2006 darauf aufmerksam, "dass die Wettbewerbskommission sich im Rahmen

einer ersten (Teil-)Verfügung nur zu Sachverhalten betreffend die Terminierung in Mobilfunknetze äussern wird, welche sich bis am 31. Mai 2005 zugetragen haben" (vgl. Vorinstanz act. 312-314). Gleichzeitig liess die Wettbewerbskommission der Beschwerdeführerin als Beilage 1 den Antrag des Sekretariats zur Sanktionsbemessung inklusive dem angepassten Antrag für ein Verfügungsdispositiv zustellen (vgl. Vorinstanz act. 314 Beilage 1).

Nachdem das Sekretariat in seinem Antrag an die Wettbewerbskommission vom 22. April 2005 wie erwähnt noch auf die Nennung eines Sanktionsbetrags verzichtet hatte, schlug es im Antrag zur Sanktionsbemessung vom 7. April 2006 nun vor, die Beschwerdeführerin für den Zeitraum vom 1. April 2004 bis 31. Mai 2005 mit einem Betrag von Fr. 488'936'331.– zuzüglich Zins zu sanktionieren (vgl. Dispositiv-Ziff. 3, Vorinstanz act. 314 Beilage 1 S. 10). Zumindest bis am 31. Mai 2005 habe die Beschwerdeführerin ihre marktbeherrschende Stellung im "Wholesale"-Markt für die in ihr Mobilfunknetz eingehenden Fernmeldedienste im Sinne von Art. 7 KG missbraucht, indem sie nach Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG unangemessene "Terminierungsgebühren" von anderen Fernmeldedienstanbieterinnen verlangt habe (vgl. Dispositiv-Ziff. 1 und 2, Vorinstanz act. 314 Beilage 1 S. 9 f.). Mit Bezug auf Orange und Sunrise sah das Dispositiv des Antrags des Sekretariats zur Sanktionsbemessung wiederum die Einstellung der Untersuchung vor, allerdings nur für Sachverhalte bis zum 31. Mai 2005 (vgl. Dispositiv-Ziff. 5, Vorinstanz act. 314 Beilage 1 S. 10). Für Sachverhalte nach dem 31. Mai 2005 sollte die Untersuchung gemäss dem erwähnten Antrag gegen alle drei Mobilfunkanbieterinnen fortgesetzt werden (vgl. Dispositiv-Ziff. 6, Vorinstanz act. 314 Beilage 1 S. 10).

Zusammen mit dem Schreiben vom 7. April 2006 sandte die Wettbewerbskommission der Beschwerdeführerin überdies ein aktualisiertes Aktenverzeichnis zu sowie eine mit "Noven" betitelte Beilage 2. Diese beschränkte sich auf eine zusammenfassende Umschreibung der Änderungen und Neuerungen gegenüber dem Antrag des Sekretariats vom 22. April 2005 an die Wettbewerbskommission, ohne den vorgesehenen Verfügungstext vollständig wiederzugeben (vgl. Vorinstanz act. 314 Beilage 2).

Im Übrigen kündete die Wettbewerbskommission Orange und Sunrise im Schreiben vom 7. April 2006 an, dass neu davon ausgegangen werde, dass sich die Anhaltspunkte für ein missbräuchliches Verhalten

im Sinne von Art. 7 KG ihnen gegenüber bis zum 31. Mai 2005 nicht erhärtet hätten. Jedoch solle die Frage der Marktbeherrschung Orange und Sunrise betreffend offen gelassen werden (vgl. Vorinstanz act. 312 f.).

Schliesslich gab die Wettbewerbskommission den drei Mobilfunkanbieterinnen im Schreiben vom 7. April 2006 – und nach entsprechender Orientierung auch der ComCom und dem BAKOM (vgl. Vorinstanz act. 316 f.) – Gelegenheit zur Einreichung einer Stellungnahme zu den angekündigten Neuerungen und Änderungen (vgl. Vorinstanz act. 312 - 314).

B.o Die Beschwerdeführerin teilte dem Sekretariat darauf mit Eingabe vom 11. April 2006 die Erwartung mit, dass ihr in den nächsten Tagen der vollständige abgeänderte Verfügungsentwurf zugestellt werde. Aufgrund der beiden am 7. April 2006 zugestellten Beilagen sei ihr der Inhalt des zweiten, abgeänderten Verfügungsentwurfs bzw. Antrags des Sekretariats an die Wettbewerbskommission nicht bekannt (vgl. Vorinstanz act. 315).

Das folgende Antwortschreiben vom 18. April 2006 verweigerte der Beschwerdeführerin die Zustellung des Verfügungsentwurfs als Ganzes (vgl. Vorinstanz act. 318). Die Beschwerdeführerin habe den Antrag des Sekretariats an die Wettbewerbskommission zur Sanktionsbemessung vollumfänglich erhalten. Bei den als Beilage 2 zum Schreiben vom 7. April 2006 zugestellten Unterlagen handle es sich nicht um den Antrag des Sekretariats im Sinne von Art. 30 Abs. 2 KG. Dieser sei der Beschwerdeführerin am 22. April 2005 integral zur Stellungnahme zugestellt worden. Der Beschwerdeführerin seien deshalb im Rahmen der Wahrung des rechtlichen Gehörs als Beilage 2 des Schreibens vom 7. April 2006 zusätzliche rechtliche und tatsächliche Vorhaltungen bezüglich des Antrags des Sekretariats vom 22. April 2005 (u.a. Verweise auf neuere Entscheide oder Studien) sowie ein aktualisiertes Aktenverzeichnis zugestellt worden, nicht jedoch die Entscheidbegründung im Entwurf als solche (vgl. Vorinstanz act. 318). Die Beschwerdeführerin beharrte am 28. April 2006 erfolglos auf der Zustellung des vollständigen abgeänderten Antrags (Art. 30 Abs. 2 KG, vgl. Vorinstanz act. 324-326).

Am 18. April 2006 hatte auch Orange das Gesuch gestellt, ihr Einsicht "in den geänderten Antrag für eine Teilverfügung" zu gewähren (vgl. Vorinstanz act. 319, 321). Auch dieses wies die Wettbewerbskom-

mission in der Folge ab, mit der Begründung, dass es sich bei den im fraglichen Schreiben erwähnten Änderungen hinsichtlich Orange nicht um einen überarbeiteten Antrag, sondern um eine durch die Wettbewerbskommission vorgesehene abweichende rechtliche Würdigung handle. Zum Antrag des Sekretariats vom 22. April 2005 habe Orange bereits mit Eingabe vom 25. Juli 2005 im Sinne von Art. 30 Abs. 2 KG Stellung genommen (vgl. Vorinstanz act. 322).

B.p Unabhängig davon nutzten die drei Mobilfunkanbieterinnen die im Schreiben vom 7. April 2006 gegebene Möglichkeit zur Einreichung einer Stellungnahme zu den angekündigten Anpassungen schliesslich am 11. (Sunrise, vgl Vorinstanz act. 337), 19. (Orange, vgl. Vorinstanz act. 340) und 22. Mai 2006 (Beschwerdeführerin, vgl. Vorinstanz act. 341). Die Beschwerdeführerin beantragte im Hauptstandpunkt die Einstellung der Untersuchung ohne Folgen für sie. Eventualiter sei auf eine Teilverfügung zu verzichten, die Untersuchung abzuschliessen und das Untersuchungsergebnis der Beschwerdeführerin erneut zur Stellungnahme vorzulegen. Subeventualiter sei auf die Ausfällung einer Sanktion zu verzichten (vgl. Vorinstanz act. 341 S. 2). Als Beilage zu ihrer 128-seitigen Stellungnahme reichte die Beschwerdeführerin u.a. ein Gutachten von Prof. Dr. phil. Carl Christian von Weizsäcker ein (vgl. Vorinstanz act. 341 Beilage 1). Die ComCom und das BAKOM sahen von einer Stellungnahme ab (vgl. Vorinstanz act. 338 f.).

B.q Auf Wunsch der Beschwerdeführerin (vgl. Vorinstanz act. 320, 332, 334, 347, 353, 355) liess ihr das Sekretariat am 28. April 2006 (vgl. Vorinstanz act. 323), 30. Mai 2006 (vgl. Vorinstanz act. 346) und 3. Oktober 2006 (vgl. Vorinstanz act. 357) geschäftsbereinigte Kopien diverser unter Berufung auf das Akteneinsichtsrecht angeforderter Akten zukommen (aktuelles Aktenverzeichnis sowie Vorinstanz act. 173, 191, 271, 277, Beilagen zu 277, 281, 301, 306, 310, 312-352).

Nicht zugestellt wurde der Beschwerdeführerin vom Sekretariat die Beilage zum vorinstanzlichen Aktorum Nr. 173 (vgl. Vorinstanz act. 104a), da diese aufgrund der darin enthaltenen Rechnungen seiner Ansicht nach vollumfänglich als Geschäftsgeheimnis anzusehen war (vgl. Vorinstanz act. 357).

B.r Am 29. Mai 2006 hörte die Wettbewerbskommission die Beschwerdeführerin ein zweites Mal gemäss Art. 30 Abs. 2 KG an

(vgl. das am 23. Juni 2006 unterschriebene Protokoll, Vorinstanz act. 351 f.).

B.s Darauf stellte das Sekretariat der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 8. September 2006 in Aussicht, dass ihr voraussichtlich anfangs Oktober in der Woche 41 im Auftrag des Präsidenten der Wettbewerbskommission zur Wahrung des rechtlichen Gehörs der überarbeitete Entwurf für eine Verfügung zugestellt werde (vgl. Vorinstanz act. 354). Die Beschwerdeführerin werde dann eine Frist von zwei Wochen erhalten, um zu jenen Punkten Stellung zu nehmen, bei welchen dies noch nicht in den bisherigen Stellungnahmen bereits geschehen sei. Die Frist könne bei ausserordentlichen Umständen einmalig um maximal sieben Tage verlängert werden. Die Beschwerdeführerin werde ersucht, diese Frist bei ihrer Arbeitsplanung zu berücksichtigen (vgl. Vorinstanz act. 354).

Mit Schreiben vom 11. Oktober 2006 stellte die Wettbewerbskommission der Beschwerdeführerin wie angekündigt einen überarbeiteten "Entwurf für eine Teilverfügung (Version vom 11. Oktober 2006)" zu (vgl. Vorinstanz act. 358). Der Ankündigung entsprach auch die der Beschwerdeführerin eingeräumte Frist zur Stellungnahme, welche im Falle ausserordentlicher Umstände einmalig um maximal sieben Tage erstreckt werden könne (vgl. Vorinstanz act. 358).

Das Dispositiv des Entwurfs vom 11. Oktober 2006 sah wiederum die Einstellung der Untersuchung betreffend Orange und Sunrise für Sachverhalte bis zum 31. Mai 2005 und die Fortsetzung der Untersuchung für Sachverhalte nach diesem Datum vor (vgl. Dispositiv-Ziff. 4 und 5, Vorinstanz act. 358 S. 103 f.). Weiter sah das Dispositiv des Entwurfs vom 11. Oktober 2006 vor festzustellen, (1.) dass die Beschwerdeführerin im "Wholesale"-Markt für die in ihr Mobilfunknetz eingehenden Fernmeldedienste im Bereich der Sprachtelefonie zumindest bis am 31. Mai 2005 über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügt, und dass (2.) die Beschwerdeführerin diese marktbeherrschende Stellung zumindest bis 31. Mai 2005 im Sinne von Art. 7 KG missbraucht habe, indem sie nach Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG unangemessene "Terminierungsgebühren" von anderen Fernmeldedienstanbieterinnen verlangt habe (vgl. Dispositiv-Ziff. 1 und 2, Vorinstanz act. 358 S. 103). Wie in den beiden Anträgen vom 22. April 2005 und 7. April 2006 sollte die Beschwerdeführerin für das ihr zur Last gelegte Verhalten mit einer Sanktion belastet werden.

Hinsichtlich der Sanktionsbemessung wies die Wettbewerbskommission darauf hin, dass es sich bei dem im Dispositiv vorgeschlagenen Betrag von Fr. 488'936'331.– weiterhin um einen Antrag des Sekretariats handle (vgl. Vorinstanz act. 358 S. 2 und 103).

B.t In der Folge stellte die Beschwerdeführerin zwei Gesuche um Fristerstreckung zur Einreichung einer Stellungnahme zum überarbeiteten Verfügungsentwurf vom 11. Oktober 2006 (vgl. Vorinstanz act. 361, 367). Während die Wettbewerbskommission eine erste Fristerstreckung noch teilweise gewährte (vgl. Vorinstanz act. 362), wies sie das zweite Fristerstreckungsgesuch unter Ansetzung einer Nachfrist (Notfrist) bis 7. Dezember 2006 ab (vgl. Vorinstanz act. 368).

Die Beschwerdeführerin erhob am 6. bzw. 29. November 2006 gegen beide Zwischenverfügungen Beschwerde bei der REKO/WEF (vgl. Vorinstanz act. 363, 369). Diese hiess die erste Beschwerde mit Entscheid FB/2006-8 vom 9. November 2006 (veröffentlicht in: RPW 2006/4, S. 722 ff.) unter Gewährung einer Fristerstreckung bis 26. November 2006 gut (vgl. Vorinstanz act. 366) und setzte der Beschwerdeführerin in Abweisung der zweiten Beschwerde mit Entscheid FB/2006-9 vom 4. Dezember 2006 (veröffentlicht in: RPW 2006/4, S. 725 ff.) eine unverlängerbare Nachfrist (Notfrist) zur Einreichung einer Stellungnahme bis 15. Dezember 2006 (vgl. Vorinstanz act. 372).

Darauf reichte die Beschwerdeführerin am 15. Dezember 2006 eine 74-seitige Stellungnahme zum Verfügungsentwurf vom 11. Oktober 2006 ein (vgl. Vorinstanz act. 374). Die Rechtsbegehren blieben im Vergleich zur Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 22. Mai 2006 unverändert. Bei einer der mitgesandten Beilagen handelte es sich um einen am 2. November 2006 erstellten Kommentar von Prof. Dr. phil. Carl Christian von Weizsäcker zum Verfügungsentwurf vom 11. Oktober 2006 (vgl. Vorinstanz act. 374 Beilage 8).

Mit separatem Schreiben vom 15. Dezember 2006 liess die Beschwerdeführerin allen Mitgliedern der Wettbewerbskommission zudem eine auf fünf Seiten verkürzte Stellungnahme zukommen (vgl. Vorinstanz act. 373).

C. Zusammenfassung der angefochtenen Verfügung

Am 5. Februar 2007 erliess die Wettbewerbskommission in der Untersuchung gegen Orange, Sunrise und die Beschwerdeführerin die angefochtene Verfügung (veröffentlicht in: RPW 2007/2, S. 241 ff.).

C.a Deren Dispositiv lautet wie folgt:

"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. 49*a* 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. [Eröffnung]

8. [Rechtsmittelbelehrung]"

C.b Zur Begründung führte die Wettbewerbskommission zunächst aus, es seien drei sachlich relevante Märkte abzugrenzen, nämlich je ein "Wholesale"-Markt für in die Mobilfunknetze von Orange, Sunrise und der Beschwerdeführerin eingehende Fernmeldedienste bzw. für die Terminierung von Anrufen im Bereich der Sprachtelefonie in die Mobilfunknetze von Orange, Sunrise und der Beschwerdeführerin (vgl. Verfügung Ziff. 135).

U.a. weil die Terminierung nicht direkt von den Endkunden, sondern ausschliesslich von den anderen Anbieterinnen von Fernmeldediensten nachgefragt werde, sei der "Wholesale"-Markt vom Retail-Markt abzugrenzen (vgl. Verfügung Ziff. 108). Somit würden die Fernmeldedienstanbieterinnen die bei der Marktabgrenzung zu berücksichtigende Marktgegenseite darstellen (vgl. Verfügung Ziff. 107 f.). Für die Terminierung in das Netz einer bestimmten Mobilfunkanbieterin gebe es aus der Sicht der Marktgegenseite keine Substitutionsmöglichkeiten. Zum einen *müsse* eine Fernmeldedienstanbieterin für ihre Kunden die Verbindung in die Mobilfunknetze von Sunrise, Orange und der Beschwerdeführerin sicherstellen, d.h. sie müsse die Terminierung in die entsprechenden Mobilfunknetze einkaufen. Zum anderen könne die Terminierung nur von Sunrise, Orange und der Beschwerdeführerin selbst erstellt werden (vgl. Verfügung Ziff. 71 f., 110, 135).

Ein weiter gefasster, sachlich relevanter Markt sei ausgeschlossen. Weder stelle der Transfer von Daten (wie E-Mails, SMS, MMS, Fax) ein geeignetes Substitut zum Telefonieren – d.h. zur Sprachkommunikation in Echtzeit über eine Distanz – dar (vgl. Verfügung Ziff. 81), noch könne das Telefonieren mittels Mobiltelefon durch das Telefonieren über das Festnetz substituiert werden (vgl. Verfügung Ziff. 87-96). Auch aus einem Mobilfunknetz *aus*gehende Fernmeldedienste könnten nicht in den relevanten Markt einbezogen werden, seien eingehende und ausgehende Mobilfunkdienstleistungen doch von der Art, Technik und von den Preisen her verschieden, und würden auch heute noch getrennt nachgefragt (vgl. Verfügung Ziff. 104, 109). Den räumlich relevanten Markt begrenzte die Wettbewerbskommission auf das Gebiet der ganzen Schweiz (vgl. Verfügung Ziff. 136-139).

C.c Die Beschwerdeführerin sei im "Wholesale"-Markt für die in ihr Mobilfunknetz eingehenden Fernmeldedienste im Bereich der Sprachtelefonie bis am 31. Mai 2005 als marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren. In den sachlich und räumlich abgegrenzten Märkten bestehe weder ein aktueller noch ein potenzieller Wettbewerb, welcher eine disziplinierende Wirkung auf das Verhalten der Mobilfunkanbieterinnen habe ausüben können (vgl. Verfügung Ziff. 143, 147). Zudem zeige auch die Analyse des nachgelagerten Markts und insbesondere die starke Position der Beschwerdeführerin im Retail-Markt, dass es im Zeitraum bis 31. Mai 2005 keine disziplinierenden Kräfte auf das Verhalten der Be-

schwerdeführerin im "Wholesale"-Markt gegeben habe (vgl. Verfügung Ziff. 172).

Dagegen hätten sich in der Untersuchung die anfänglich ausgemachten Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung von Orange und Sunrise für den Zeitraum bis zum 31. Mai 2005 nicht erhärtet. Es sei vielmehr davon auszugehen, dass Orange und Sunrise bis zum 31. Mai 2005 nicht marktbeherrschend gewesen seien. Dies aufgrund ihrer schwachen Positionen auf den Retail-Märkten und des Vorhandenseins sog. preisinduzierter Netzwerkeffekte sowie aufgrund der starken Position der Beschwerdeführerin und der Swisscom Fixnet AG als Hauptnachfrager von Terminierungsleistungen. Im Unterschied zur Beschwerdeführerin hätten Sunrise und Orange ihre "Terminierungsgebühren" in ihren jeweiligen "Wholesale"-Märkten für eingehende Fernmeldedienste in der Zeit bis zum 31. Mai 2005 nicht unabhängig festlegen können, sondern sich an das von der Beschwerdeführerin gesetzte Preisniveau anpassen müssen. Für die Sachverhalte nach dem 31. Mai 2005 behielt sich die Wettbewerbskommission die Überprüfung der Marktstellung von Orange und Sunrise im weiteren Verlauf der (gemäss Dispositiv-Ziff. 5 weitergeführten) Untersuchung vor (vgl. Verfügung Ziff. 194 f.).

C.d Ausgehend davon sei zum einen zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin "im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG unangemessen hohe Preise für die Terminierung in ihr Mobilfunknetz verlangte und somit die Endkunden der anderen Fernmeldedienstanbieter ausbeutete, welche die Terminierungsgebühr auf ihre Endkunden überwälzten (sog. Ausbeutungsmissbrauch, Kap. B.4.2.1)" (vgl. Verfügung Ziff. 197). Zum anderen sei zu beurteilen, ob die Beschwerdeführerin "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)" (vgl. Verfügung Ziff. 197).

Die Untersuchung habe im Ergebnis keine überwiegenden Hinweise für eine Behinderung von Orange und Sunrise durch die Beschwerdeführerin im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG ergeben (vgl. Verfügung Ziff. 370).

Hingegen hätten die verschiedenen durchgeführten Vergleiche gezeigt, dass die "Terminierungsgebühren" der Beschwerdeführerin bis zum 31. Mai 2005 (Senkung auf 20 Rappen pro terminierter Minute) nicht nur wesentlich über den mutmasslichen Kosten, sondern auch

erheblich über den Werten vergleichbarer "Terminierungsgebühren" im Ausland gelegen hätten. Darüber hinaus seien die eigenen Endkundenpreise der Beschwerdeführerin deutlich tiefer gewesen. Es sei deshalb davon auszugehen, dass die "Terminierungsgebühr" der Beschwerdeführerin in der Höhe von 33.5 Rappen pro Minute in keinem angemessenen Verhältnis zur wirtschaftlichen Gegenleistung gestanden habe und nicht Ausdruck von Leistungswettbewerb, sondern einer Dominanz auf dem relevanten Markt gewesen sei (vgl. Verfügung Ziff. 270). Insgesamt habe die Beschwerdeführerin unangemessene Preise für die Terminierung in ihr Mobilfunknetz verlangt und dadurch die – eine Terminierung in das Mobilfunknetz der Beschwerdeführerin nachfragenden – Endkunden der Fernmeldedienstanbieterinnen mit überhöhten "Terminierungsgebühren" ausgebeutet und sich im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG unzulässig verhalten (vgl. Verfügung Ziff. 371).

Die überhöhten Preise hätten sich negativ auf die Endkunden der Marktgegenseite ausgewirkt. Die die Terminierung nachfragenden Anbieterinnen von Fernmeldediensten hätten die unangemessenen "Terminierungsgebühren" in der Regel auf ihre Endkunden abgewälzt, womit diese die primär Geschädigten seien (vgl. Verfügung Ziff. 271). Die Beschwerdeführerin habe sich somit bis zum 31. Mai 2005 durch den Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung auf dem abgegrenzten "Wholesale"-Markt unzulässig verhalten, indem sie "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" (vgl. Verfügung Ziff. 379).

Mit Bezug auf Orange und Sunrise konnte die Wettbewerbskommission bis zum 31. Mai 2005 keine genügenden Anhaltspunkte für unzulässige Verhaltensweisen feststellen (vgl. Verfügung Ziff. 380). Ein entsprechender Missbrauch könne bis am 31. Mai 2005 nicht nachgewiesen werden, selbst wenn Anhaltspunkte einer marktbeherrschenden Stellung von Orange und Sunrise hätten erhärtet werden können (vgl. Verfügung Ziff. 372). Unter diesen Umständen verfügte die Wettbewerbskommission für Sachverhalte bis 31. Mai 2005 betreffend Orange und Sunrise die Einstellung der Untersuchung (vgl. Dispositiv-Ziff. 4).

C.e Die in Dispositiv-Ziff. 2 festgestellte unzulässige Verhaltensweise der Beschwerdeführerin sei demgegenüber der Sanktionierbarkeit nach Art. 49*a* Abs. 1 KG seit dessen Inkrafttreten am 1. April 2004 unterstellt. In Anwendung der KG-Sanktionsverordnung vom 12. März 2004 (SVKG, SR 251.5) ermittelte die Vorinstanz eine Sanktion in der Höhe von Fr. 333'365'685.– (vgl. Verfügung Ziff. 417, 426).

C.f Auf die Einzelheiten der angefochtenen Verfügung kommt das Bundesverwaltungsgericht in den nachfolgenden Erwägungen zurück, soweit sie für das vorliegende Urteil wesentlich sind.

D. Zusammenfassung der Beschwerde

D.a Gegen diese Verfügung erhob die Beschwerdeführerin am 19. März 2007 eine 346-seitige Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht.

Sie stellt folgende Rechtsbegehren:

"1. Die Teilverfügung der Wettbewerbskommission vom 5. Februar 2007 in Sachen Untersuchung betreffend Terminierung Mobilfunk (32-0158) sei aufzuheben.

2. Die Vorinstanz sei anzuweisen, die Untersuchung betreffend Terminierung Mobilfunk (32-0158) ohne Folgen für Swisscom Mobile AG einzustellen.

3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Staates."

Gleichzeitig werden folgende Verfahrensanträge gestellt:

"1. Die Akten der Vorinstanz sowie die Stellungnahmen der Beschwerdeführerin vom 25. Juli 2005, vom 22. Mai 2006 und vom 15. Dezember 2006 zu den Verfügungsentwürfen des Sekretariats seien für das Beschwerdeverfahren beizuziehen.

2. Es sei mit der Beschwerdeführerin eine öffentliche Parteiverhandlung durchzuführen.

3. Es seien alle als Geschäftsgeheimnisse bezeichneten Angaben und Beilagen als Geschäftsgeheimnisse zu behandeln und gegenüber Dritten und im Fall einer Entscheidpublikation nicht offen zu legen."

D.b Zur Begründung beruft sich die Beschwerdeführerin in formeller Hinsicht auf eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Auch sei die angefochtene Verfügung unzulässig, weil sie als Teilverfügung auf einen bestimmten Zeitraum beschränkt sei, ohne dass die Voraussetzungen für den Erlass einer Teilverfügung vorlägen. Insbesondere fehle es an der nötigen Entscheidungsreife, weil entscheidrelevante Sachverhalts-

elemente in Verletzung der Untersuchungsmaxime nicht bzw. nicht vollständig untersucht worden seien. Die Beurteilung der Marktstellung der Mobilfunkanbieterinnen könne nicht bis 31. Mai 2005 beschränkt werden. Die Verhaltensweise von Orange und Sunrise nach diesem Datum sei zu berücksichtigen.

Zudem sei der Anspruch der Beschwerdeführerin auf ein unabhängiges Gericht verletzt, dies durch die organisatorisch-funktionelle Verflechtung von Untersuchungsbehörde (Sekretariat) und Entscheidbehörde (Wettbewerbskommission) sowie die Einmischung der Wettbewerbskommission in die laufende Untersuchung des Sekretariats. Die enge Verflechtung zwischen der Wettbewerbskommission als erkennender Behörde und dem Sekretariat als untersuchender Behörde sei im Lichte der Rechtsprechung zu Art. 30 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) und Art. 6 Abs. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (in Kraft getreten für die Schweiz am 28. November 1974, EMRK, SR 0.101) unzulässig. Aber auch das Verhalten der Wettbewerbskommission und des Sekretariats würden den Anspruch der Beschwerdeführerin auf ein unabhängiges Gericht verletzen. So habe sich die Wettbewerbskommission u.a. systematisch in die laufende Untersuchung eingemischt und die Mitwirkung von Mitarbeitern des Sekretariats an der Entscheidfindung geduldet.

Die angefochtene Verfügung sei weiter unabhängig von ihrem materiellen Gehalt anfechtbar und aufzuheben, weil Mitglieder der Wettbewerbskommission an der Beschlussfassung über die angefochtene Verfügung mitgewirkt hätten, die infolge Verhinderung oder späteren Eintritts in die Wettbewerbskommission nicht an den Anhörungen der Beschwerdeführerin teilgenommen hätten. Dies verletze den Anspruch der Beschwerdeführerin auf ein gesetzmässiges Gericht.

Ausserdem beruft sich die Beschwerdeführerin auf das Recht zu schweigen und sich nicht selbst belasten zu müssen. Die Beweiserhebung durch die Wettbewerbsbehörde unter Hinweis auf die gesetzliche Mitwirkungspflicht verstosse gegen dieses Schweigerecht. Keiner dieser Verfahrensmängel könne im Rechtsmittelverfahren geheilt werden.

D.c In materieller Hinsicht bemängelt die Beschwerdeführerin in der Beschwerdeschrift zunächst die durch die Vorinstanz vorgenommene Marktabgrenzung.

Die Abgrenzung eines "Wholesale"-Markts für die Terminierung von Anrufen in ein Mobilfunknetz sei zu eng. Richtigerweise sei von einem Telefoniemarkt oder zumindest von einem Markt für Mobiltelefonie auszugehen. Der rechtserhebliche Sachverhalt sei nicht ausreichend ermittelt worden, und es bestünden zahlreiche bei der Definition des relevanten Markts zu berücksichtigende Substitutionsmöglichkeiten.

So sei die Aussage, dass Mobiltelefonie nicht mit anderen Kommunikationsformen austauschbar sei, weil nur Mobiltelefonie ortsungebunden möglich sei, falsch. Es gebe eine Vielzahl von Kommunikationsmitteln und -formen, welche als Alternativen zum Informationsaustausch über Mobiltelefone bzw. als Substitute zur Mobiltelefonie im relevanten Markt einzuschliessen seien (z.B. VoIP-Dienste; Dual Mode Telefone; Instant Messaging; Video Calls, Video Conferencing und Video Mail; Blogs bzw. Weblogs; E-Mail push and pull).

Die Terminierung sei nur eine unabdingbare Vorleistung für einen Telefonanruf. Deshalb könne sie gar keinen eigenen sachlich relevanten Markt bilden. Zudem sei die Unterscheidung in einen "Wholesale"- und Retail-Markt mangels einer gesonderten Nachfrage auf der "Wholesale"-Ebene nicht plausibel. Terminierung werde von den Fernmeldedienstanbieterinnen ausschliesslich im Zusammenhang mit Retail-Anrufen nachgefragt und gleichzeitig auch angeboten. Kein Endkunde frage Terminierungsleistungen nach, sondern sei angewiesen auf ein Gesamtpaket aus Leistungen der Fernmeldedienstanbieterinnen. Seitens der Anbieterinnen von Fernmeldediensten bestehe keine eigentliche Nachfrage nach Terminierung.

Auch fixe und mobile Telefonie könnten nicht ohne Weiteres in separate Märkte unterteilt werden. Je nach Situation seien diese Dienste sowohl als Komplemente als auch als Substitute zu betrachten. Die Abgrenzung zweier separater relevanter Märkte für eingehende bzw. abgehende Anrufe gebe die Realität nicht wieder und sei künstlich. Kein Endkunde frage immer nur eingehende oder abgehende Anrufe nach. Es bestünden keine Abonnemente oder Prepaid-Angebote, die nur eingehende oder nur ausgehende Anrufe beinhalten. Beide Funktionen würden immer gemeinsam eingekauft. Das gleiche gelte für die Anbieterinnen von Fernmeldediensten, welche Anrufe sowohl originierten als auch terminierten. Eingehende und ausgehende Gespräche seien deshalb Teile desselben Markts.

Auch die Sprach- und Datenübertragung gehörten zu demselben Markt. Entgegen der Wettbewerbskommission sei nicht in allen Fällen der Informationsübermittlung entscheidend, dass eine sofortige Übermittlung bzw. ein zeitgleicher Empfang einer Information erfolge. Dies zeige z.B. der grosse Erfolg von Kommunikationsmitteln wie SMS oder E-Mail.

D.d Im Übrigen erweise sich die Bestimmung des relevanten Markts als unnötig, da sich unabhängig von der gewählten Marktabgrenzung immer ergebe, dass sich weder die Beschwerdeführerin noch andere Fernmeldedienstanbieterinnen bei der Festsetzung ihrer "Terminierungsgebühren" unabhängig voneinander hätten verhalten können.

Erstens gebe es gleich bei welcher Marktabgrenzung kein marktbeherrschendes Unternehmen, weil die Handlungsfreiheit aller Fernmeldedienstanbieterinnen durch den Zwang zur Interkonnektion eingeschränkt sei. Die Anbieterinnen von Fernmeldediensten seien einerseits faktisch zur gegenseitigen Terminierung gezwungen. Andererseits bestehe aufgrund des Fernmeldegesetzes eine Rechtspflicht zur Interkonnektion und damit zur Terminierung. Keine Fernmeldedienstanbieterin könne sich erlauben, andere Fernmeldedienstanbieterinnen zu boykottieren bzw. bei Vertragsverhandlungen zu drohen, die Terminierungsleistungen nicht zu erbringen. Die Anbieterinnen von Fernmeldediensten könnten Preisverhandlungen scheitern lassen und gleichwohl Terminierungsleistungen von anderen Fernmeldedienstanbieterinnen in Anspruch nehmen. Dies schränke die Handlungsfreiheit aller Anbieterinnen und demnach auch diejenige von der Beschwerdeführerin erheblich ein.

Eine Fernmeldedienstanbieterin könne sich *zweitens* auch deshalb von den anderen Anbieterinnen nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten und die "Terminierungsgebühren" einseitig diktieren, weil die Bestimmungen des Fernmeldegesetzes für alle disziplinierend wirkten (Disziplinierung durch den regulatorischen Rahmen):

Gestützt auf die Regelung des Fernmeldegesetzes könne jede Fernmeldedienstanbieterin die Verhandlungen abbrechen und den Regulator anrufen. Die Interkonnektionsklage sei ein äusserst griffiges Instrument zur Disziplinierung der Fernmeldedienstanbieterinnen: Bei den Vertragsverhandlungen wirke die Klagemöglichkeit präventiv. Die Parteien würden sich nur dann einigen, wenn sie der Auffassung seien, sie könnten auf dem Klageweg kein besseres Resultat erzielen.

Andernfalls würden sie klagen. Die ComCom habe sich in zwei Massnahmenentscheiden zu den Rahmenbedingungen für die Terminierung geäussert. Alle Mobilfunkanbieterinnen hätten sich an diesen behördlichen Vorgaben ausgerichtet. Der regulatorische Rahmen habe sich so auch tatsächlich disziplinierend auf alle Mobilfunkanbieterinnen ausgewirkt.

Drittens werde eine allfällige Marktmacht einer Mobilfunkanbieterin bei der Preisverhandlung durch die sog. Reziprozitätsbeziehung zwischen den Mobilfunkanbieterinnen verhindert. Eine Mobilfunkanbieterin könne nämlich nicht über ihre "Terminierungsgebühren" verhandeln, ohne dass die anderen Mobilfunkanbieterinnen im Gegenzug deren eigene "Terminierungsgebühren" in der Verhandlung berücksichtigten.

Die Parteien müssten also in der Regel gleichzeitig Preise als Nachfrager- und als Anbieterinnen verhandeln (Terminierung für Anrufe aus dem Netz A in das Netz B und Terminierung für Anrufe aus dem Netz B in das Netz A). Dabei werde jede Mobilfunkanbieterin die "Terminierungsgebühr", welche sie zu zahlen bereit ist, davon abhängig machen, welche "Gebühr" sie der Verhandlungspartnerin zugestehen muss. Bei einer Erhöhung ihrer "Terminierungsgebühr" müsse jede Mobilfunkanbieterin mit einer entsprechenden Erhöhung der "Gebühr" durch die Gegenseite rechnen. Diese Antizipation habe zur Folge, dass keine Mobilfunkanbieterin ihre "Terminierungsgebühr" einseitig festlegen könne. Sowohl als Anbieterin als auch als Nachfragerin habe jede Mobilfunkanbieterin ein glaubwürdiges Drohpotenzial. Die Anbieterin habe nicht mehr Macht als die Nachfragerin. Dass tatsächlich eine Differenz zu Gunsten der kleineren Mobilfunkanbieterinnen bestehe, sei einzig auf den Regulierungsrahmen zurückzuführen.

D.e Eine marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführerin könne schon deshalb ausgeschlossen werden, da Orange und Sunrise höhere "Terminierungsgebühren" als die Beschwerdeführerin verlangten.

Aufgrund ihrer tieferen "Terminierungsgebühr" könne die Beschwerdeführerin immer nur geringere Einnahmen aus der M2M-Terminierung generieren als Orange und Sunrise und müsse Nettozahlungen in Millionenhöhe an Orange und Sunrise leisten. Die Beschwerdeführerin sei seit Beginn der Marktöffnung nie in der Lage gewesen, ihre eigenen "Terminierungsgebühren" auf gleichem oder höherem Niveau als Orange und Sunrise anzusetzen und mache einen Verlust aus der Terminierung mit den anderen Mobilfunkanbieterinnen.

Ein marktbeherrschendes Unternehmen würde eine derartige Situation nicht akzeptieren. Dass die Beschwerdeführerin hierauf nicht reagieren könne, zeige, dass sie nicht marktbeherrschend sei.

D.f Falls die Beschwerdeführerin unzutreffenderweise als marktbeherrschend betrachtet werde, müssten konsequenterweise alle Mobilfunkanbieterinnen für die Terminierung in ihr eigenes Netz marktbeherrschend sein.

Bei konsequenter Anwendung der zu engen Marktabgrenzung, bei Nichtberücksichtigung der regulatorischen Disziplinierung und der Reziprozitätsbeziehungen zwischen den Mobilfunkanbieterinnen seien folgerichtig alle Mobilfunkanbieterinnen (und nicht die Beschwerdeführerin allein) marktbeherrschend für die Terminierung in deren Netze. Die Wettbewerbskommission begründe nicht stichhaltig, weshalb einzig die Beschwerdeführerin marktbeherrschend sein solle. Kein einziges der Vorbringen der Wettbewerbskommission vermöge eine unterschiedliche Behandlung von Orange, Sunrise und der Beschwerdeführerin zu rechtfertigen.

Namentlich die von der Wettbewerbskommission angeführte Theorie der preisinduzierten Netzwerkeffekte könne nicht als Begründung zur Rechtfertigung einer unterschiedlichen Behandlung der drei Mobilfunkanbieterinnen bezüglich der Feststellung der Marktposition vorgeschoben werden. Auch schätze die Vorinstanz den Einfluss des Retail-Markts auf den "Wholesale"-Markt wie den Handlungsspielraum und die Marktstellung von Orange und Sunrise falsch ein. Letztere seien äusserst starke und aggressive Konkurrentinnen, die mittels innovativer und preislich kompetitiver Angebote erheblichen Wettbewerbsdruck ausübten. Entgegen der Annahme der Wettbewerbskommission könne nicht von einer überaus starken Position der Beschwerdeführerin im Retail-Markt ausgegangen werden. Die Auffassung der Wettbewerbskommission, es bestehe auf dem Retail-Markt nur schwacher Wettbewerb, sei offensichtlich falsch.

Sollte die Beschwerdeführerin unzutreffenderweise als marktbeherrschend betrachtet werden, so habe sie ein berechtigtes Interesse daran, dass im vorliegenden Beschwerdeverfahren auch die Marktstellung von Orange und Sunrise nochmals überprüft werde und dabei die gleichen Massstäbe wie für die Beschwerdeführerin angewendet würden. Es bestünden keine Gründe für eine Ungleichbehandlung. Zur Beurteilung der Marktstellung der Beschwerdeführerin sei es unabdingbar,

dass auch die Marktstellung von Orange und Sunrise geprüft werde. Die Marktstellung eines einzelnen Wettbewerbers könne ohne Prüfung der gesamten Wettbewerbssituation nicht beurteilt werden. Daher könne auf diese Prüfung – unabhängig von einer allfälligen Einstellung des Verfahrens gegen Orange und Sunrise – nicht verzichtet werden.

D.g Des Weiteren vertritt die Beschwerdeführerin in der Beschwerdeschrift die Auffassung, es sei unklar, welche Verhaltensweise ihr eigentlich vorgeworfen werde. An verschiedenen Stellen der angefochtenen Verfügung fänden sich unterschiedliche Aussagen über die als missbräuchlich erachteten Verhaltensweisen. Unklar bleibe, ob der Beschwerdeführerin nun eine missbräuchliche Verhaltensweise auf der "Wholesale"- und/oder Retail-Ebene, eine Ausbeutung oder Behinderung der Anbieterinnen von Fernmeldediensten, der Mobilfunkanbieterinnen oder der Endkunden der anderen Fernmeldedienstanbieterinnen vorgeworfen werde. Grundsätzlich sei einzig das Dispositiv, ausgelegt im Sinne der Erwägungen, relevant. Diese Auslegung führe jedoch nicht zu einem eindeutigen Resultat. Die Wettbewerbskommission habe den konkreten Vorwurf an die Beschwerdeführerin nirgends in der angefochtenen Verfügung eindeutig substantiiert.

D.h Den Marktmissbrauchstatbestand im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG erfülle keiner der drei in Frage kommenden Vorwürfe (Erzwingung unangemessener "Terminierungsgebühren" von den anderen Fernmeldedienstanbieterinnen; Ausbeutung der Endkunden der anderen Anbieterinnen von Fernmeldediensten; Missbrauch gegenüber den anderen Fernmeldedienstanbieterinnen). Die Vorwürfe gingen am Marktmissbrauchstatbestand vorbei und seien gar nicht tatbestandsmässig.

So falle die im Dispositiv vorgeworfene "Erzwingung unangemessener Terminierungsgebühren" unter die in Art. 7 Abs. 2 KG beispielhaft aufgezählte "Erzwingung unangemessener Preise". Diese begründe indes nicht per se einen Missbrauch, sondern nur unter den Voraussetzungen von Art. 7 Abs. 1 KG. Die Erzwingung eines unangemessenen Preises erfülle für sich allein den Marktmissbrauchstatbestand nicht. Der gesetzliche Tatbestand von Art. 7 Abs. 1 KG setze eine Behinderung von Wettbewerbern oder eine Benachteiligung der Marktgegenseite voraus.

Die in den Erwägungen vorgeworfene Ausbeutung der Endkunden der anderen Anbieterinnen von Fernmeldediensten erfülle ebenfalls keine der beiden Tatbestandsvarianten von Art. 7 Abs. 1 KG. Die Endkunden

der anderen Fernmeldedienstanbieterinnen seien weder Wettbewerber noch Marktgegenseite der Beschwerdeführerin. Marktgegenseite im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG seien einzig die eigenen Vertragspartner und nicht die Vertragspartner der Wettbewerber.

Ebensowenig erfüllt sei der Tatbestand der Behinderung von Wettbewerbern: Bezüglich Orange und Sunrise schliesse ihn die Wettbewerbskommission ausdrücklich aus. Für die anderen Fernmeldedienstanbieterinnen sei der Vorwurf der Behinderung nicht denkbar oder nicht substantiiert.

D.i Mit Bezug auf den Vorwurf der Erzwingung unangemessener Preise im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG argumentiert die Beschwerdeführerin im Übrigen im Wesentlichen wie folgt:

Sie könne weder von anderen Mobilfunkanbieterinnen noch von anderen Anbieterinnen von Fernmeldediensten bestimmte "Terminierungsgebühren" erzwingen. Der regulatorische Rahmen und die gegenseitigen Abhängigkeitsbeziehungen der Fernmeldedienstanbieterinnen verhinderten dies. Auch die Erzwingung bestimmter "Terminierungsgebühren" von Endkunden der anderen Fernmeldedienstanbieterinnen sei ausgeschlossen, da die Beschwerdeführerin keinen Einfluss auf die Preissetzung der anderen Fernmeldedienstanbieterinnen habe und diese eine ihnen zu hoch scheinende "Terminierungsgebühr" ablehnen könnten.

Ein korrekter Vergleich unter Berücksichtigung der relevanten Kostenfaktoren zeige, dass die "Terminierungsgebühren" der Beschwerdeführerin jederzeit angemessen gewesen seien. Die Beschwerdeführerin erhebe seit Jahren die tiefsten "Terminierungsgebühren" aller schweizerischen Mobilfunkanbieterinnen. Die Höhe von 33.5 Rappen pro Minute liege im europäischen Durchschnitt. Für einen aussagekräftigen Vergleich mit anderen europäischen Anbietern seien alle relevanten Kriterien der Vergleichbarkeit zu berücksichtigen: Qualität, Kostenniveau in der Schweiz, Kaufkraft und Wechselkurse sowie der Zeitpunkt der Marktöffnung. Dass die Wettbewerbskommission bei ihren Vergleichen die Kaufkraftparität nicht berücksichtigt habe, sei sachfremd. Zudem lasse die Wettbewerbskommission in ihrem Ländervergleich die besonderen Gegebenheiten in der Schweiz in unzulässiger Weise ausser acht (hohe Personalkosten in der Mobiltelefonie, hohe Antennendichte, hohe Kosten pro Antenne, Qualität, Zeitpunkt der Marktöffnung). Der Ländervergleich der Vorinstanz sei aber

auch deshalb nicht aussagekräftig, weil die "Terminierungsgebühren" in den untersuchten drei Vergleichsländern Österreich, Schweden und Norwegen durch die Regulierungsbehörde festgesetzt worden seien. Die Wettbewerbskommission vergleiche somit "Terminierungsgebühren" in ex-ante regulierten Telekommunikationsmärkten, in denen kein Wettbewerb mehr herrsche, mit der "Terminierungsgebühr" der Beschwerdeführerin. Bei internationalen Preisvergleichen seien jedoch alle regulierten Preise auszuschliessen.

Die "Terminierungsgebühren" der Beschwerdeführerin seien auch deshalb nicht unangemessen, weil sie wesentlich tiefer als der markt- und branchenübliche Durchschnittspreis seien, den die ComCom im Jahr 1999 gestützt auf eine Vergleichsmarktbetrachtung auf ca. 47 Rappen pro Minute errechnet habe (vgl. Entscheid der ComCom vom 29. April 1999, Beschwerde Beilage 5). In der angefochtenen Verfügung finde sich keine Erklärung, weshalb eine um ca. 40 % höhere "Terminierungsgebühr" im Jahr 1999 angemessen war und rund fünf Jahre später eine deutlich tiefere "Terminierungsgebühr" plötzlich völlig unangemessen sein soll.

Ausserdem sei gegenüber der Beschwerdeführerin noch nie eine "Terminierungsgebühr" gestützt auf aArt. 11 FMG rechtskräftig festgesetzt worden. Die "Terminierungsgebühren" der Beschwerdeführerin seien daher im Urteil der Konkurrentinnen offensichtlich mindestens markt- und branchenüblich gewesen und hätten den Kriterien des Fernmeldegesetzes genügt. Der Umstand, dass im Mobilfunkbereich – im Gegensatz zum Festnetzbereich – praktisch keine Klagen anderer Fernmeldedienstanbieterinnen erfolgt seien, zeige, dass die Preise von den Marktteilnehmern als angemessen erachtet worden seien. Auch aus diesem Grund könnten die "Terminierungsgebühren" der Beschwerdeführerin nicht missbräuchlich im Sinne des Kartellgesetzes sein.

Des Weiteren sei die "Terminierungsgebühr" der Beschwerdeführerin angemessen gewesen, weil die Margen der Beschwerdeführerin im europäischen Vergleich durchschnittlich gewesen seien. Die Beschwerdeführerin sei, wie alle übrigen Mobilfunkanbieterinnen, auf diese Margen angewiesen gewesen, um die sehr kapitalintensiven, in vergleichsweise kurzen Zeitintervallen aufeinanderfolgenden Investitionen in die Netzinfrastrukturen überhaupt finanzieren zu können.

D.j Die Beschwerdeführerin bestreitet auch den – zweiten im Raum stehenden – Vorwurf der Ausbeutung der Endkunden der anderen Fernmeldedienstanbieterinnen. Ergänzend zum erwähnten Umstand, dass dieser Vorwurf überhaupt nicht unter den Tatbestand von Art. 7 Abs. 1 KG falle, könne die Beschwerdeführerin weder die Endkunden der anderen Mobilfunkanbieterinnen noch die Endkunden der anderen Festnetzanbieterinnen ausbeuten.

Die "Terminierungsgebühren" der Beschwerdeführerin stünden u.a. im M2M-Bereich grundsätzlich in keinem Zusammenhang mit den Mobilfunk-Retail-Tarifen der anderen Mobilfunkanbieterinnen. Die Beschwerdeführerin leiste aufgrund ihrer tieferen "Terminierungsgebühr" sogar Nettozahlungen an Orange und Sunrise in Millionenhöhe. Die "Terminierungsgebühren" der Beschwerdeführerin seien für die anderen Mobilfunkanbieterinnen somit kein Kostenfaktor, sondern eine zusätzliche Einnahmequelle. Eine Überwälzung von Kosten der Mobilfunkanbieterinnen auf ihre Endkunden sei unter diesen Umständen gar nicht möglich. Wenn schon könnten die Mobilfunkanbieterinnen diese Terminierungsgewinne durch verbilligte Retail-Tarife an ihre Endkunden weitergeben. Eine Ausbeutung der Endkunden sei jedenfalls unmöglich. Im Übrigen sei eine Ausbeutung nicht nachgewiesen, weil die Wettbewerbskommission auf eine Analyse der Retail-Preise verzichtet und diese nirgends substantiiert habe.

D.k Unbegründet sei auch der dritte mögliche Vorwurf, der Missbrauch gegenüber den anderen Fernmeldedienstanbieterinnen. Die Beschwerdeführerin könne die anderen Anbieterinnen von Fernmeldediensten weder ausbeuten noch behindern.

Die Wettbewerbskommission ignoriere, dass die Beschwerdeführerin Nettozahlungen an die anderen *Mobilfunkanbieterinnen* leiste und Sunrise und Orange aus der Terminierung mit der Beschwerdeführerin einen Gewinn erzielten und so in der Lage seien, die Preise für ihre eigenen Kunden zu verbilligen. Zudem verneine die angefochtene Verfügung selber, dass Orange und Sunrise durch die "Terminierungsgebühren" der Beschwerdeführerin behindert würden, da diese aus den F2M-Anrufen hohe Einnahmen generierten (vgl. Verfügung Ziff. 370).

Die Beschwerdeführerin könne auch die *Festnetzanbieterinnen* nicht ausbeuten. U.a. hätten diese im Fall von unangemessenen "Terminierungsgebühren" aufgrund des regulatorischen Rahmens die Vertragsverhandlungen abbrechen und die ComCom anrufen können.

Dass bezüglich "Mobilterminierungsgebühren" kaum Klagen von Anbieterinnen von Fernmeldediensten gegen Mobilfunkanbieterinnen erhoben worden seien, zeige, dass keine Ausbeutung der Festnetzanbieterinnen erfolgt sei.

Des Weiteren habe im Nachgang der Senkung der "Terminierungsgebühr" der Beschwerdeführerin per 1. Juni 2005 keine Veränderung des M2M- oder F2M-Sprachverkehrs beobachtet werden können. Wenn sich das M2M- und F2M-Verkehrsvolumen nach der Senkung aber nicht erhöht habe, so habe durch die vormalige höhere "Terminierungsgebühr" keine Benachteiligung bzw. Ausbeutung der Fest- und Mobilnetzanbieterinnen stattfinden können.

D.l Die Beschwerdeführerin sei somit weder marktbeherrschend noch habe sie sich missbräuchlich verhalten. Da kein Verstoss gegen Art. 7 KG vorliege, könne auch keine Sanktion nach Art. 49*a* KG ausgefällt werden. Selbst wenn unzutreffenderweise ein Verstoss gegen Art. 7 KG unterstellt werde, sei eine Sanktion nicht möglich. Eine solche würde nämlich gegen die Unschuldsvermutung (Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Abs. 2 EMRK), das Bestimmtheitsgebot (Art. 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937 [StGB, SR 311.0], Art. 5 Abs. 1 BV und Art. 7 EMRK), den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV und Art. 6 Abs. 1 EMRK) sowie das Verschuldensprinzip (Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Abs. 2 EMRK) verstossen.

D.m Mit Bezug auf das Verschuldensprinzip, welches auch im Sanktionsverfahren nach Art. 49*a* KG und auf juristische Personen anwendbar sei, bringt die Beschwerdeführerin vor, der unterstellte Gesetzesverstoss sei weder den Organen der Beschwerdeführerin persönlich vorwerfbar, noch hätte er mittels besserer Unternehmensorganisation vermieden werden können.

Die im Zeitraum zwischen 1. April 2004 und 31. Mai 2005 angewandten "Terminierungsgebühren" seien zwischen den Mobilfunkanbieterinnen in Übereinstimmung mit den vom Regulator als angemessen bezeichneten Parametern ausgehandelt worden. Die ComCom habe sich in ihren Massnahmeentscheiden vom 29. April 1999 und 3. April 2001 zur Markt- und Branchenüblichkeit der "Terminierungsgebühren" geäussert, so dass kein Anlass zur Annahme bestanden habe, die Höhe und gegenseitige Differenz der "Terminierungsgebühren" seien problematisch. Im Gegenteil hätten sich die Marktteilnehmer an

die behördlichen Rahmenvorgaben gehalten, so dass insbesondere auch die Beschwerdeführerin ihre Verhaltensweise habe als zulässig erachten können.

Dass bezüglich der Höhe ihrer "Mobilterminierungsgebühr" kein Problem bestand bzw. dass diese "Terminierungsgebühr" angemessen war, habe die Beschwerdeführerin auch aus der Nichtexistenz von Interkonnektionsklagen im Mobilfunkbereich, aus einem nationalen und internationalen Preis- und Margenvergleich sowie aus dem fernmelderechtlichen Regelungsrahmen ableiten dürfen und müssen. Der Beschwerdeführerin könne nicht zum Vorwurf gemacht werden, eine unklare Rechtslage nicht einzuhalten.

Beweis dafür, dass die Beschwerdeführerin und ihre Organe von der Rechtmässigkeit ihres Verhaltens überzeugt waren, sei, dass die Beschwerdeführerin ihre "Terminierungsgebühr" erst per 1. Juni 2005 von 33.5 auf 20 Rappen pro Minute gesenkt habe. Hätte sie dies nur zwei Monate früher getan, wäre die Senkung in die Übergangsfrist gemäss Übergangsbestimmung vom 20. Juni 2003 gefallen, so dass eine direkte Sanktion von vornherein ausser Betracht gefallen wäre. Hätten die Beschwerdeführerin und ihre Organe auch nur den geringsten Verdacht gehegt, mit ihrem Verhalten möglicherweise gegen Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG zu verstossen, hätte die Beschwerdeführerin die Senkung der "Terminierungsgebühr" selbstverständlich auf den 1. April 2005 vorgezogen, um das Risiko einer Sanktion in dreistelliger Millionenhöhe auszuschliessen. Auch deshalb könne die Beschwerdeführerin kein Verschulden treffen.

D.n Die in Ziff. 3 der Verfügung vom 5. Februar 2007 verhängte Sanktion in der Höhe von Fr. 333'365'685.– sei unzulässig und in jedem Fall viel zu hoch ausgefallen. Es dürfe – wenn überhaupt – höchstens eine symbolische Sanktion ausgefällt werden. Bereits der abstrakte Strafrahmen sei unverhältnismässig, erlaube er doch unverhältnismässig hohe Sanktionen, die dreimal so hoch sein könnten wie in der EU.

Zudem habe die Wettbewerbskommission den Basisbetrag der Sanktion falsch berechnet. Entgegen der gesetzlichen Regelung habe sie konzerninterne Umsätze in dessen Berechnung einbezogen. Zum anderen habe die Wettbewerbskommission bei der Berechnung des Basisbetrags die falschen Geschäftsjahre zugrunde gelegt, nämlich die letzten drei Geschäftsjahre der unterstellten Zuwiderhandlung (2002-2004) statt der letzten drei Geschäftsjahre vor der angefochtenen Ver-

fügung (2004-2006). Willkürlich sei es zudem, wenn die Wettbewerbskommission vom gleichen Basisbetrag wie das Sekretariat im 3. Antrag ausgehe, obwohl sie einen der beiden vom Sekretariat erhobenen Vorwürfe, nämlich den Vorwurf der Behinderung von Orange und Sunrise, ersatzlos fallengelassen habe. Entgegen der Annahme in der angefochtenen Verfügung sei der unzutreffenderweise unterstellte Verstoss zudem höchstens von geringer Schwere.

Die Berechnung eines Zuschlags für die Dauer des Verhaltens der Beschwerdeführerin verstosse gegen Treu und Glauben. Die Wettbewerbskommission habe die Dauer des unterstellten Verhaltens wegen ihrer Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung im Feststellungsverfahren betreffend das Vorliegen einer rechtsgültigen übergangsrechtlichen Meldung nämlich selbst zu verantworten. Auch komme eine Erhöhung des Sanktionsbetrags gestützt auf Art. 5 Abs. 1 Bst. b SVKG nicht in Frage, weil nämlich kein Gewinn und schon gar kein "besonders hoher Gewinn" vorliege, sondern vielmehr ein Verlust. Die Beschwerdeführerin erwirtschafte aus der Terminierung im M2M-Verkehr einen Verlust. Die Wettbewerbskommission habe unzutreffend nur die Einnahmenseite betrachtet, nicht aber die aus der Terminierung angefallenen Kosten, d.h. die an die anderen Fernmeldedienstanbieterinnen entrichteten "Terminierungsgebühren". Wenn schon, wäre der Sanktionsbetrag deshalb zu reduzieren. Zudem habe die Vorinstanz die "Art und Schwere des Verhaltens" doppelt berücksichtigt, nämlich einerseits bei der Berechnung des Basisbetrags und andererseits im Rahmen der Sanktionserhöhung. Damit habe sie einen Zuschlag auf dem Zuschlag berechnet, mit der Wirkung einer unzulässigen Doppelbestrafung.

E. Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht

E.a Nach erfolgter Fristerstreckung beantragt die Wettbewerbskommission dem Bundesverwaltungsgericht mit Vernehmlassung vom 18. Juni 2007 die Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolge.

E.b In einer Zwischenverfügung vom 5. September 2007 stellte das Bundesverwaltungsgericht fest, dass Sunrise und Orange implizit darauf verzichtet haben, im vorliegenden Beschwerdeverfahren als Parteien gemäss Art. 6 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) aufzutreten, weshalb ihnen auch keine Parteistellung zukomme. Jedoch würden Sunrise wie auch Orange – soweit sich dies nach dem Ermessen des

Bundesverwaltungsgerichts als erforderlich erweisen sollte – allenfalls im Sinne von Art. 57 Abs. 1 VwVG als "andere Beteiligte" in das vorliegende Verfahren einbezogen werden. Die Beschwerdeführerin hatte mit Stellungnahme vom 8. Mai 2007 beantragt, es sei im vorliegenden Beschwerdeverfahren weder Sunrise noch Orange eine Parteistellung im Sinne von Art. 6 VwVG einzuräumen.

E.c Am 10. September 2007 replizierte die Beschwerdeführerin auf die Vernehmlassung der Vorinstanz und hielt an den in der Beschwerde gestellten Anträgen fest. Darauf reichte die Vorinstanz am 15. Oktober 2007 eine Duplik ein, welche das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerdeführerin am 18. Oktober 2007 zur Kenntnis brachte.

E.d In der Folge reichte die Beschwerdeführerin am 22. Oktober 2007 unaufgefordert eine weitere – auf die Frage des Verhältnisses von Kartell- und Fernmeldegesetz beschränkte – Eingabe ein. Nach der Weiterleitung der Eingabe an die Vorinstanz verwies diese mit Schreiben vom 8. November 2007 – unter Verzicht auf die Einreichung weiterer Bemerkungen – auf ihre bisherigen Ausführungen.

E.e Mit Datum vom 24. März 2009 reichte die Beschwerdeführerin mit dem Hinweis, dass sich neue zu berücksichtigende Entwicklungen und Erkenntnisse ergeben hätten, erneut ein Schreiben ein (betreffend Tele2-Mobilfunkabonnemente seit April 2008, Fusionskontrollentscheid i.S. *BLS Lötschbergbahn AG/Regionalverkehr Mittelland AG*, vgl. RPW 2006/2, S. 242 ff.; vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C.292/ 2008 vom 12. Dezember 2008 i.S. *Domestic Multilateral Interchange Fee*). Die Vorinstanz nahm dazu am 27. April 2009 Stellung.

E.f Mit Begleitschreiben vom 29. Mai 2009 reichte die Vorinstanz unter Berufung auf Art. 32 VwVG ein beim BAKOM im Rahmen der fortlaufenden Untersuchung "Terminierung Mobilfunk" amtshilfeweise eingeholtes Gutachten ein, dies zusammen mit einem Dokument, welches das im Gutachten benutzte Kostenmodell erklärt (vgl. Gutachten Mobilterminierung, Internationale Preisvergleiche und Bestimmung der Kosten für eine Minute Mobilterminierung vom 11. Mai 2009; Report wik-Consult vom September 2007 [Specification of the strategic network planning tool GSM-CONNECT for implementing the WIK-MNCM]).

E.g Die Beschwerdeführerin verzichtete am 9. Juni 2009 grundsätzlich auf materielle Ausführungen zu diesen Unterlagen. Vor dem Hinter-

grund, dass ihr das Sekretariat in der fortgeführten Untersuchung die Frist zur Einreichung der entsprechenden Stellungnahme bis 17. August 2009 erstreckt habe, behielt sich die Beschwerdeführerin aber die Einreichung einer späteren Stellungnahme vor. Im Übrigen seien das Schreiben der Vorinstanz vom 29. Mai 2009 und die damit eingereichten Dokumente aus dem Recht zu weisen.

E.h Mit Eingabe vom 20. August 2009 zog die Beschwerdeführerin den in ihrer Beschwerde gestellten Verfahrensantrag Nr. 2 zurück, in welchem die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung verlangt worden war. Gestützt auf dieses Parteibegehren wurde eine solche Verhandlung nicht durchgeführt.

E.i Wie in der Eingabe vom 9. Juni 2009 angekündigt, reichte die Beschwerdeführerin am 15. Oktober 2009 die inzwischen für die fortlaufende Untersuchung "Terminierung Mobilfunk" verfasste Stellungnahme zum Gutachten "Mobilterminierung" des BAKOM vom 11. Mai 2009 – zusammen mit einem Bericht – ein (vgl. Stellungnahme vom 28. September 2009, Bericht "Review of BAKOM mobile network cost model" von Analysys Mason vom 25. September 2009). Gleichzeitig hielt die Beschwerdeführerin daran fest, dass das erwähnte Gutachten (auch) für das vorliegende Beschwerdeverfahren unbeachtlich und daher aus dem Recht zu weisen sei.

E.j Schliesslich reichte die Beschwerdeführerin am 23. Oktober 2009 unter Hinweis auf neue, im Beschwerdeverfahren zu berücksichtigende Entwicklungen und Erkenntnisse (Art. 32 Abs. 2 VwVG) unaufgefordert ein weiteres Schreiben und verschiedene Beilagen ein (betreffend die Einführung von sog. Flatrate-Angeboten durch die Beschwerdeführerin sowie Sunrise und Orange).

E.k Auf die dargelegten und die weiteren Vorbringen der Verfahrensbeteiligten wird, soweit sie rechtserheblich sind, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessvoraussetzungen

Das Bundesverwaltungsgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob die Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Beschwerde einzutreten ist (vgl. BVGE 2007/6 E. 1, m.w.H.).

1.1 Sachzuständigkeit und Anfechtungsobjekt

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG (zitiert im Sachverhalt unter E.b). Gemeint sind Anordnungen im Einzelfall, d.h. individuelle, an den Einzelnen gerichtete Hoheitsakte, durch welche ein konkretes verwaltungsrechtliches Rechtsverhältnis rechtsgestaltend oder feststellend in erzwingbarer Weise geregelt wird (vgl. FELIX UHLMANN, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2009, N. 20 zu Art. 5 VwVG, m.w.H.).

In der angefochtenen Verfügung vom 5. Februar 2007 wird der Beschwerdeführerin vorgeworfen, sie habe auf der Ebene der Mobilfunknetzinfrastruktur vom 1. April 2004 bis zum 31. Mai 2005 eine marktbeherrschende Stellung eingenommen und diese dazu benutzt, um im Rahmen der Interkonnektion "von anderen FDA" eine unangemessen hohe "Terminierungsgebühr" von 33.5 Rappen pro Minute zu erzwingen. Deshalb wurde die Beschwerdeführerin verpflichtet, eine Verwaltungssanktion von Fr. 333'365'685.– sowie Verfahrenskosten von Fr. 398'702.– zu bezahlen.

1.1.1 Die Wettbewerbskommission bezeichnet diese Verfügung als Teilverfügung: Es seien ihr nur Sachverhalte bis zum 31. Mai 2005 zu Grunde gelegt worden, nachdem die Beschwerdeführerin auf den 1. Juni 2005 hin ihre "Terminierungsgebühren" von 33.5 Rappen pro Minute auf 20 Rappen pro Minute gesenkt habe (und für die Zeit ab dem 1. Juni 2005 weitere Abklärungen notwendig seien).

Die Beschwerdeführerin hält den Erlass einer solchen Teilverfügung für rechtlich unzulässig: Es fehle die nötige Entscheidungsreife, weil wesentliche Sachverhalte, insbesondere solche nach dem 31. Mai 2005, in Verletzung der Untersuchungsmaxime nicht hin-

reichend geklärt worden seien. Ferner stünden auch Überlegungen der Zweckmässigkeit und der Prozessökonomie einer Teilverfügung entgegen.

1.1.2 Angesichts des engen Bezugs zum Inhalt der angefochtenen Verfügung ist die gerügte Verletzung der Untersuchungsmaxime als materielle Fragestellung im Zusammenhang mit der Rechtmässigkeit der Verfügung zu prüfen (vgl. Entscheid der REKO/WEF FB/2004-4 vom 4. Mai 2006 [i.S. *20 Minuten*] E. 4.3, veröffentlicht in: RPW 2006/2, S. 347 ff., bestätigt im Urteil des Bundesgerichts 2A.327/2006 vom 22. Februar 2007, veröffentlicht in: RPW 2007/2, S. 331 ff.). Daher ist nachfolgend zu beurteilen, ob die angefochtene Verfügung als Zwischen-, Teil- oder Endverfügung aufzufassen ist:

Im Unterschied zu *Teilverfügungen*, in welchen lediglich ein Teil der materiellrechtlich gestellten Begehren beurteilt werden oder mit denen das Verfahren nur für einen Teil der Verfahrensbeteiligten abgeschlossen wird (vgl. Felix Uhlmann/Simone Wälle-Bär, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], a.a.O., N. 21 zu Art. 44 VwVG), schliessen *Endverfügungen* ein Verfahren ab, indem über eine prozessuale Frage (Nichteintreten, Abschreibung) oder in der Sache abschliessend entschieden wird (vgl. Uhlmann/Wälle-Bär, a.a.O., N. 19 zu Art. 44 VwVG). Demgegenüber wird eine *Zwischenverfügung* lediglich als Zwischenschritt im Verfahren auf dem Weg zu einer Endverfügung erlassen, weshalb sie ein rein organisatorisches Instrument zur Verfahrensführung darstellt (vgl. Uhlmann/Wälle-Bär, a.a.O., N. 3 zu Art. 45 VwVG; Martin Kayser, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2008, N. 2 zu Art. 45 VwVG, je m.w.H.).

Verfügungen über materiellrechtliche Vorfragen (sog. materiellrechtliche Grundsatzentscheide), die einen Teilaspekt einer Streitsache (z.B. eine von mehreren materiellrechtlichen Anspruchsvoraussetzungen) beantworten und bisher in der verwaltungsrechtlichen Praxis des Bundesgerichts als Teilentscheide betrachtet wurden, gelten nach der Systematik des auf den 1. Januar 2007 in Kraft gesetzten Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) nicht mehr als Teil-, sondern neu als Zwischenverfügungen (vgl. BGE 133 V 477 E. 4.1.3; BBl 2001 4334; Tarkan Göksu, Die Beschwerden ans Bundesgericht, Zürich/St. Gallen 2007, S. 45; Peter Karlen, Das neue Bundesgerichtsgesetz, Basel 2006, S. 35 f.; Nicolas von Werdt,

in: Seiler/von Werdt/Güngerich, Stämpflis Handkommentar zum Bundesgerichtsgesetz, Bern 2007, N. 7 zu Art. 91 BGG; UHLMANN/WÄLLE-BÄR, a.a.O., N. 22 zu Art. 44 VwVG). Diese Rechtsprechung ist auch bei der Anwendung des VwVG massgebend, nachdem das revidierte VwVG auf das neue BGG abgestimmt worden ist (in Bezug auf die Anfechtbarkeit von Zwischenverfügungen vgl. BBl 2001 4403; UHLMANN/WÄLLE-BÄR, a.a.O., N. 22 zu Art. 44 VwVG, m.w.H.).

1.1.3 Die angefochtene Verfügung lässt sich weder als Teilverfügung noch als Zwischenverfügung im Sinne der massgebenden Rechtsprechung charakterisieren. In dieser Verfügung wird nicht ein Teilaspekt oder eine Grundsatzfrage der Streitsache erledigt, vielmehr wird darin ein einzelner, konkret umrissener Sachverhalt abschliessend beurteilt, nämlich das angeblich kartellrechtlich unzulässige Verhalten der Beschwerdeführerin (Erzwingung eines Mobilterminierungspreises von 33.5 Rappen pro Minute) an einem begrenzten Ort (ganze Schweiz) in einem bestimmten Zeitraum (1. April 2004 bis 31. Mai 2005).

Auch soweit die Untersuchung nach dem 31. Mai 2005 weitergeführt wird, regelt die angefochtene Verfügung nicht einen Teilaspekt oder eine Grundsatzfrage dieser Untersuchung. Vielmehr wird ein zeitlich abgeschlossener Sachverhalt einer definitiven materiellrechtlichen Beurteilung zugeführt. Der nach dem 31. Mai 2005 auf 20 Rappen pro Minute gesenkte Terminierungspreis sowie die damit verbundenen Reaktionsweisen der anderen Marktteilnehmer bilden einen neuen Sachverhaltskomplex. Dieser ist einer eigenständigen kartellrechtlichen Beurteilung zugänglich, welche gegenwärtig noch aussteht.

Demnach stellt die angefochtene Verfügung eine Endverfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VwVG dar.

1.1.4 Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt nach Art. 31 VGG Beschwerden gegen solche Endverfügungen; es ist nach Art. 33 Bst. f VGG (i.V.m. Art. 47 Abs. 1 Bst. b VwVG) für die Behandlung der vorliegenden Streitsache zuständig, zumal keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt.

1.1.5 Das Bundesverwaltungsgericht hat aufgrund des ausserordentlichen Umfangs und der Komplexität der Angelegenheit sowie der zahlreichen grundlegenden Rechtsfragen, die zu klären waren, ausnahmsweise zwei Gerichtsschreiber eingesetzt.

Gemäss Art. 26 VGG wirken Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber bei der Instruktion der Fälle und bei der Entscheidfindung mit. Sie haben beratende Stimme und erarbeiten unter der Verantwortung eines Richters oder einer Richterin Referate und redigieren die Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts.

Die Rechtsprechung hat im Zusammenhang mit dem aus Art. 58 Abs. 1 BV und Art. 6 Abs. 1 erster Satz EMRK abgeleiteten Anspruch der Parteien auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht wiederholt erkannt, dass auch die Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber den entsprechenden verfassungs- und konventionsrechtlichen Anforderungen genügen müssen, sofern sie Einfluss auf die Urteilsfindung haben können, was namentlich der Fall ist, wenn sie an der Entscheidfindung mit beratender Stimme mitwirken (vgl. BGE 125 V 499 E. 2b, m.w.H., u.a. auf BGE 115 Ia 224 E. 7b).

Da vorliegend zwei Gerichtsschreiber entsprechend ihren Beiträgen mit beratender Stimme an der Entscheidfindung mitgewirkt haben, werden – zur Gewährleistung der gebotenen Transparenz – im Rubrum diese beiden Gerichtsschreiber namentlich aufgeführt.

1.2 Beschwerdelegitimation und übrige Eintretensvoraussetzungen

1.2.1 Die Beschwerdeführerin hat am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen. Sie ist durch die angefochtene Verfügung insoweit besonders berührt, als die Vorinstanz darin feststellt, die Beschwerdeführerin habe im "Wholesale"-Markt für die in ihr Mobilfunknetz eingehenden Fernmeldedienste im Bereich der Sprachtelefonie bis am 31. Mai 2005 über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, und der Beschwerdeführerin gestützt darauf einen Ausbeutungsmissbrauch vorwirft bzw. diesen mit einem "Geldbetrag" sanktioniert. Die Beschwerdeführerin hat deshalb ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung dieser Verfügung (vgl. Entscheid der REKO/WEF FB/2003-4 vom 9. Juni 2005 [i.S. *Telekurs Multipay AG*] E. 6.2.6, veröffentlicht in: RPW 2005/3, S. 530 ff., sowie grundlegend zur Feststellung einer beherrschenden Stellung im Verfügungsdispositiv Entscheid der REKO/WEF FB/2005-2 vom 25. Oktober 2006 [i.S. *Swisscom Directories AG*] E. 4.2 und E. 5.2.2, veröffentlicht in: RPW 2006/4, S. 698 ff.). Somit ist die Beschwerdeführerin zur Beschwerde grundsätzlich legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG).

1.2.2 Eingabefrist und -form sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG), der Vertreter hat sich rechtsgenüglich ausgewiesen (Art. 11 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 46 ff. VwVG).

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten, soweit darin die Aufhebung der angefochtenen Verfügung verlangt wird.

1.2.3 Darüber hinaus beantragt die Beschwerdeführerin, "die Vorinstanz sei anzuweisen, die Untersuchung betreffend Terminierung Mobilfunk (32-0158) ohne Folgen für Swisscom Mobile AG einzustellen".

Mit diesem Begehren wendet sich die Beschwerdeführerin gegen die Fortführung der gegenwärtig laufenden Untersuchung (für die Zeit nach dem 31. Mai 2005; vgl. Ziff. 5 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung). Auf diesen Antrag kann jedoch nicht eingetreten werden. Nach feststehender Rechtsprechung der REKO/WEF, an der festzuhalten ist, stellt die *Eröffnung* einer Untersuchung keine mit Verwaltungsbeschwerde anfechtbare Verfügung dar, weil sie kein individuell-konkretes Rechtsverhältnis nach Art. 5 VwVG begründet (vgl. Entscheid der REKO/WEF FB/2003-4 vom 9. Juni 2005 [i.S. *Telekurs Multipay AG*] E. 1.4, veröffentlicht in: RPW 2005/3, S. 530 ff., m.w.H.; Paul Richli, Kartellverwaltungsverfahren, in: von Büren/David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht [SIWR] V/2, Basel 2000, S. 428; Roger Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, Rz. 1079 f.; vgl. auch die Literaturhinweise in BGE 130 II 521 E. 2.7.3). Gleiches gilt auch bezüglich der vorliegenden *Fortführung* der Untersuchung für Sachverhalte nach dem 31. Mai 2005. Mangels eines Anfechtungsobjekts ist folglich auf die Beschwerde nicht einzutreten, soweit die Einstellung der "Untersuchung betreffend Terminierung Mobilfunk (32-0158)" verlangt wird.

2. Beschwerdegründe und vorgeworfenes Verhalten

2.1 Zulässigkeit der Beschwerdegründe

Zur Begründung ihres Antrags auf Aufhebung der angefochtenen Verfügung bringt die Beschwerdeführerin eine Vielzahl formeller wie auch materieller Rügen vor:

Einerseits beklagt sie eine Verletzung ihres Anspruchs auf eine EMRK-konforme Behandlung der Streitsache, welche auch das Bundesverwaltungsgericht nicht "heilen" könne, sowie eine in mannigfacher Weise erfolgte Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör. Andererseits rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe in wesentlichen Fragen auf eine gewissenhafte Beweisführung verzichtet und sich weitgehend auf blosse Behauptungen und Vermutungen gestützt und daher die tatsächlichen Voraussetzungen für die Verhängung einer Kartellsanktion nicht nachweisen können. Überdies habe die Vorinstanz das massgebliche Recht in jeder Hinsicht fehlerhaft angewendet.

In den folgenden Erwägungen 3 ff. ist auf die einzelnen Rügen einzugehen, zumal sich diese an den Rahmen der zulässigen Beschwerdegründe von Art. 49 VwVG halten.

Da die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung gleichzeitig zwei unterschiedliche Positionen zu den angeblichen Opfern des der Beschwerdeführerin vorgeworfenen Ausbeutungsmissbrauchs zu vertreten scheint, ist vorab kurz auf die entsprechende Kritik der Beschwerdeführerin einzugehen.

2.2 Das der Beschwerdeführerin vorgeworfene Verhalten

2.2.1 Die Beschwerdeführerin bemängelt, die Vorinstanz habe in der angefochtenen Verfügung die als missbräuchlich erachteten Verhaltensweisen nirgends eindeutig substantiiert, sondern "wechselnde Vorwürfe" erhoben, was auf die "sprunghafte Entstehungsgeschichte" der angefochtenen Verfügung und deren unsorgfältige Redaktion zurückzuführen sei:

- Sie werfe der Beschwerdeführerin vor, ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht zu haben, "indem sie nach Art. 7 Abs. 2 lit. c KG unangemessene Terminierungsgebühren von anderen FDA" erzwungen habe (vgl. Dispositiv-Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung);

- ein Missbrauch habe auf der "Wholesale-Ebene" stattgefunden und sich "auf die Endkunden" ausgewirkt (vgl. Verfügung Ziff. 345);

- die Beschwerdeführerin habe "mit den überhöhten Terminierungsgebühren die Endkunden der FDA, die eine Terminierung in das MF-Netz von SCM nachfragten, ausgebeutet" (vgl. Verfügung Ziff. 371);

- die Beschwerdeführerin habe sich unzulässig verhalten, "indem sie […] gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. c KG unangemessene Preise […] verlangt und damit die Endkunden der Marktgegenseite im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG" ausgebeutet habe (vgl. Verfügung Ziff. 379).

Unklar sei, welches Verhalten ihr überhaupt vorgeworfen werde: (1.) eine missbräuchliche Verhaltensweise auf der "Wholesale- und/oder Retail-Ebene" oder (2.) eine Ausbeutung oder Behinderung der Anbieterinnen von Fernmeldediensten, der Mobilfunkanbieterinnen oder der Endkunden der anderen Fernmeldedienstanbieterinnen. Eine Auslegung des Dispositivs im Lichte der Erwägungen führe zu keinem eindeutigen Ergebnis.

2.2.2 Die Vorinstanz widerspricht dieser Darstellung in ihrer Vernehmlassung vom 18. Juni 2007. Die angefochtene Verfügung sei eindeutig: Der Beschwerdeführerin werde die Benachteiligung der Marktgegenseite durch das Erzwingen unangemessener Preise vorgeworfen. Die kritisierten Unklarheiten und Inkonsistenzen bestünden nicht. Es sei bewiesen worden, dass die Beschwerdeführerin ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht habe, indem sie von anderen Fernmeldedienstanbieterinnen unangemessene "Terminierungsgebühren" erzwungen habe. Ob die Vertragspartner die Nachteile auf ihre Kunden überwälzt hätten, liege ausserhalb des Einflussbereichs eines marktbeherrschenden Unternehmens und spiele kartellrechtlich keine Rolle. Darum sei letztlich nicht ausschlaggebend, ob die Anbieterinnen von Fernmeldediensten oder die Endkunden überhöhte Preise bezahlt hätten. Dies sei kein Tatbestandselement von Art. 7 Abs. 1 KG, sondern eine Folge der Ausbeutung, welche die Beschwerdeführerin begangen habe.

2.2.3 Im Sinne der überzeugenden Ausführungen der Vorinstanz, welche vom klaren Wortlaut der Dispositiv-Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung gestützt werden, ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführerin einzig vorgeworfen wird, sie habe im relevanten Zeitraum (bis 31. Mai 2005) ihre angeblich marktbeherrschende Stellung dazu missbraucht, im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG von anderen Anbieterinnen von Fernmeldediensten (d.h. vorab von Sunrise und Orange) unangemessene Terminierungspreise zu erzwingen. Deshalb wurde sie gestüzt auf Art. 49*a* Abs. 1 KG (i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG) mit einem "Betrag" von Fr. 333'365'685.– "belastet" (vgl. Dispositiv-Ziff. 3 der angefochtenen Verfügung).

Dem scheint entgegen zu stehen, dass die Vorinstanz insbesondere in der Ziff. 271 der angefochtenen Verfügung festhält, die überhöhten "Mobilterminierungsgebühren" hätten sich negativ auf die Endkunden der Marktgegenseite ausgewirkt, indem Anbieterinnen von Fernmeldediensten in der Regel die unangemessenen Terminierungspreise auf ihre Endkunden abgewälzt hätten, womit diese die "primär Geschädigten" seien (vgl. dazu auch Verfügung Ziff. 268, 271, 287, 306, 345, 347 [mit der Einschränkung "hauptsächlich"], 367, 371, 379, 410, 414).

Diese Sicht hat die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung vom 18. Juni 2007 (vgl. Ziff. 60) korrigiert und überzeugend dargelegt, dass die Fernmeldedienstanbieterinnen als Marktgegenseite (und damit implizit als die primär Geschädigten) anzusehen seien, welche allenfalls die Möglichkeit hätten, die ihnen zugefügten Nachteile abzuwälzen (auf Kosten von Zulieferern oder Kunden bzw. Endverbrauchern).

Insofern scheinen die von der Beschwerdeführerin zu Recht beklagten Unklarheiten einerseits Folge eines redaktionellen Versehens zu sein, das sich durch den langwierigen Entstehungsprozess der Verfügung (15. Oktober 2002 [Eröffnung der Untersuchung] bis 5. Februar 2007 [Erlass der angefochtenen Verfügung]) teilweise erklären lässt. Angesichts der hohen technischen und ökonomischen Komplexität der zur Beurteilung stehenden Netzwerkverhältnisse hatte die Vorinstanz in der Anfangsphase die Stossrichtung ihrer Untersuchung vorab auf das allfällige Bestehen missbräuchlicher Absprachen (Art. 5 f. KG) gerichtet (vgl. Vorinstanz act. 22, 33, 36, 55, 69, 100), weshalb natürlich der Endkunde als benachteiligte Seite in den Vordergrund rückte. Wie die Beschwerdeführerin indessen zu Recht rügt, hätte die Vorinstanz im Lichte ihres konzeptionell neu formulierten Vorwurfs (Preisausbeutung nach Art. 7 Abs. 1 [i.V.m. Abs. 2 Bst. c] KG) die Ziff. 268, 271, 287, 306, 345, 347, 367, 371, 379, 410, 414 der angefochtenen Verfügung entsprechend anpassen müssen.

Indes kommt dieser redaktionellen Unsorgfalt für die Beurteilung des vorliegenden Falles keine erhebliche Bedeutung zu. In diesem Sinne ist den nachfolgenden Erörterungen die zuletzt vertretene Sichtweise der Vorinstanz zu Grunde zu legen, welche von einem angeblichen "Ausbeutungsmissbrauch zu Lasten anderer Fernmeldedienstanbieter" (d.h. primär zu Lasten von Sunrise und Orange) ausgeht.

2.2.4 Angesichts der unbestrittenen Standpunkte der Vorinstanz und der Beschwerdeführerin ist der Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens nach zwei Richtungen hin abzugrenzen:

Obwohl im Rahmen der Eröffnung der Untersuchung in der amtlichen Publikation der Verdacht auf unzulässige Wettbewerbs*abreden* erwähnt worden war (vgl. BBl 2002 6827 und im Sachverhalt unter B.b), wird in der angefochtenen Verfügung weder der Beschwerdeführerin noch anderen Anbieterinnen von Fernmeldediensten vorgeworfen, die Mobilterminierungspreise in unzulässiger Weise untereinander *abgesprochen* zu haben (im Sinne einer Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG). Die Vorinstanz hat diesen Anfangsverdacht nicht weiter verfolgt, nachdem sie auf der Infrastrukturebene keine Wettbewerbsabrede erkennen konnte, sondern ein Problem des strukturell anders gearteten Marktmachtmissbrauchs ortete. Deshalb sind allfällige Abreden auf der Infrastrukturebene von vornherein nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens, ebensowenig wie allfällige Abreden auf der nachgelagerten Dienstleistungsebene. Solche bildeten auch nicht Gegenstand des Untersuchungsverfahrens.

Ebenfalls nicht zu prüfen ist die Frage, ob die Beschwerdeführerin mit ihrer Preissetzung im Bereich der Terminierung ihre Konkurrentinnen, Orange und Sunrise, in der Ausübung des Wettbewerbs (auf Dienstleistungsebene) behindert habe. Die Vorinstanz verneint diese Frage in den Ziff. 367-370 der angefochtenen Verfügung mit einlässlichen Argumenten. Hinweise auf einen Behinderungsmissbrauch liegen nicht vor, weshalb auf diese unbestrittene Sachlage nicht zurückzukommen ist.

Im Streit liegt daher einzig der Ausbeutungsmissbrauch, den die Beschwerdeführerin auf der Infrastrukturebene angeblich zum Nachteil ihrer Konkurrentinnen begangen haben soll (vgl. E. 11 f.).

3. Anwendbares Recht

Für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung des vorliegenden Falles ist neben den kartellgesetzlichen Normen (vgl. E. 3.1) insbesondere der fernmelderechtliche Regulierungsrahmen (vgl. E. 3.2) bedeutsam:

3.1 Kartellrecht

Das Kartellgesetz (zitiert im Sachverhalt unter B.a) bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und

anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1 KG).

Es gilt für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG).

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).

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). Als solche Verhaltensweisen fallen insbesondere die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG in Betracht.

Die Wettbewerbskommission trifft die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten sind (Art. 18 Abs. 3 erster Satz KG). Die Wettbewerbskommission entscheidet auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung (Art. 30 Abs. 1 KG).

Auf die Verfahren sind die Bestimmungen des VwVG anwendbar, soweit das Kartellgesetz davon nicht abweicht (Art. 39 KG).

Beteiligte an Abreden, marktmächtige Unternehmen, Beteiligte an Zusammenschlüssen sowie betroffene Dritte haben den Wettbewerbsbehörden alle für deren Abklärungen erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Urkunden vorzulegen. Das Recht zur Verweigerung der Auskunft richtet sich nach Art. 16 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (Art. 40 KG).

Nach dem am 1. April 2004 in Kraft getretenen Art. 49*a* KG (AS 2004 1387 f.) können Unternehmen bei gewissen unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen direkt mit Sanktionen belastet werden, wobei Abs. 1 vorsieht:

"Ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Artikel 5 Absätze 3 und 4 beteiligt ist oder sich nach Artikel 7 unzulässig verhält, wird mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Artikel 9 Absatz 3 ist sinngemäss anwendbar. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen."

Nach Abs. 3 Bst. a von Art. 49*a* KG entfällt diese Belastung insbesondere, wenn das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung meldet, bevor diese Wirkung entfaltet. Wird dem Unternehmen innert fünf Monaten nach der Meldung die Eröffnung eines Verfahrens nach den Art. 26-30 mitgeteilt und hält es danach an der Wettbewerbsbeschränkung fest, entfällt die Belastung nicht.

Die Schlussbestimmung zur Änderung vom 20. Juni 2003 (AS 2004 1385, BBl 2002 2022, 5506) hält fest:

"Wird eine bestehende Wettbewerbsbeschränkung innert eines Jahres nach Inkrafttreten von Artikel 49*a* gemeldet oder aufgelöst, so entfällt eine Belastung nach dieser Bestimmung."

3.2 Fernmelderecht

Vorauszuschicken ist, dass für die in Frage stehende Sanktionsperiode (1. April 2004 bis 31. Mai 2005) auf die altrechtliche Fassung des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (zitiert im Sachverhalt unter A.a) abzustellen ist (AS 1997 2187). Die mit der Gesetzesrevision vom 24. März 2006 angepassten Bestimmungen wurden erst auf den 1. April 2007 in Kraft gesetzt (Fernmeldegesetz, Änderungen vom 24. März 2006, Ziff. I, IV; AS 2007 921 939; BBl 2003 7951). Dies bestreiten die Verfahrensbeteiligten zu Recht nicht.

Das Fernmeldegesetz bezweckt, dass der Bevölkerung und der Wirtschaft vielfältige, preiswerte, qualitativ hoch stehende sowie national und international konkurrenzfähige Fernmeldedienste angeboten werden (aArt. 1 Abs. 1 FMG, AS 1997 2187). Es soll insbesondere: (a.) eine zuverlässige und erschwingliche Grundversorgung mit Fernmeldediensten für alle Bevölkerungskreise in allen Landesteilen gewährleisten; (b.) einen störungsfreien, die Persönlichkeits- und Imma-

terialgüterrechte achtenden Fernmeldeverkehr sicherstellen; (c.) einen wirksamen Wettbewerb beim Erbringen von Fernmeldediensten ermöglichen (aArt. 1 Abs. 2 FMG, AS 1997 2187).

Nach aArt. 3 Bst. e FMG (AS 1997 2187) bedeutet *Interkonnektion*:

"... die Verbindung von Fernmeldeanlagen und Fernmeldediensten, die ein fernmeldetechnisches und logisches Zusammenwirken der verbundenen Teile und Dienste sowie den Zugang zu Diensten Dritter ermöglicht."

Die bis 31. März 2007 gültige Fassung von aArt. 11 FMG (AS 1997 2187) lautete:

"[1] Marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten müssen andern Anbieterinnen von Fernmeldediensten nach den Grundsätzen einer transparenten und kostenorientierten Preisgestaltung auf nichtdiskriminierende Weise Interkonnektion gewähren. Sie müssen die Bedingungen und Preise für ihre einzelnen Interkonnektionsdienstleistungen gesondert ausweisen. Der Bundesrat legt die Grundsätze der Interkonnektion fest.

[2] Wer Dienste der Grundversorgung nach Artikel 16 anbietet, muss die Kommunikationsfähigkeit zwischen allen Benutzern dieser Dienste sicherstellen und ist auch zur Interkonnektion verpflichtet, wenn sie keine marktbeherrschende Stellung hat und nicht Grundversorgungskonzessionärin ist. Der Bundesrat kann Schnittstellen für den Zugang zu diesen Diensten nach internationalen Normen vorschreiben. Das Bundesamt erlässt die nötigen technischen und administrativen Vorschriften.

[3] Kommt innert drei Monaten zwischen der zur Interkonnektion verpflichteten Anbieterin und der Anfragerin keine Einigung zustande, so verfügt die Kommission auf Antrag des Bundesamtes die Bedingungen nach markt- und branchenüblichen Grundsätzen. Auf Gesuch einer Partei kann die Kommission einstweiligen Rechtsschutz gewähren. Ist die Frage der Marktbeherrschung zu beurteilen, so konsultiert das Bundesamt die Wettbewerbskommission. Die Wettbewerbskommission kann ihre Stellungnahme veröffentlichen.

[4] Verfügungen der Kommission nach Absatz 3 unterliegen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht. Streitigkeiten aus Interkonnektionsvereinbarungen und Interkonnektionsentscheiden werden durch die Zivilgerichte beurteilt.

[5] Die beteiligten Parteien stellen dem Bundesamt nach Vertragsabschluss eine Kopie ihrer Interkonnektionsvereinbarung zu. Soweit keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen, gewährt das Bundesamt Einsicht in die Vereinbarungen nach den Absätzen 1-4."

4. Rüge der Verletzung von Art. 7 EMRK

Wie bereits erwähnt, wird nach Art. 49*a* Abs. 1 erster Satz KG (direkte Sanktionierung) ein Unternehmen, das sich insbesondere *nach Art. 7 KG unzulässig verhält,* mit einem Betrag bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens (Art. 49*a* Abs. 1 KG, dritter Satz). Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen (Art. 49*a* Abs. 1 KG, vierter Satz).

Unter der Marginalie "Keine Strafe ohne Gesetz" hält Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK (zitiert im Sachverhalt unter D.b) fest:

"Niemand darf wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war."

4.1 Die Rügen der Beschwerdeführerin zu Art. 7 Abs. 1 EMRK

Anknüpfend an die letztgenannte Bestimmung macht die Beschwerdeführerin zweierlei geltend.

Einerseits erachtet sie zur Hauptsache die *Tatbestandsseite* von Art. 49*a* Abs. 1 erster Satz KG als zu unbestimmt, weshalb sie angesichts der angeblich objektiv unklaren Rechtslage den sanktionsbedrohten Verstoss nicht habe voraussehen können (vgl. E. 4.1.1). Andererseits bemängelt sie, dass keine hinreichende Klarheit über die *Rechtsfolgen* bestehe (vgl. E. 4.1.2):

4.1.1 Zur angeblich unzulässigen Unbestimmtheit des Tatbestands führt die Beschwerdeführerin an, das Bestimmtheitsgebot *nulla poena sine lege certa* ergebe sich aus dem Gebot der Rechtssicherheit und dem Legalitätsprinzip. Die Sanktionierung von gesetzwidrigem Verhalten bezwecke Prävention und Repression. Dies wiederum setze vorwerfbares Verhalten voraus. Ein solches sei nur dann strafwürdig, wenn die Rechtslage objektiv klar gewesen sei und dem Täter subjektiv vorgeworfen werden könne, dass er diese Rechtslage missachtet habe.

Der Grad an Bestimmtheit einer Norm müsse um so höher sein, je gravierender sich die Rechtsfolgen auswirkten. Die genügende Klarheit einer Gesetzesbestimmung könne sich aus ihrem Wortlaut sowie aus

behördlicher Fallpraxis ergeben. Blieben jedoch der Anwendungsbereich und der Inhalt einer Norm auch unter Berücksichtigung behördlicher Fallpraxis unklar, dürfe wegen eines Normverstosses keine Sanktion ausgefällt werden, wie im massgebenden BGE 125 IV 35 festgehalten werde. Deshalb müsse eine Sanktion objektiv voraussehbar sein.

Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG, der die "Erzwingung unangemessener Preise" für unzulässig erklärt und vom Verweis in Art. 49*a* Abs. 1 erster Satz KG mitumfasst wird, bezeichne als unzulässige Verhaltensweise pauschal die "Erzwingung unangemessener Preise", definiere aber nicht näher, was unter "Erzwingung" oder unter "unangemessen" zu verstehen sei. Insbesondere würden keinerlei Kriterien für die "Unangemessenheit" genannt. Somit lasse der Gesetzestext von Art. 7 KG allein noch nicht hinreichend klar erkennen, wann eine Sanktion zu erwarten sei – im Unterschied zum Normtext von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG, den der Gesetzgeber bei der Einführung direkter Sanktionen vor Augen gehabt habe. Da nach revidiertem Kartellgesetz keine konkretisierenden Verfügungen mehr ergingen, könne sich die nötige Klarheit nur aus einer bereits bestehenden behördlichen Praxis ergeben. Indes bestehe für den vorliegenden Fall zu Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG bis heute keine einschlägige Fallpraxis.

Bereits die Gutachter Prof. Dr. iur. René Rhinow und Dr. iur. András A. Gurovits (vgl. RPW 2001/3, S. 602 ff.) hätten die Anknüpfung direkter Sanktionen an den Missbrauchstatbestand von Art. 7 KG – ohne die Möglichkeit einer vorgängigen Klarstellung der Rechtslage – für verfassungsrechtlich bedenklich gehalten. Jedoch habe sie (als betroffenes Unternehmen) über dieses Korrektiv, die Rechtslage vorgängig klären zu lassen, damals nicht verfügt. Denn bei den strittigen "Terminierungsgebühren" sei es nicht um einen künftigen Sachverhalt gegangen, wie dies das Meldeverfahren nach Art. 49*a* Abs. 3 KG voraussetze. Daher habe sie am 1. April 2004 eine Meldung gemäss Übergangsbestimmung zum revidierten Kartellgesetz eingereicht, welche das Bundesgericht im Urteil 2A.289/2005 vom 8. Juni 2006 entgegen dem Entscheid der REKO/WEF nicht als sanktionsbefreiende Meldung anerkannt habe.

Trotz dieser Entwicklung sei bis heute unklar, welche "Terminierungsgebühr" "angemessen" sei, was selbst die Vorinstanz einräume. Sie habe deshalb angesichts zweier Entscheide der ComCom ihre "Termi-

nierungsgebühren" für angemessen halten dürfen. Am 29. April 1999 habe die ComCom auf Begehren von Sunrise (damals diAx) einen markt- und branchenüblichen Preis für nationale Terminierung von 47 Rp./Min. errechnet und vorsorglich festgelegt. Am 3. April 2001 habe die ComCom auf Gesuch von Sunrise hin eine "Terminierungsgebühren"-Differenz von 10 % festgelegt. An diese behördliche Rahmenvorgaben habe sie sich danach gehalten, weshalb sie ihr Verhalten als zulässig habe betrachten dürfen. Auch die Vorinstanz erachte ein Verhalten für nicht rechtswidrig, wenn es behördlichen Vorgaben folge. Ferner habe die bisherige Fallpraxis nicht erkennen lassen, dass "Terminierungsgebühren" an ausländischen, kaufkraftsparitätslosen Vergleichswerten zu messen seien. Insbesondere habe nicht damit gerechnet werden müssen, die kartellrechtliche Angemessenheit der strittigen "Terminierungsgebühr" würde sektorspezifisch anhand von ex-ante regulierten Ordnungen überprüft. In Europa gebe es kein einziges kartellrechtliches ex-post-Verfahren, das sich mit der Frage der "Terminierungsgebühren" auseinandergesetzt hätte. Sämtliche Entscheide seien von Regulierungsbehörden gestützt auf sektorspezifische Regulierungen getroffen worden. Insofern habe entgegen den Behauptungen der Vorinstanz eine einschlägige Fallpraxis gefehlt.

Somit habe sie in guten Treuen annehmen dürfen, zur Frage der Angemessenheit ihrer "Terminierungsgebühr" würden ausländische Vergleichswerte aus nicht-regulierten Ordnungen sowie die Kaufkraftparität berücksichtigt. So gesehen habe die strittige "Terminierungsgebühr" im europäischen Mittel gelegen, weshalb nicht ersichtlich gewesen sei, dass die "Terminierungsgebühr" unangemessen sein könnte. Dies aber schliesse nach dem Bestimmtheitsgebot eine Sanktion aus.

4.1.2 Neben diesen tatbestandsbezogenen Rügen macht die Beschwerdeführerin ferner geltend, das Bestimmtheitsgebot gelte auch für die in einer Rechtsnorm vorgesehene *Rechtsfolge*, die für den Normadressaten vorhersehbar sein müsse.

Im vorliegenden Fall bestehe jedoch nicht die nötige Klarheit über die drohende Sanktion. Art. 49*a* Abs. 1 KG setze nur deren Obergrenze bei "10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes" an und führe als Bemessungskriterien nur die Dauer und die Schwere des inkriminierten Verhaltens sowie den mutmasslich erzielten Gewinn an. Damit ergebe sich ein exorbitanter, unverhältnismässiger und abstrakter Strafrahmen von Null bis rund drei

Milliarden Franken und damit ein beispielloser Ermessensspielraum der Vorinstanz. Daher könne nicht von einer klaren Rechtsfolge gesprochen werden. Hinzu komme, dass sich der KG-Sanktionsverordnung (zitiert im Sachverhalt unter C.e) keine brauchbaren Kriterien entnehmen liessen. Die in Art. 3 SVKG genannte "Schwere des Verstosses" sei als verschärfendes Element völlig unbestimmt und unberechenbar. Nach Art. 4 SVKG sei aufgrund der Dauer des Verstosses ein Zuschlag "bis zu" einem bestimmten Prozentsatz zu berechnen. Nach welchen Kriterien dieser Zuschlag innerhalb dieses Rahmens festzulegen sei, werde nicht erklärt.

4.2 Die angefochtene Sanktion als "strafrechtliche Anklage"

Die als "Betrag" bezeichnete Sanktion, mit der die Beschwerdeführerin "belastet" wurde, kommt unbestrittenermassen einer "strafrechtlichen Anklage" gleich, weshalb sie Strafcharakter im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK hat (vgl. BGE 135 II 60 E. 3.2.3; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4037/2007 vom 29. Februar 2008 E. 4.3, m.w.H.; vgl. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte [EGMR], Zulässigkeitsentscheid 53892/00 vom 3. Dezember 2002 i.S. *Lilly France S.A. v. Frankreich,* Ziff. 2 S. 9, sowie EGMR, Urteil 5242/04 vom 11. Juni 2009 i.S. *Dubus S.A. v. Frankreich*, Ziff. 35; zu den einschlägigen EMRK-Kriterien vgl. EGMR, Urteil 35533/04 vom 11. Januar 2007 i.S. *Mamidakis v. Griechenland*, Ziff. 20 f.; EGMR, Urteil 27812/95 vom 23. September 1998 i.S. *Malige v. Frankreich*, Ziff. 34 ff.; EGMR, Urteil 11034/84 vom 22. Mai 1990 i.S. *Weber v. Schweiz*, Ziff. 29 ff.; BGE 134 I 140 E. 4.2; zum KG vgl. Botschaft des Bundesrates vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes [BBl 2002 2022, 2052, nachfolgend: Botschaft KG 2001]; Yvo Hangartner, Aspekte des Verwaltungsverfahrensrechts nach dem revidierten Kartellgesetz von 2003, in: Zäch/Stoffel [Hrsg.], Kartellgesetzrevision 2003 - Neuerungen und Folgen, Zürich 2004, S. 269 f.; Christof Riedo/Marcel Alexander Niggli, Verwaltungsstrafrecht, Teil 1: Ein Märchen, eine Lösung, ein Problem und ein Beispiel, in: Häner/Waldmann [Hrsg.], Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 41 ff., sowie Marcel Alexander Niggli/Christof Riedo, Verwaltungsstrafrecht, Teil 2: Eine Lösung, viele Probleme, einige Beispiele und kein Märchen, in: Häner/Waldmann [Hrsg.], a.a.O., S. 57 ff.; Christoph Tagmann, Die direkten Sanktionen nach Art. 49*a* Abs. 1 KG, Zürich 2007, S. 85; Pieter van Dijk/Fried van Hoof/Arjen van Rijn/Leo Zwaak, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 4. Aufl.,

Antwerpen/Oxford 2006, S. 539 ff.; DANIEL ZIMMERLI, Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der «Bonusregelung» im Kartellrecht, Bern 2007, S. 449 ff.).

Aus diesem Grunde fällt die hier aufgeworfene Fragestellung auch in den Geltungsbereich von Art. 7 EMRK, den die Beschwerdeführerin *ratione personae* rügen kann (vgl. BGE 128 I 346 E. 3.2; MARK E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., Zürich 1999, Rz. 534 bzw. 101). Dem steht der Umstand nicht entgegen, dass die Beschwerdeführerin als spezialgesetzliche Aktiengesellschaft mit dem Bund als Mehrheitsaktionär organisiert ist (Art. 2 und 6 des Telekommunikationsunternehmungsgesetzes vom 30. April 1997 [TUG, SR 784.11]), zumal sie im fraglichen Bereich der Mobilfunkterminierung keine staatliche Hoheitsgewalt ausübt und deshalb als "nichtstaatliche Organisation" im Sinne von Art. 34 EMRK parteifähig ist (vgl. CHRISTOPH GRABENWARTER, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl., München/Basel/Wien 2009, § 13 N. 10, S. 51 f. und § 17 N. 5, S. 102, m.w.H.).

4.3 Zur Tragweite von Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK im Allgemeinen

Art. 7 EMRK statuiert den Grundsatz, wonach Straftaten und Strafsanktionen durch Gesetz umschrieben werden müssen (vgl. EGMR, Urteil 14307/88 vom 25. Mai 1993 i.S. *Kokkinakis v. Griechenland,* Ziff. 52; JOACHIM RENZIKOWSKI, in: Karl [Hrsg.], Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention [IntKommEMRK], Köln/Berlin/München 2009, Rz. 2 zu Art. 7 EMRK; NIGGLI/RIEDO, a.a.O., S. 55). Dies gilt auch hinsichtlich direkter Sanktionen nach Art. 49*a* Abs. 1 KG, denen auch Strafcharakter zukommt (vgl. E. 4.2, m.w.H.).

4.3.1 Diese wesentliche Rechtsstaatsgarantie, wonach jede Strafe auf Gesetz beruhen muss, soll den Einzelnen die Grenzen seiner Freiheit erkennen und ausüben lassen (vgl. LOUIS-EDMOND PETTITI/EMMANUEL DECAUX/PIERRE-HENRI IMBERT, La Convention européenne des droits de l'homme, 2. Aufl., Paris 1999, S. 294 f.; RENZIKOWSKI, a.a.O., Rz. 5 und 52 ff. zu Art. 7 EMRK). Insofern soll vermieden werden, dass eine Strafverurteilung im Sinne von Art. 6 Abs. 1 erster Satz EMRK auf eine Gesetzesnorm gestützt wird, die eine Person nicht zumindest hätte kennen können (vgl. EGMR, Urteil 20166/92 vom 22. November 1995 i.S. *S.W. und C.R. v. Vereinigtes Königreich,* Ziff. 35; VAN DIJK/VAN HOOF/VAN RIJN/ZWAAK, a.a.O., S. 654). Dabei variieren die Anforderungen an ein Gesetz nach verschiedenen Kriterien: Ob es hinreichend bestimmt und

klar ist, hängt nach dem EGMR vom Rechtsgebiet, von der Zahl und vom Status der Adressaten ab. Insofern können technische oder relativ unbestimmte Begriffe insbesondere im Wirtschaftsrecht noch die Bestimmtheitserfordernisse erfüllen, während beispielsweise bei risikobehafteten Tätigkeiten von den Betroffenen erwartet werden kann, dass sie besondere Sorgfalt aufbringen, um die Folgen ihres Verhaltens abschätzen zu können (vgl. Urteil 17862/91 vom 15. November 1996 i.S. *Cantoni v. Frankreich*, Ziff. 35; PETTITI/DECAUX/IMBERT, a.a.O., S. 296; RENZIKOWSKI, a.a.O., Rz. 53 zu Art. 7 EMRK).

4.3.2 In diesem Zusammenhang lässt der EGMR richterliche Rechtsfortbildung nur in den Grenzen der Vorhersehbarkeit zu (vgl. Urteil 17862/91 vom 15. November 1996 i.S. *Cantoni v. Frankreich*, Ziff. 29 ff.; RENZIKOWSKI, a.a.O., Rz. 58 zu Art. 7 EMRK; VILLIGER, a.a.O., Rz. 536). Zu beachten ist aber, dass Art. 7 EMRK kein Verbot einer schrittweise erfolgenden Klärung der Vorschriften über die strafrechtliche Verantwortlichkeit durch richterliche Auslegung enthält. Diesbezüglich muss die Rechtsprechung aber in sich widerspruchsfrei und ihre Entwicklung mit dem Wesen des Straftatbestands vereinbar und ausreichend voraussehbar sein (vgl. EGMR, Urteil 34044/96 vom 22. März 2001 i.S. *Streletz, Kessler und Krenz v. Deutschland*, Ziff. 50; GRABENWARTER, a.a.O., § 24 N. 137, S. 400; ARTHUR HAEFLIGER/FRANK SCHÜRMANN, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 2. Aufl., Bern 1999, S. 244 ff.; RENZIKOWSKI, a.a.O., Rz. 11, 43 ff. zu Art. 7 EMRK).

4.3.3 Allerdings lässt sich im Einzelfall eine unzulässige Rechtsfortbildung nur schwer von einer zulässigen Änderung der Rechtsprechung abgrenzen, welche auf entsprechender gesetzlicher Auslegung beruht (vgl. GRABENWARTER, a.a.O., § 24 N. 132, S. 397, mit Beispielen). Daher wird in der Praxis dem in Art. 7 EMRK (neben dem Gesetzmässigkeitsprinzip) ebenfalls angelegten Bestimmtheits- und Klarheitsgebot Genüge getan, wenn dem Wortlaut der jeweiligen Vorschrift, soweit erforderlich mit Hilfe der Auslegung durch die Gerichte, zu entnehmen ist, für welche Handlungen und Unterlassungen der Einzelne strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann (vgl. EGMR, Urteil 10249/03 vom 17. September 2009 i.S. *Scoppola v. Italien*, Ziff. 99 ff.; EGMR, Urteil 17862/91 vom 15. November 1996 i.S. *Cantoni v. Frankreich*, Ziff. 29; EGMR, Urteil 45771/99 vom 21. Januar 2001 i.S. *Veeber v. Estland*, Ziff. 31 ff.; GRABENWARTER, a.a.O., § 24 N. 137, S. 400; VAN DIJK/VAN HOOF/VAN RIJN/ZWAAK, a.a.O., S. 654 f.). Insofern haben natio-

nale Gerichte keine "autonome Auslegung" nationaler Gesetze durch den EGMR zu befürchten, zumal sich dieser grösste Zurückhaltung auferlegt, wenn er Normen prüft, welche als "zu unbestimmt" kritisiert werden (vgl. EGMR, Urteil 11843/03 vom 3. Mai 2007 i.S. *Custers, Deveaux and Turk v. Dänemark*, Ziff. 76 ff.; JENS MEYER-LADEWIG, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, 2. Aufl., Baden-Baden 2006, N. 6 f. zu Art. 7 EMRK; VAN DIJK/VAN HOOF/VAN RIJN/ZWAAK, a.a.O., S. 654 f.; VILLIGER, a.a.O., Rz. 538).

4.3.4 Eine Einschränkung hat die Tragweite von Art. 7 EMRK in der Rechtsprechung des EGMR zum sog. "Mauerschützenfall" erfahren, wo eine Verurteilung als vorhersehbar erachtet worden ist, obschon die menschenrechtswidrige staatliche *Praxis* für die Dauer und Gültigkeit der massgeblichen Rechtsordnung jegliche Strafbarkeit (von Tötungshandlungen an der ehemaligen DDR-Grenze) ausschloss (vgl. EGMR, Urteil 34044/96 vom 22. März 2001 i.S. *Streletz, Kessler und Krenz v. Deutschland*, Ziff. 77 ff.; STEPHAN BREITENMOSER/BORIS RIEMER/CLAUDIA SEITZ, Praxis des Europarechts – Grundrechtsschutz, Zürich/Köln/Wien 2006, S. 47 f.; GRABENWARTER, a.a.O., § 24 N. 138, S. 400 f.; ANNE PETERS, Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention, München 2003, S. 145 ff.; RENZIKOWSKI, a.a.O., Rz. 78 ff. zu Art. 7 EMRK).

4.3.5 Der EGMR prüft jedoch nicht, ob sich der Betroffene strafbar gemacht hat, was Sache der nationalen Gerichte ist (vgl. EGMR, Urteil 34044/96 vom 22. März 2001 i.S. *Streletz, Kessler und Krenz v. Deutschland*, Ziff. 49), sondern nur, ob zur Tatzeit eine hinreichend bestimmte Gesetzesvorschrift bestand, welche die Tat strafbar machte, und ob die auferlegte Strafe die von dieser Vorschrift bestimmten Grenzen überschritten hat (vgl. EGMR, Urteil 68066/01 vom 22. Juli 2003 i.S. *Gabarri Moreno v. Spanien*, Ziff. 22 ff., Ziff. 33; MEYER-LADEWIG, a.a.O., N. 7 zu Art. 7 EMRK; RENZIKOWSKI, a.a.O., Rz. 60 zu Art. 7 EMRK; VAN DIJK/VAN HOOF/VAN RIJN/ZWAAK, a.a.O., S. 656).

In seiner Rechtsprechung zur *Rechtsfolgeseite* beschäftigt sich der EGMR mit angeblichen Fehlern bei der Strafzumessung, also mit der Frage, ob die konkret erfolgte Strafzumessung dem gesetzlich vorgesehenen Strafrahmen entspricht (vgl. EGMR, Urteil 10249/03 vom 17. September 2009 i.S. *Scoppola v. Italien*, Ziff. 95; EGMR, Urteil 68066/01 vom 22. Juli 2003 i.S. *Gabarri Moreno v. Spanien*, Ziff. 25; EGMR, Zulässigkeitsentscheid 36946/03 vom 29. November 2005

i.S. *Uttley v. Grossbritanien*; EGMR, Zulässigkeitsentscheid 33448/96 vom 14. Dezember 1999 i.S. *Wedenig v. Österreich*, S. 3 f.). Insofern verlangt das Bestimmtheitsgebot nicht, dass das genaue Mass der Strafe oder ein abschliessender Katalog von Alternativen gesetzlich festgelegt sein müssten (vgl. VAN DIJK/VAN HOOF/VAN RIJN/ZWAAK, a.a.O., S. 656). Soweit nur Strafmaxima gesetzlich vorgesehen sind, wissen die Betroffenen, welche Maximalstrafe sie bei einem Normverstoss zu erwarten haben (vgl. EGMR, Urteil 68066/01 vom 22. Juli 2003 i.S. *Gabarri Moreno v. Spanien*, Ziff. 33; RENZIKOWSKI, a.a.O., Rz. 54 zu Art. 7 EMRK). Nach VAN DIJK/VAN HOOF/VAN RIJN/ZWAAK scheint Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK auch nicht auszuschliessen, dass der Strafgesetzgeber den Verstoss gegen eine – gesetzlich hinreichend bestimmte – Norm ohne gesetzliches Strafmaximum unter Strafe stellt (vgl. VAN DIJK/VAN HOOF/VAN RIJN/ZWAAK, a.a.O., S. 656 f.; a.M. NIGGLI/RIEDO, a.a.O., S. 55, wonach betragsmässig unbestimmte Bussen unzulässig seien; vgl. auch BERND MEYRING, Uferlose Haftung im Bussgeldverfahren?, Neuste Theorien der Kommission zur Zurechnung von Kartellverstössen, WuW 2010, S. 157 ff., insbes. S. 168 f., mit Hinweis u.a. auf RAINER BECHTOLD/STEPHAN WERNICKE, Kartellbussen ohne Mass, FAZ vom 14. Februar 2009).

Auch in seiner jüngsten Rechtsprechung verlangt der EGMR nicht, dass das genaue Strafmass gesetzlich festgelegt sein müsste (vgl. Urteil 10249/03 vom 17. September 2009 i.S. *Scoppola v. Italien*, Ziff. 94). Vielmehr prüft der EGMR bei angefochtenen Strafzumessungen einzig, ob diese den gesetzlich festgelegten Strafrahmen überschreiten (vgl. Urteil i.S. *Scoppola v. Italien*, a.a.O., Ziff. 95).

4.4 Die fehlende Fallpraxis zum inkriminierten Verhalten

4.4.1 Im Lichte der soeben dargelegten Grundsätze muss ein Gesetz so präzise formuliert sein, dass der Gesetzesadressat sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem nach den Umständen unterschiedlichen Grad an Gewissheit erkennen kann. Dies ist unbestritten. Indessen fällt – entgegen den Ausführungen der Vorinstanz – auf, dass zu Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG, der Art. 82 Abs. 2 Bst. a EGV nachgebildet ist (vgl. E. 12.3.3), bis heute weder eine in- noch eine ausländische wettbewerbsrechtliche Fallpraxis besteht, die ausgehend von der telekommunikationsrechtlichen Rahmenordnung in vergleichbarer Weise die hier strittige Frage der "Erzwingung unangemessener Terminierungspreise" thematisieren würde.

Wie die Beschwerdeführerin zu Recht betont, gibt es selbst im europarechtlichen Kontext kein einziges kartellrechtliches "ex-post-Verfahren", das sich in vergleichbarem Sinne mit Terminierungspreisen auseinandergesetzt und der Beschwerdeführerin hätte Anhaltspunkte liefern können, dass die von ihr geforderten Terminierungspreise *Wettbewerbsrecht* verletzen könnten. Sämtliche einschlägigen Entscheide sind von Regulierungsbehörden im Rahmen von telekommunikationsrechtlichen Preis-Genehmigungssystemen getroffen worden, die sektorspezifisches Wettbewerbsrecht darstellen (sog. *ex-ante*-Regulierung; vgl. dazu im Einzelnen nachfolgend E. 11.3.4.4 und E. 12.3.4.4). Insofern stellte sich die hier interessierende Fragestellung im europäischen Umfeld nicht, weshalb sich die Beschwerdeführerin entgegen den Behauptungen der Vorinstanz nicht an einer einschlägigen Fallpraxis zu orientieren vermochte.

Trotz dieser Umstände vermag die Beschwerdeführerin aus den in der Erwägung 4.3 beschriebenen konventionsrechtlichen Anforderungen von Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK keine für sie entlastenden Schlüsse zu ziehen, wenn sie geltend macht, sie hätte angesichts der Offenheit der hier anwendbaren materiellrechtlichen Vorschriften keine Möglichkeit gehabt zu erkennen, ob das ihr vorgeworfene Verhalten tatbestandsmässig sein könnte (vgl. E. 4.5 f.).

4.5 Das Verhältnis von Art. 7 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. c KG im Lichte von Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK

4.5.1 Wie die Beschwerdeführerin zu Recht einräumt, wird Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG, den die Vorinstanz in Verbindung mit Abs. 1 dieser Bestimmung angewandt hat, vom Verweis in Art. 49*a* Abs. 1 erster Satz KG mitumfasst, was die in der Lehre geäusserten Bedenken an der Bestimmtheit dieser Norm wohl etwas zu relativieren vermag (vgl. Stephan Breitenmoser, Focus: Court Appeals in Competition Law, in: Baudenbacher [Hrsg.], Current Developements in European and International Competition Law – ICF 2008, Basel 2009, S. 381 ff., S. 385). Ungeachtet dieser Bedenken scheinen die Vorinstanz und die Beschwerdeführerin Art. 7 Abs. 1 KG, wonach sich marktbeherrschende Unternehmen *unzulässig* verhalten, wenn sie durch den *Missbrauch ihrer Stellung* auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen, als eine Norm aufzufassen, der unabhängig von ihrem Abs. 2 selbständige Bedeutung zukommen könnte.

Dieser Sicht kann aber nicht gefolgt werden. Denn Art. 7 Abs. 1 KG enthält, wenn vom konkretisierenden Tatbestandskatalog in dessen Abs. 2 abgesehen wird, keinerlei Konturen, die zumindest generalklauselhaft die Kriterien für "unzulässiges Verhalten" bzw. "den Missbrauch einer Stellung" erkennbar und damit vorhersehbar machen würden (vgl. zur Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG die Botschaft des Bundesrates vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [BBl 1995 I 468, 569 f., nachfolgend: Botschaft KG 1994]; vgl. zur Problematik "normativer Zirkelschlüsse" im Zusammenhang mit Art. 7 KG MARC AMSTUTZ, Die Paradoxie des Missbrauchsbegriffs im Wettbewerbsbeschränkungsrecht, in: Amstutz/Stoffel/Ducrey [Hrsg.], Schweizerisches Kartellrecht im 13. Jahr nach dem Paradigmenwechsel, Zürich/Basel/Genf 2009, S. 48 ff.).

Dieser Befund wiegt umso schwerer, als bereits der Bundesrat in seiner Botschaft auf das Problem der Doppelgesichtigkeit von Verhaltensweisen hinweist, das darin besteht, dass ein bestimmtes Verhalten "a priori sowohl Ausdruck erwünschten Wettbewerbs als auch einer missbräuchlichen Behinderungs- oder Ausbeutungsstrategie sein kann" (vgl. Botschaft KG 1994, a.a.O., S. 569; Entscheid der REKO/WEF 98/FB-001 vom 12. November 1998 E. 3.4, veröffentlicht in: RPW 1998/4, S. 655 ff., m.w.H.; AMSTUTZ, a.a.O., S. 55). Bei der Beurteilung dieser Fragen kommt sodann – insbesondere angesichts der wachsenden Bedeutung des sog. *more economic approach* (vgl. STEFAN BÜHLER, Ökonomik in der Rechtsanwendung – Bestandesaufnahme und Ausblick, in: Amstutz/Stoffel/Ducrey [Hrsg.], a.a.O., S. 33 ff.; MANUEL KELLERBAUER, Der "more economic approach" bei der Anwendung des Artikels 82 EG-Vertrags, AJP 2009, S. 1576 ff.; LARS-HENDRIK RÖLLER/HANS W. FRIEDERISZICK, Ökonomische Analyse in der EU-Wettbewerbspolitik, in: Baudenbacher [Hrsg.], Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht 2004, Basel 2005, S. 354 ff.; vgl. die Kritik dazu in E. 11.3.1.3 und E. 12.4.2, mit Hinweis auf ROGER ZÄCH bzw. ADRIAN KÜNZLER) – erschwerend hinzu, dass anerkanntermassen eine Vielfalt wirtschaftstheoretischer Erklärungsmodelle zur Verfügung stehen, die Lehrmeinungen zufolge beinahe jedes Ergebnis einer Kartellgesetzanwendung einer ökonomischen Rechtfertigung zugänglich machen und deshalb den Rechtsanwender vor erhebliche methodische Probleme stellen (vgl. Entscheid der REKO/WEF FB/2004-4 vom 4. Mai 2006 [i.S. *20 Minuten*] E. 6.3 [mit Verweis auf PETER HETTICH, Wirksamer Wettbewerb – Theoretisches Konzept und

Praxis, Bern 2003, Rz. 752, 758] sowie E. 6.2 [mit Verweis auf ALAN P. KIRMAN, The Intrinsic Limits of Modern Economic Theory: The Emperor Has No Clothes, The Economic Journal, Vol. 99/1989, S. 126-139], veröffentlicht in: RPW 2006/2, S. 347 ff.; vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 2A.327/2006 vom 22. Februar 2007, veröffentlicht in: RPW 2007/2, S. 331 ff.; vgl. auch AMSTUTZ, a.a.O., S. 47 ff.).

Damit wird deutlich, dass die Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG angesichts ihrer inhaltlichen Offenheit für sich alleine betrachtet nicht den rechtsstaatlichen Minimalanforderungen des in Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK verankerten Legalitätsprinzips zu entsprechen vermag.

4.5.2 Indessen übersieht die Beschwerdeführerin, dass die Vorinstanz im Ergebnis zu Recht Art. 7 Abs. 1 KG *und* Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG als *untrennbare Einheit* aufgefasst hat, indem sie für die Tatbestandsmässigkeit des inkriminierten Verhaltens voraussetzte, dass eine Marktbeherrscherin die Marktgegenseite "ausbeutet" (Art. 7 Abs. 1 KG), *indem* jene von ihrer Vertragspartnerin unangemessene Preise erzwingt (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG). Dieses Prüfungsschema, das die Vorinstanz ihren Erwägungen zu Grunde gelegt hat, entspricht im Grundsatz dem ebenfalls generalklauselhaft formulierten Art. 157 Abs. 1 erster und dritter Satz StGB ("Wucher"), wonach mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft wird, wer die *Zwangslage*, die Abhängigkeit, die Unerfahrenheit oder die Schwäche im Urteilsvermögen einer Person dadurch *ausbeutet*, dass er sich oder einem anderen *für eine Leistung Vermögensvorteile* gewähren oder versprechen lässt, *die zur Leistung wirtschaftlich in einem offenbaren Missverhältnis* stehen.

Der strafgesetzliche Wuchertatbestand, dessen Vereinbarkeit mit dem in Art. 1 StGB verankerten Legalitätsprinzip unbestritten ist, weist insofern eine gewisse *strukturelle Verwandtschaft* mit Art. 7 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. c KG auf, als es im kartell- wie auch im strafgesetzlichen Bereich letztlich darum geht, gegen die Ausbeutung der qualifizierten Unterlegenheit einer anderen Person zum Abschluss oder Vollzug eines für diese unverhältnismässig nachteiligen Geschäfts vorzugehen (vgl. zu Art. 157 StGB PHILIPPE WEISSENBERGER, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Strafgesetzbuch II, Basel 2003, N. 1 ff. zu Art. 157 StGB, m.w.H.). Im Unterschied jedoch zum "offenbaren Missverhältnis" (der Austauschleistungen), das in Art. 157 StGB vorausgesetzt wird, erfordern die im Kartellgesetz zentralen Begriffe wie "Markt-

beherrschung" oder der "Missbrauch" (einer marktbeherrschenden Stellung) eine ökonomische Analyse (vgl. E. 4.5.1) und zwar in einem Ausmass, das in der Regel bei der Auslegung der wirtschaftsbezogenen Tatbestände des StGB kaum erforderlich ist.

Bei dieser Ausgangslage geht die Kritik der Beschwerdeführerin ins Leere, dass die in Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG für unzulässig erklärte "Erzwingung unangemessener Preise" im Kartellgesetz nicht näher definiert ist, nachdem jedenfalls im Lichte von Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK nach der Rechtsprechung des EGMR technische oder relativ unbestimmte Begriffe im Wirtschaftsrecht die Bestimmtheitserfordernisse erfüllen können (vgl. E. 4.3.1) und sich die inhaltliche Unschärfe von Art. 7 Abs. 1 (i.V.m. Abs. 2 Bst. c) KG auch mit zahlreichen, offen formulierten Normen des StGB vergleichen lässt (wie z.B. Art. 157 StGB [Wucher] oder Art. 181 StGB [Nötigung]), zu denen im Laufe der Jahre eine reiche Rechtsprechung herangewachsen ist, ohne die freilich der Gesetzeswortlaut allein kaum genügend Aufschluss über die Normtragweite zu geben vermag.

4.6 Zur Voraussehbarkeit einer allfälligen Tatbestandsmässigkeit

4.6.1 Um den Unternehmen ein gewisses Mass an Rechtssicherheit zu vermitteln, hat der Gesetzgeber zwei Meldeverfahren vorgesehen, und zwar (1.) ein Verfahren nach Art. 49*a* Abs. 3 Bst. a KG für *geplante,* wettbewerbsrelevante Vorhaben (vgl. PETER REINERT, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum Kartellgesetz, Bern 2007, N. 28 ff. zu Art. 49*a* KG) sowie (2.) ein Verfahren nach der Übergangsbestimmung zur Änderung vom 20. Juni 2003 für bereits *bestehende* wettbewerbsrelevante Verhaltensweisen ("Wettbewerbsbeschränkungen"), die innerhalb der Übergangsfrist nach der erfolgten Einführung direkter Sanktionen gemeldet oder aufgelöst werden konnten (vgl. REINERT, a.a.O., N. 1 ff. zur Übergangsbestimmung). Dieses zweite Meldeverfahren innerhalb der Übergangsfrist hatte die Beschwerdeführerin in Anspruch genommen (vgl. im Sachverhalt unter B.h).

In diesem Kontext lässt das Bundesgericht in seiner jüngsten *wettbewerbsrechtlichen* Rechtsprechung allfällige Bedenken hinsichtlich einer hinreichenden Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage für direkte Sanktionen insbesondere dann nicht gelten, wenn eine Partei aufgrund von Hinweisen der Wettbewerbskommission im Rahmen einer eröffneten Vorabklärung oder Untersuchung *Gewissheit* hat, dass

sie mit ihrem Verhalten ein allfälliges Sanktions*risiko* eingeht (vgl. BGE 135 II 60 E. 3.2.3, mit Verweis auf das Urteil 2A.287/2005 vom 19. August 2005 E. 3.4 und 3.5, sowie die Urteile 2A.288/2005 und 2A.289/2005 vom 8. Juni 2006; a.M. RETO JACOBS, Wirkungen der direkten Sanktionen, in: Amstutz/Stoffel/Ducrey [Hrsg.], a.a.O., S. 151 ff.; NIGGLI/RIEDO, a.a.O., S. 71 ff., wobei beide Autoren den Umstand zu übersehen scheinen, dass der vom Bundesrat vorgeschlagene Wortlaut zu Art. 49*a* Abs. 3 Bst. a KG im Laufe der parlamentarischen Beratungen bewusst zu Ungunsten der Unternehmen abgeändert wurde).

Mit anderen Worten verneint das Bundesgericht eine Ungewissheit über das *Risiko* direkter Sanktionen für Sachverhalte, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Revision – wie hier – bereits Gegenstand einer Vorabklärung oder Untersuchung der Wettbewerbsbehörden bilden, da die Betroffenen aufgrund der eingeleiteten Massnahmen wissen müssten, dass die Zulässigkeit der Weiterführung ihrer Verhaltensweise zweifelhaft erscheint und unter dem neuen Recht direkt sanktioniert werden kann. Nach dem Bundesgericht befänden sie sich "in einer vergleichbaren Situation", wie wenn die Behörden nach einer Meldung gegen das fragliche Unternehmen innert der Widerspruchsfrist ein Verfahren gemäss Art. 49*a* Abs. 3 Bst. a KG eröffneten (vgl. BGE 135 II 60 E. 3.2.4 a.E.).

4.6.2 Aus diesem Grund ist es auch unerheblich, dass die Beschwerdeführerin im Rahmen der bereits gegen sie laufenden Untersuchung – vor Einführung des Meldeverfahrens nach Art. 49*a* Abs. 3 KG – kein solches einleiten konnte, um die Rechtslage klären zu lassen, sondern sich mit einer – aus ihrer Sicht sanktionsbefreienden – Meldung gemäss Schlussbestimmung zum revidierten Kartellgesetz begnügen musste. Dieser räumt das Bundesgericht die gleiche – übergangsrechtliche – Funktion ein wie jener gemäss Art. 49*a* Abs. 3 Bst. a KG:

"Es sollen Unternehmen, die beim Inkrafttreten des neuen Rechts ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten praktizieren, die Unsicherheit der Zulässigkeit dieses Verhaltens und damit das Risiko der neuen empfindlichen Sanktionen gemäss Art. 49*a* Abs. 1 KG durch eine fristgerechte Meldung bzw. durch Auflösung der Wettbewerbsbeschränkung – analog zu Art. 49*a* Abs. 3 lit. a KG – ausschalten können" (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.289/2005 vom 8. Juni 2006 E. 4.3).

Das Bundesgericht bejaht somit im Ergebnis die hinreichende Bestimmtheit kartellgesetzlicher Grundlagen, wenn die Möglichkeit besteht, aufgrund eines Meldeverfahrens *"Anhaltspunkte"* zu erfahren, welche für eine unzulässige und damit allenfalls sanktionierbare Beschränkung des Wettbewerbs sprechen (vgl. BGE 135 II 60 E. 3.2.3).

Hierbei lässt es das Bundesgericht genügen, dass die Unternehmen das *Risiko* einer allfälligen Rechtsunsicherheit insofern nicht alleine tragen müssen, als das Sekretariat in die Beurteilung und Konkretisierung der offen formulierten Wettbewerbsbestimmungen eingebunden wird (vgl. BGE 135 II 60 E. 3.2.3). Gemäss Bundesgericht konkretisiert das Melde- und Widerspruchsverfahren nach Art. 49*a* Abs. 3 Bst. a KG die Gesetzesgrundlage, damit die Meldenden in geeigneter Weise eine Selbstsubsumption vornehmen und ein allfälliges Sanktionsrisiko abschätzen können (vgl. BGE 135 II 60 E. 3.2.3, E. 3.2.5; vgl. die kritischen Anmerkungen im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4037/2007 vom 29. Februar 2008 E. 9).

4.6.3 Die Beschwerdeführerin strengte *vor Ablauf* der kartellgesetzlichen Übergangsfrist am 31. März 2004 im Rahmen des gegen sie laufenden Untersuchungsverfahrens zu den hier strittigen Terminierungspreisen ein Rechtsmittelverfahren an, um zu erfahren, ob die von ihr eingereichte Meldung intertemporalrechtlich sanktionsbefreiend wirken würde (vgl. im Sachverhalt unter B.h). Somit wusste sie bereits zu diesem Zeitpunkt, dass die Höhe der ihren Vertragspartnerinnen verrechneten Terminierungspreise als problematisch eingestuft wurde, zumal die Untersuchung auf die Höhe der Terminierungspreise und die allfällige marktbeherrschende Stellung der einzelnen Mobilfunkanbieterinnen auf deren Netz gerichtet war (vgl. BBl 2002 6827).

Die Beschwerdeführerin hatte somit im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung *Gewissheit*, dass sie beim Weiterführen ihres Verhaltens (Aufrechterhaltung der Höhe der Terminierungspreise) eine Sanktionierung *riskieren* würde (vgl. im Sachverhalt unter B.h). Insofern wurde die Beschwerdeführerin auch nicht aus "heiterem Himmel" mit einer kartellgesetzlichen Sanktion für ein Verhalten gebüsst, an dessen Rechtmässigkeit sie auf Grund der Umstände vernünftigerweise nicht hätte zweifeln müssen. Trotz des zu ihren Gunsten lautenden Entscheids der REKO/WEF vor Ablauf der Übergangsfrist (vgl. Entscheid der REKO/WEF FB/2004-11 vom 18. März 2005,

veröffentlicht in: RPW 2005/2, S. 418), der eine Sanktion hier ausgeschlossen hätte, durfte die Beschwerdeführerin nicht auf ein gleichlautendes Urteil des Bundesgerichts vertrauen. Entscheidend ist vielmehr, dass die Beschwerdeführerin die Möglichkeit gehabt hätte, wegen der nach wie vor unsicheren Rechtslage ihr Verhalten im Sinne der Schlussbestimmung zum Kartellgesetz, d.h. vor Ablauf der Übergangsfrist, rechtzeitig "aufzulösen", was sie jedoch unterlassen hat.

4.6.4 Unbeachtlich ist ferner, dass die Beschwerdeführerin infolge erheblicher Verzögerungen seitens der Vorinstanz im Vorverfahren erst am 19. August 2005 – nach Ablauf der einjährigen Schonfrist – den negativen Leitentscheid des Bundesgerichts zur Frage der strittigen "sanktionsbefreienden Meldung" erhielt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.287/2005 vom 19. August 2005).

Dies ändert jedenfalls nichts am entscheidenden Umstand, dass die Beschwerdeführerin ein *Sanktionsrisiko* einging bei "Nichtauflösung" der "bestehenden Wettbewerbsbeschränkung", d.h. bei Nichtsenkung der Terminierungspreise. Entscheidend ist einzig, dass der Beschwerdeführerin anlässlich der gegen sie laufenden Untersuchung (bereits vor Ablauf der Übergangsfrist) die Konturen des – als potenziell sanktionswürdig – beanstandeten Verhaltens bekannt waren, weshalb sie nach Ablauf der Übergangsfrist auch ein entsprechendes Sanktionsrisiko trug (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.287/2005 vom 19. August 2005 E. 3.4).

Insofern war die Beschwerdeführerin grundsätzlich in der Lage, die erfolgte Sanktionierung als mögliche Konsequenz ihres Verhaltens vorherzusehen. Diese Rechtsprechung des Bundesgerichts bedeutet letztlich, dass die entsprechende Gesetzesgrundlage für hinreichend zu erachten ist, um vor Bundesrecht zu bestehen (vgl. BGE 135 II 60 E. 3.2.3).

4.6.5 Von dieser Situation unterscheidet sich die in BGE 125 IV 35 geschilderte Konstellation grundlegend, welche die Beschwerdeführerin als einziges höchstrichterliches Urteil anruft, um ihren Standpunkt zu begründen, wonach die gesetzliche Grundlage nicht ausreiche.

In diesem Urteil ging es um Art. 46 Abs. 1 Bst. c des Bankengesetzes vom 8. November 1934 (BankG, SR 952.0), wonach derjenige bestraft wird, der "die mit der Bewilligung verbundenen Bedingungen verletzt".

Dazu hielt das Bundesgericht fest, dieser Artikel sei eine Blankettstrafnorm, aus der allein nicht ersichtlich sei, welches Verhalten strafbar ist (vgl. BGE 125 IV 35 E. 2/a). Des Weiteren wurde festgehalten, der Begriff der "Bedingungen" werde weder im Bankengesetz definiert noch verweise Art. 46 Abs. 1 Bst. c BankG auf irgendwelche andere Bestimmungen, aus denen sich ergeben könnte, was unter den "Bedingungen" zu verstehen sei. Nach einlässlicher Analyse kam das Bundesgericht zum Schluss, dass der Anwendungsbereich dieser Strafbestimmung uferlos wäre, "wollte man das Nichteinhalten der Bewilligungsvoraussetzungen nach Erteilung der Bewilligung als Verletzung der 'mit der Bewilligung verbundenen Bedingungen' im Sinne von Art. 46 Abs. 1 Bst. c BankG qualifizieren", da zahlreiche, ganz unterschiedliche Verhaltensweisen darunter fielen (vgl. BGE 125 IV 35 E. 5/b/cc). Zusammenfassend hielt das Bundesgericht fest, die dem Verurteilten vorgeworfene "Überschreitung des statutarisch umschriebenen Geschäftskreises" werde von Art. 46 Abs. 1 Bst. c BankG nicht mit der nach dem Legalitätsprinzip gemäss Art. 1 StGB erforderlichen Bestimmtheit erfasst (vgl. BGE 125 IV 35 E. 8).

Anders als in BGE 125 IV 35 ist der hier in Frage stehende Art. 49*a* Abs. 1 erster Satz KG (i.V.m. Art. 7 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. c KG) nicht als Blankettstrafnorm ausgestaltet, zumal das sanktionierbare Verhalten im Tatbestand – wenigstens generalklauselhaft – umschrieben ist.

4.6.6 Somit erweisen sich die entsprechenden Rügen der Beschwerdeführerin zur angeblich unzulässigen Unbestimmtheit der *Tatbestandsseite* als unbegründet.

4.7 Zur Voraussehbarkeit der Rechtsfolge

Die von der Beschwerdeführerin aufgeworfene Frage, ob im Rahmen von Art. 49*a* Abs. 1 KG das Gebot *nulla poena sine lege certa* auch insofern gilt, als die Höhe der zu erwartenden Sanktion betragsmässig "klar" vorhersehbar sein müsste, kann an dieser Stelle offen gelassen werden, wie die nachfolgenden Erwägungen 11 und 12 zur Tatbestandsmässigkeit des inkriminierten Verhaltens zeigen werden.

4.8 Zusammenfassung

Nach dem Gesagten lässt sich festhalten, dass Art. 7 Abs. 1 KG und Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG – zusammen als *untrennbare Einheit* aufgefasst (E. 4.5.2) – eine genügende gesetzliche Grundlage im Sinne von Art. 7 Abs. 1 EMRK zu bilden vermögen.

Die sich in diesem Zusammenhang stellende weitere Frage, ob sich der Sachverhalt, wie er der Beschwerdeführerin gegenüber vorgeworfen wird, unter Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Bst. c KG subsumieren lässt, wird nachfolgend in den Erwägungen 11 und 12 zu prüfen sein.

5. Rüge der Verletzung der Garantien von Art. 6 Abs. 1 EMRK

5.1 Die Rügen im Überblick

Gestützt auf Art. 6 Abs. 1 erster Satz EMRK und Art. 30 Abs. 1 erster Satz BV bemängelt die Beschwerdeführerin zweierlei:

5.1.1 Einerseits werde ihr Anspruch auf ein unabhängiges und gesetzmässiges Gericht dadurch verletzt, dass die Vorinstanz als nichtrichterliche Behörde eine strafähnliche Sanktion ausgefällt habe, was ein schwerwiegender Mangel darstelle, den selbst das Bundesverwaltungsgericht trotz seiner Kognitionsbefugnisse nicht heilen könne (vgl. E. 5.4 ff.).

5.1.2 Andererseits sei in der Untersuchung ihr Recht, zu schweigen und sich nicht selbst belasten zu müssen, verletzt worden (vgl. E. 5.7).

5.2 Art. 6 Abs. 1 EMRK im Verhältnis zu Art. 30 Abs. 1 BV

Gemäss Art. 6 Abs. 1 erster Satz 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 und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird.

Diese Bestimmung hat im Kontext der als verletzt gerügten Organisationsgarantie dieselbe Tragweite wie Art. 30 Abs. 1 erster Satz BV, wonach jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes,

zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht hat (vgl. BGE 135 I 14 E. 2, BGE 133 I 1 E. 5.2, m.w.H.).

Die Beanstandungen der Beschwerdeführerin, bei denen sie gleichzeitig auch eine Verletzung von Art. 30 Abs. 1 erster Satz BV rügt, sind deshalb im Lichte von Art. 6 Abs. 1 EMRK zu behandeln.

5.3 Die Rügen der Beschwerdeführerin im Einzelnen

Die Beschwerdeführerin führt zur Begründung ihrer Rüge im Wesentlichen an, das Sekretariat sei – als untersuchende Behörde – in unzulässigem Masse mit der Wettbewerbskommission – als erkennender Behörde – organisatorisch-funktionell verflochten. Deshalb habe sich die Wettbewerbskommission auch systematisch in die laufende Untersuchung des Sekretariats eingemischt und zu Unrecht die Mitwirkung von Mitarbeitern des Sekretariats bei der Entscheidfindung geduldet. In Verletzung des Anklageprinzips hätten Sekretariat und Wettbewerbskommission einen Inquisitionsprozess ohne klare Trennung zwischen Ankläger und Richter geführt. Diese gegenseitigen Einwirkungsmöglichkeiten stünden nicht im Einklang mit Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 30 Abs. 1 BV. Darüber hinaus sei die Vorinstanz wegen der Einsitznahme von Interessenvertretern nicht genügend unabhängig von der Einflussnahme durch nichtstaatliche Interessengruppen.

Die Einschätzung der Vorinstanz, wonach allfällige organisatorisch-funktionelle Mängel durch die umfassende Kognition des Bundesverwaltungsgerichts geheilt werden könnten, verwirft die Beschwerdeführerin: Eine allfällige Heilung des hier verletzten Anspruchs auf ein unabhängiges Gericht komme nach der Rechtsprechung des EGMR einzig bei Massenbagatelldelikten in Frage, wenn ein Administrativentscheid von einer gerichtlichen Rechtsmittelinstanz überprüft werden könne, die über volle Kognition verfüge und diese auch effektiv ausübe. Nur dann dürfe eine nichtrichterliche Administrativbehörde eine erstinstanzliche Sanktion aussprechen.

Demgegenüber könne die hier erfolgte Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK im Rechtsmittelverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nicht geheilt werden, weil (1.) kein Fall von Massenbagatelldelinquenz vorliege, (2.) die Heilung keinen Ausnahmecharakter habe, (3.) das Bundesverwaltungsgericht *de facto* nicht über volle Kognition verfüge (weil es keine umfassenden Beweiserhebungen tätigen könne und der

Vorinstanz ein weitgehendes technisches Ermessen zugestehen müsse) und (4.) eine besonders schwerwiegende Verletzung von Parteirechten vorliege.

5.4 Die Wettbewerbskommission als EMRK-konformes Gericht?

5.4.1 Unbestrittenermassen untersteht die Beschwerdeführerin angesichts des Strafcharakters der strittigen Sanktion (vgl. E. 4.2) auch den Verfahrensgarantien von Art. 6 Abs. 1 EMRK, und zwar ungeachtet ihrer Rechtsform als juristische Person (vgl. EGMR, Zulässigkeitsentscheid 32411/96 vom 20. April 1999 i.S. *Sojus Trade Company GmbH et. al. v. Deutschland*, Ziff. 2; EGMR, Zulässigkeitsentscheid 53892/00 vom 3. Dezember 2002 i.S. *Lilly France S.A. v. Frankreich*; JOCHEN A. FROWEIN/WOLFGANG PEUKERT, EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl 2009, Rz. 4 zu Art. 6 und Rz. 18 zu Art. 34 EMRK; TAGMANN, a.a.O., S. 91 f., 115; ASTRID WASER, Grundrechte der Beteiligten im europäischen und schweizerischen Wettbewerbsverfahren, Zürich 2002, S. 108 f.).

Demzufolge hat sie insofern Anspruch darauf, dass ihre Sache durch ein unabhängiges, unparteiisches, auf Gesetz beruhendes Gericht beurteilt wird, als ihr wirksamer Zugang zum Entscheidorgan "Gericht" gewährt wird (vgl. GRABENWARTER, a.a.O., § 24 N. 27, S. 343).

5.4.2 Ein Gericht im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK ist eine Behörde, die nach Gesetz und Recht in einem justizförmigen, fairen Verfahren begründete und bindende Entscheidungen über Streitfragen trifft. Es braucht nicht in die ordentliche Gerichtsstruktur eines Staates eingegliedert zu sein, aber es muss organisch und personell, nach der Art seiner Ernennung, der Amtsdauer, dem Schutz vor äusseren Beeinflussungen und nach dem äusseren Erscheinungsbild unabhängig und unparteiisch sein, sowohl gegenüber anderen Behörden als auch gegenüber den Parteien (vgl. BGE 126 I 228 E. 2a/aa, mit Verweis auf BGE 123 I 87 E. 4a, BGE 133 IV 278 E. 2.2; vgl. HANS-HEINER KÜHNE, IntKommEMRK, a.a.O., Rz. 282-320 zu Art. 6 EMRK; JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008, S. 927 ff.).

5.4.3 Übereinstimmend mit der Beschwerdeführerin hält die Vorinstanz sich selbst *nicht* für ein unabhängiges Gericht im Sinne von Art. 6 Abs. 1 erster Satz EMRK (vgl. Verfügung Ziff. 39 ff., 317; Vernehmlassung Ziff. 117).

Diese Einschätzung wird vom Bundesrat wie auch von einer überwiegenden Mehrheit der Lehre geteilt (vgl. Botschaft KG 2001, a.a.O., S. 2040; JÜRG BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 2005, Rz. 9 zu Art. 18 KG; HANGARTNER, Aspekte, a.a.O., S. 267 f.; PIERRE KOBEL, Sanctions du droit des cartels et problèmes de droit administratif penal, AJP 2004, S. 1157; TAGMANN, a.a.O., S. 96 ff.; ROLF H. WEBER/MICHAEL VLCECK, Tafeln zum Kartellrecht, Bern 2008, Tafel 82 Ziff. 1; ZÄCH , Kartellrecht, a.a.O., Rz. 1144; vgl. die gleichläufige Meinung zur institutionell eng mit der Vorinstanz verwandten *Bankenkommission* bei BEAT KLEINER/DIETER ZOBL/CHRISTINE BREINING-KAUFMANN, in: Bodmer/Kleiner/Lutz [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, N. 12 zu Art. 23 BankG [Ausgabe Mai 2006], sowie TOMAS POLEDNA/LORENZO MARAZZOTTA, in: Watter/Vogt/Bauer/Winzeler [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bankengesetz, Basel 2005, N. 6 zu Art. 23 BankG). Gegenteiliger Meinung ist, soweit ersichtlich, einzig WASER (a.a.O., S. 140 ff.).

5.4.4 Die Frage, ob die Wettbewerbskommission ein Gericht im Sinne von Art. 6 Abs. 1 erster Satz EMRK ist, kann nach der Rechtsprechung des EGMR letztlich offengelassen werden (vgl. EGMR, Urteil 7299/75 vom 10. Februar 1983 i.S. *Albert und Le Compte v. Belgien*, Ziff. 29; Zulässigkeitsentscheid 53892/00 vom 3. Dezember 2002 i.S. *Lilly France S.A. v. Frankreich,* Ziff. 2 S. 9 ff.; BGE 123 I 87 E. 4a; TAGMANN, a.a.O., S. 98 f.). Denn die gerügten angeblichen institutionell-organisatorischen Mängel der Vorinstanz sowie die sich daraus ergebenden angeblich unzulässigen Verfahrensabläufe innerhalb ihrer Organisation müssten nur dann vertieft geprüft werden, wenn die Beschwerdeführerin Anspruch darauf hätte, dass im Verfahrensgang bis zum rechtskräftigen Sanktionsurteil bereits die Wettbewerbskommission als Gericht im Sinne von Art. 6 Abs. 1 erster Satz EMRK organisiert ist.

Ein solcher Anspruch besteht aber nicht, wie nachfolgend zu zeigen ist:

5.5 Zu den Anforderungen an ein EMRK-konformes Gericht

5.5.1 Die Beschwerdeführerin übersieht, dass es nach der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 Abs. 1 erster Satz EMRK ausreicht, wenn in einem Verfahrensgang *ein* Gericht entscheidet (vgl. BGE 129 I 207 E. 5.2, BGE 123 I 87 E. 3a, BGE 115 Ia 406 E. 3b/bb; FROWEIN/PEUKERT, a.a.O., Rz. 200 ff. zu Art. 6 EMRK; GRABENWARTER, a.a.O., § 24 N. 58, S. 360, sowie § 24 N. 147 ff., 407 ff.; HAEFLIGER/SCHÜRMANN, a.a.O., S. 166 ff.; REGINA KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001,

S. 382; KÜHNE, a.a.O., Rz. 318 zu Art. 6 EMRK; VAN DIJK/VAN HOOF/VAN RIJN/ZWAAK, a.a.O., S. 564 ff. i.V.m. S. 567 f.; VILLIGER, a.a.O., Rz. 427), dem volle Kognition zukommt (vgl. E. 5.5.4).

Insbesondere sind die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet, Streitigkeiten, wie sie hier in Frage stehen, einem Verfahren zu unterstellen, das in jeder Phase vor einem Gericht im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK geführt werden müsste (vgl. BGE 132 V 299 E. 4.3.1, BGE 128 I 237 E. 3, BGE 124 I 92 E. 2a, 124 I 255 E. 5b/aa; GRABENWARTER, a.a.O., § 24 N. 58, S. 360; VAN DIJK/VAN HOOF/VAN RIJN/ZWAAK, a.a.O., S. 568). Nur wenn ein Staat ein Gerichtssystem mit mehreren *gerichtlichen* Instanzen einrichtet, muss er sicherstellen, dass den grundrechtsberechtigten Personen grundsätzlich vor allen diesen Gerichten die gerichtlichen Garantien von Art. 6 EMRK gewährt werden (vgl. EGMR, Urteil 21920/93 vom 23. Oktober 1996 i.S. *Levages v. Frankreich*, Ziff. 44).

5.5.2 In der Schweiz aber hat der Kartellgesetzgeber keinen solchen Instanzenaufbau für Verwaltungssanktionen (Art. 49*a* ff. KG) bzw. für Strafsanktionen (Art. 54 ff. KG) vorgesehen. Dieses gesetzgeberische Vorgehen steht im Einklang mit der Rechtsprechung des EGMR, wonach es aufgrund der Erfordernisse der Flexibilität und Effizienz, welche ihrerseits mit dem Menschenrechtsschutz vereinbar sind, gerechtfertigt sein kann, dass in erster Instanz eine Verwaltungsbehörde entscheidet, die den Ansprüchen von Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht in jeder Hinsicht zu genügen vermag (vgl. EGMR, Urteil 7299/75 vom 10. Februar 1983 i.S. *Albert und Le Compte v. Belgien*, Ziff. 29; GRABENWARTER, a.a.O., § 24 N. 58, S. 360; HAEFLIGER/SCHÜRMANN, a.a.O., S. 133 f.; BENJAMIN SCHINDLER, Art. 6[1] ECHR and Judicial Review of Administrative Decision-Making in England and Switzerland – A Comparative Perspective, SZIER 2006, S. 449; VAN DIJK/VAN HOOF/VAN RIJN/ZWAAK, a.a.O., S. 568 f.; VILLIGER, a.a.O., Rz. 429).

5.5.3 Wie die Beschwerdeführerin zu Recht einräumt, lässt es sich mit der EMRK vereinbaren, wenn insbesondere *Bagatelldelikte* von Verwaltungsbehörden beurteilt werden, solange der Betroffene die Möglichkeit hat, die Entscheidung durch ein Gericht im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK überprüfen zu lassen (vgl. EGMR, Urteil 8544/79 vom 21. Februar 1984 i.S. *Öztürk v. Deutschland*, Ziff. 56; EGMR, Urteil 7299/75 vom 10. Februar 1983 i.S. *Albert und Le Compte v. Belgien*, Ziff. 29; BGE 133 IV 278 E. 2.2, BGE 124 IV 234 E. 3c, BGE 118 Ia

473 E. 5 ff., BGE 115 Ia 183 E. 4a; GRABENWARTER, a.a.O., § 24 N. 58, S. 360). Nur wenn eine solche Überprüfung nicht stattfände, wäre Art. 6 Abs. 1 EMRK verletzt (vgl. EGMR, Urteil 11761/85 vom 28. Juni 1990 i.S. *Obermeier v. Österreich*, Ziff. 70 i.V.m. Ziff. 17 u. 52; EGMR, Urteil 5242/04 vom 11. Juni 2009 i.S. *Dubus S.A. v. Frankreich*, Ziff. 39 ff.).

5.5.3.1 Allerdings lässt sich entgegen der Sicht der Beschwerdeführerin – und des von ihr konsultierten Privatgutachters, Prof. Dr. iur. JÖRG PAUL MÜLLER – die Rechtsprechung des EGMR nicht dahingehend verstehen, dass gemäss Art. 6 Abs. 1 EMRK eine nur *einmalige* richterliche Überprüfung einzig und allein bei strafrechtlichen oder strafrechtsähnlichen *Bagatelldelikten* erfolgen dürfte (vgl. EGMR, Urteil 8544/79 vom 21. Februar 1984 i.S. *Öztürk v. Deutschland*, Ziff. 56; EGMR, Urteil 10328/83 vom 29. April 1988 i.S. *Belilos v. Schweiz*, Ziff. 68; EGMR, Urteil 35115/97 vom 14. November 2000 i.S. *Riepan v. Österreich*, Ziff. 39; EGMR, Urteil 27812/95 vom 23. September 1998 i.S. *Malige v. Frankreich*, Ziff. 45).

5.5.3.2 Vielmehr trifft das Gegenteil zu, wie das Urteil 35533/04 des EGMR vom 11. Januar 2007 i.S. *Mamidakis v. Griechenland* (Ziff. 27-34) zeigt: In dieser Sache wurde das Recht auf Zugang zu einem Gericht nicht als verletzt erachtet, als der Vorsteher einer ausländischen Zollfahndungsbehörde einer *natürlichen* Person wegen Zollgesetzwiderhandlungen (*"contrebande"*) eine Busse von rund drei Mio. Euros auferlegte, die von den zuständigen griechischen Verwaltungsgerichten überprüft und für rechtlich zulässig erklärt worden war. Der EGMR erachtete einzig die dem Betroffenen auferlegte Höhe der Busse als unverhältnismässig und Art. 1 des Protokolls Nr. 1 (Schutz des Eigentums) als verletzt (vgl. Ziff. 40-48, Dispositiv-Ziff. 3); indessen wurde eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK verneint (vgl. Dispositiv-Ziff. 2).

5.5.4 Ferner kann im Rahmen des Instanzenzugs eine einmalige Überprüfung durch ein mit voller Kognition ausgestattetes Gericht auch deshalb genügen, weil der EGMR den Art. 6 Abs. 1 EMRK hinsichtlich "strafrechtlicher Anklagen" extensiv interpretiert, indem eine solche "Anklage" solange nicht als im Sinne von Art. 6 Abs.1 EMRK "beurteilt" (*"determined"*) gilt, als sie noch nicht in Rechtskraft erwachsen ist (vgl. EGMR, Urteil 2689/65 vom 17. Januar 1970 i.S. *Delcourt v. Belgien,* Ziff. 25 f.; VAN DIJK/VAN HOOF/VAN RIJN/ZWAAK, a.a.O., S. 563,

S. 567). Dass es auf die *Rechtskraft* ankommen könnte, lässt sich zwar der deutschen Übersetzung von Art. 6 Abs. 1 erster Satz EMRK nicht entnehmen, drängt sich aber angesichts des für die Auslegung massgeblichen englischen Wortlauts dieser Bestimmung auf ("In the *determination* [...] of any criminal charge [...], everyone is entitled to a [...] hearing [...] by a [...] tribunal established by law"; vgl. EGMR, Urteil 2689/65 vom 17. Januar 1970 i.S. *Delcourt v. Belgien,* Ziff. 25: "La Cour constate d'ailleurs que le texte anglais de l'article 6 ne contient pas l'équivalent du mot 'bien-fondé': il utilise l'expression, beaucoup plus large, de 'determination of any criminal charge' ['décision sur toute accusation en matière pénale']. Or, une accusation pénale n'est pas vraiment 'determined' aussi longtemps que le verdict d'acquittement ou de condamnation n'est pas définitif. La procédure pénale forme un tout et doit, normalement, s'achever par une décision exécutoire"; vgl. auch KÜHNE, a.a.O., Rz. 430 zu Art. 6 EMRK).

Demnach muss auch im vorliegenden verwaltungsverfahrensrechtlichen Verfahrensgang – von der Erst- bis zur Letztinstanz – vor Eintritt der Rechtskraft der verurteilenden Erkenntnis zumindest *ein* Gericht im Sinne von Art. 6 Abs. 1 erster Satz EMRK urteilen. Mithin wird den Anforderungen dieser Bestimmung hier bereits rechtsgenüglich entsprochen, weil das Bundesverwaltungsgericht seine Kognition im Sinne der Rechtsprechung des EGMR ausübt (vgl. E. 5.6).

5.5.5 Dieses Ergebnis belegt, dass es für das Genügen einer einmaligen gerichtlichen Überprüfung (mit voller Kognition) letztlich auf die Verfahrensverwandtschaft der kartellrechtlichen Verwaltungssanktionen (Art. 49*a*-53 KG) mit kartellrechtlichen Strafsanktionen (Art. 54-57 KG i.V.m. Art. 1 ff. und Art. 72 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht [VStrR, SR 313.0]) und die Nähe dieser Verwaltungssanktionen zu strafrechtlichen Übertretungen (mit Bussenfolge gem. Art. 106 Abs. 1 StGB) ankommt, wie HANGARTNER zutreffend herleitet (vgl. Aspekte, a.a.O., S. 270 f.).

5.5.6 Zusammenfassend kann im Lichte dieser Überlegungen der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, wenn sie eine "unheilbare", besonders schwerwiegende Verletzung von Parteirechten im Umstand erblickt, dass die Vorinstanz in organisatorisch-funktioneller Hinsicht nicht unabhängig sei.

Wie gezeigt wurde, kann diese Frage letztlich offen gelassen werden, da die Beschwerdeführerin keinen Anspruch darauf hat, dass die

erfolgte Sanktionierung bereits erstinstanzlich von einem Gericht im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK beurteilt wird (vgl. E. 5.5.1 ff.). Diese Bestimmung wird nicht verletzt, soweit die strittige (und daher noch nicht rechtskräftige) Sanktion zumindest von *einem* Gericht beurteilt werden kann, das institutionell und hinsichtlich Kognition den Anforderungen an Art. 6 Abs. 1 EMRK zu genügen vermag (vgl. E. 5.5).

5.6 Kognition des Bundesverwaltungsgerichts im vorliegenden Fall

Demnach bleibt noch zu klären, ob die vom Bundesverwaltungsgericht konkret ausgeübte Kognition den Anforderungen von Art. 6 Abs. 1 EMRK entspricht, wie die Vorinstanz behauptet, die Beschwerdeführerin indes in Abrede stellt.

5.6.1 Zu dieser Frage rügt die Beschwerdeführerin mit Verweis auf das von ihr eingereichte Rechtsgutachten, das Bundesverwaltungsgericht verfüge nicht über die nötige volle Kognition im Sinne der Rechtsprechung zur Heilung von Verletzungen des Anspruchs auf ein unabhängiges Gericht. Aufgrund seiner beschränkten personellen Ressourcen sei es nicht in der Lage, umfassende Beweiserhebungen zu tätigen und eine Kontrolle des technischen Ermessens auszuüben, was reformatorische Entscheide verunmögliche. Insbesondere könne das Bundesverwaltungsgericht ohne Fachrichter den vorliegenden Sachverhalt nicht mit der gleichen umfassenden Kognition wie die frühere REKO/WEF überprüfen und vermöge deshalb auch nicht, mit voller Kognition auf Bestreitungen einzugehen. Dies aber schliesse eine Heilung der Verletzung des fraglichen Anspruchs aus.

5.6.2 Die Beschwerdeführerin wie auch die Vorinstanz diskutieren die Frage, auf welche Weise die angeblich fehlende organisatorisch-funktionelle Unabhängigkeit der Vorinstanz behoben werden könnte, unter dem Gesichtspunkt einer allfälligen "Heilung von Mängeln". Diese Diktion, die gelegentlich auch in der Lehre und Rechtsprechung zu Art. 6 Abs. 1 EMRK anzutreffen ist (vgl. BGE 115 Ia 183 E. 4b, BGE 119 Ia 88 E. 5c; KIENER, a.a.O., S. 383), wird den vorliegenden Verhältnissen nicht gerecht (vgl. demgegenüber BGE 115 Ia 406 E. 3b/bb, wo zutreffend nicht von "Heilung" die Rede ist).

Ist, wie hier, im innerstaatlichen Verhältnis nach der EMRK Rechtsschutz durch ein unabhängiges Gericht nur *mindestens einmal* zu gewährleisten (vgl. E. 5.5.1), dann wäre es verfehlt, die den Anforderungen an ein Gericht im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht ent-

sprechende Entscheidbehörde als letztlich "mangelhaft" verfasst hinzustellen, was sie ja wohl kaum sein kann, wenn deren Struktur innerstaatlich durch die Gesetzgebung positivrechtlich so vorgesehen ist und sich diese innerstaatliche Verfahrensordnung selbst nicht als EMRK-widrig erweist.

Von einem allfälligen Mangel könnte wohl erst gesprochen werden, wenn innerstaatlich überhaupt *kein* den Anforderungen von Art. 6 Abs. 1 EMRK entsprechendes Gericht vorgesehen wäre, wie die Beschwerdeführerin in Bezug auf den vorliegenden Fall behauptet. Daher wird nachfolgend die Kognitionsfrage auch nicht unter dem Gesichtspunkt einer allfälligen "Heilung" (von "Mängeln") untersucht. Aus diesem Grund ist auch nicht auf den von der Beschwerdeführerin als weitere Voraussetzung behaupteten "Ausnahmecharakter" solcher Heilungen einzugehen, der hier angeblich nicht erfüllt sein soll.

5.6.3 Da es ausreicht, wenn die strittige Sanktion durch *eine* gerichtliche Instanz mit voller Kognition überprüft werden kann (vgl. E. 5.5.1) und das Bundesverwaltungsgericht unbestrittenermassen organisatorisch-funktionell ein "unabhängiges und unparteiisches, auf Gesetz beruhendes Gericht" im Sinne von Art. 6 Abs. 1 erster Satz EMRK ist, muss nachfolgend geprüft werden, *ob* die vom Bundesverwaltungsgericht konkret ausgeübte Kognition den Anforderungen von Art. 6 Abs. 1 EMRK entspricht, was die Beschwerdeführerin ganz grundsätzlich bestreitet.

5.6.4 Nach Art. 49 VwVG kann mit der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht gerügt werden, die angefochtene Verfügung verletze Bundesrecht (einschliesslich der Überschreitung oder des Missbrauchs von Ermessen), beruhe auf einer unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts oder sei unangemessen, soweit nicht die Verfügung einer kantonalen Beschwerdeinstanz streitig ist.

5.6.4.1 Das Bundesverwaltungsgericht ist grundsätzlich verpflichtet, seine Kognition voll auszuschöpfen (vgl. André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 2.153, mit Verweis auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3490/2007 vom 15. Januar 2008 E. 3.1). Eine zu Unrecht vorgenommene Kognitionsbeschränkung stellt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs oder eine formelle Rechtsverweigerung dar (vgl. Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., Rz. 2.153, m.w.H.).

5.6.4.2 Indessen darf nach herrschender Meinung auch das Bundesverwaltungsgericht, obschon es nach der gesetzlichen Ordnung "mit freier Prüfung" zu entscheiden hat, seine Kognition einschränken, soweit die Natur der Streitsache dies sachlich gebietet. Dies ist der Fall, wenn die Rechtsanwendung technische Probleme, Fachfragen oder sicherheitsrelevante Einschätzungen betrifft, zu deren Beantwortung und Gewichtung die verfügende Behörde aufgrund ihres Spezialwissens besser geeignet ist, oder wenn sich Auslegungsfragen stellen, welche die Verwaltungsbehörde aufgrund ihrer örtlichen, sachlichen oder persönlichen Nähe sachgerechter zu beurteilen vermag als die Beschwerdeinstanz.

Geht es um die Beurteilung technischer oder wirtschaftlicher Spezialfragen, in denen die Vorinstanz über ein besonderes Fachwissen verfügt, ist nur bei erheblichen Gründen von der Auffassung der Vorinstanz abzuweichen (vgl. BGE 135 II 296 E. 4.4.3, BGE 133 II 35 E. 3, BGE 131 II 13 E. 3.4; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-2265/2006 vom 14. September 2009 E. 2.1; Yvo Hangartner, Richterliche Zurückhaltung in der Überprüfung von Entscheiden von Vorinstanzen, in: Schindler/Sutter [Hrsg.], Akteure der Gerichtsbarkeit, Zürich 2007, S. 171 ff.; Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., Rz. 2.154, m.w.H.; Oliver Zibung/Elias Hofstetter, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], a.a.O., N. 19 f. zu Art. 49 VwVG; kritisch dazu Benjamin Schindler, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], a.a.O., N. 5 [Fn. 31] zu Art. 49 VwVG).

5.6.5 Soweit die Beschwerdeführerin rügt, das Bundesverwaltungsgericht könne die Anforderungen an Art. 6 Abs. 1 EMRK bereits deshalb nicht erfüllen, weil es mangels Fachrichter den vorliegenden Sachverhalt nicht mit einer gleich umfassenden Kognition überprüfen könne wie die ehemalige REKO/WEF, vermischt sie in unzulässiger Weise zwei Fragestellungen, die auseinanderzuhalten sind:

Einerseits die spezifische Kognition, welche das anwendbare Verwaltungsverfahrensrecht in Art. 49 VwVG vorsieht (vgl. E. 5.6.4), und andererseits die konkret von Art. 6 Abs. 1 EMRK geforderte Kognitionsdichte, die ein Gericht für einen wirksamen Rechtsschutz respektieren muss.

5.6.5.1 Diese vom EGMR geforderte Kognitionsdichte umfasst lediglich (aber immerhin) eine volle gerichtliche Überprüfung des Sachverhalts und der sich stellenden Rechtsfragen (vgl. EGMR-Urteil 7299/75

vom 10. Februar 1983 i.S. *Albert und Le Compte*, Ziff. 29; EGMR, Urteil 29082/95 vom 1. März 2001 i.S. *Dallos v. Ungarn*, Ziff. 50; BGE 127 I 115 E. 6d, BGE 120 Ia 19 E. 3a; HAEFLIGER/SCHÜRMANN, a.a.O., S. 159 f.; KÜHNE, a.a.O., Rz. 319 zu Art. 6 EMRK; VAN DIJK/VAN HOOF/VAN RIJN/ZWAAK, a.a.O., S. 561 f.).

Sie umfasst jedoch nicht die Ermessenskontrolle (vgl. z.B. EGMR-Urteil 7299/75 vom 10. Februar 1983 i.S. *Albert und Le Compte*, Ziff. 29; BGer, Urteil 2P.266/2006 vom 19. Februar 2007 E. 3.2, mit Verweis auf BGE 131 II 306 E. 2.1; BGE 125 II 417 E. 4/d, BGE 123 I 87 E. 3a, BGE 120 Ia 19 4/c; HANGARTNER, Zurückhaltung, a.a.O., S. 165; SCHINDLER, Perspective, a.a.O., S. 453).

Das Gericht muss mit anderen Worten volle Kognitionsbefugnisse in Rechts- und Tatsachenfragen haben, d.h. befugt sein, Punkt für Punkt eines Vorbringens in der Sache zu überprüfen, ohne seine Unzuständigkeit zur Behandlung oder zur Ermittlung einzelner Sachverhaltselemente zu erklären. Dabei sind kassatorische Befugnisse eines Gerichts ausreichend (vgl. EGMR, Urteil 12235/86 vom 21. September 1993 i.S. *Zumtobel v. Österreich*, Ziff. 31 ff.; GRABENWARTER, a.a.O., § 24 N. 29, S. 344).

5.6.5.2 Soweit daher Art. 6 Abs. 1 EMRK keine Ermessenskontrolle gebietet, erweist sich die richterliche Zurückhaltung bei der Überprüfung der Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe durch hochspezialisierte Behördenkommissionen als zulässig.

So wird nach einer einzelfallweisen, kontrovers beurteilten Praxis des EGMR richterliche Zurückhaltung selbst dann zugelassen, wenn eine Beschwerde sich gegen Anordnungen einer (nichtrichterlichen) Vorinstanz richtet, die in der Streitsache aufgrund ihrer Tätigkeit auf einem speziellen Rechtsgebiet über besondere Kenntnisse verfügt und in einem quasigerichtlichen, d.h. qualifizierten rechtstaatlichen Anforderungen genügenden Verfahren entschieden hat (vgl. EGMR, Urteil 19178/91 vom 22. November 1995 i.S. *Bryan v. Vereinigtes Königreich*, Ziff. 45 ff.; HANGARTNER, Zurückhaltung, a.a.O., S. 165 f., m.w.H.; SCHINDLER, Perspective, a.a.O., S. 449 f.; VAN DIJK/VAN HOOF/VAN RIJN/ZWAAK, a.a.O., S. 561).

Da somit der EGMR unter Umständen, die sich mit der vorliegenden Situation durchaus vergleichen lassen, sogar eine eingeschränktere Kognition genügen lässt, fällt hier – entgegen den Ausführungen der

Beschwerdeführerin und des von ihr beigezogenen Rechtsgutachters – der Umstand nicht ins Gewicht, dass sich das Bundesverwaltungsgericht insofern nicht mit der REKO/WEF vergleichen lässt, als es – mangels Fachrichter – keine "Fach-Beschwerdeinstanz" ist, die im Sinne von BGE 130 II 449 E. 4.1 auch Angemessenheitsfragen "voll" überprüfen müsste.

Es vermag deshalb im Lichte von Art. 6 Abs. 1 EMRK zu genügen, wenn sich das Bundesverwaltungsgericht u.a. auch damit begnügt, lediglich die rechtlichen Grenzen der Ermessensausübung zu kontrollieren. "Volle Jurisdiktion" im Sinne der EMRK würde nur fehlen, wenn sich die Rechtskontrolle bloss auf eine "Verfassungskontrolle" oder "Willkürkontrolle" beschränken bzw. wenn der Sachverhalt nur beschränkt überprüft würde (vgl. BGE 124 I 255 E. 4b, BGE 129 I 103 E. 3, BGE 123 I 87 E. 3b; KIENER, a.a.O., S. 234; SCHINDLER, Perspective, a.a.O., S. 459 f.).

5.6.5.3 Diese vom Bundesverwaltungsgericht auszuübende Kognition steht im Einklang mit der Praxis des Bundesgerichts, welche gestützt auf inhaltlich identische Rechtsgrundlagen erfolgt.

So erachtet das Bundesgericht in BGE 132 II 257 (E. 3.2 zur behördlichen Festlegung von Interkonnektionsbedingungen) seine Prüfungsdichte als mit Art. 6 Abs. 1 EMRK vereinbar, obschon es der ComCom (als nichtrichterlicher Behördenkommission, BGE 131 II 13 E. 3.2) technisches Ermessen bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe – in einem hoch technischen Bereich mit Fachfragen übermittlungstechnischer bzw. ökonomischer Natur – zugesteht, den es als "erheblichen Beurteilungs- und Ermessensspielraum" der ComCom bezeichnet (E. 3.3.5, bestätigt in BGE 132 II 485 E. 1.2, BGE 131 II 13 E. 3.4; vgl. zur Frage des Charakters als "civil rights" i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK BGE 131 II 13 E. 6.4.1, sowie BGer, Urteil 2A.507/2006 vom 15. Januar 2007 E. 3.4).

5.6.5.4 Einen ähnlichen Ansatz hat auch das Bundesverwaltungsgericht im Urteil A-109/2008 vom 12. Februar 2009 verfolgt (BVGE 2009/35). Strittig war in diesem Fall die Rechtmässigkeit eines von der ComCom erlassenen Feststellungsentscheids zur Frage einer allfälligen Marktbeherrschung beim "schnellen Bitstromzugang", was letztlich auch "civil rights" im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK betraf (vgl. E. 12 zum Vermögensinteresse der Streitsache; kritisch zur Ausschöpfung der Kognition durch das Bundesverwaltungsgericht RETO

FELLER/MARKUS MÜLLER, Die Prüfungszuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts, Probleme in der praktischen Umsetzung dargestellt am Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-109/2008 vom 12. Februar 2009, ZBl 2009, S. 442 ff.).

5.6.5.5 In diesem Zusammenhang ist hinsichtlich der Kognitionserfordernisse von Art. 6 Abs. 1 EMRK – entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin – nicht von Belang, dass das Bundesverwaltungsgericht ähnlich wie die REKO/WEF (vgl. Beschwerdeentscheid vom 30. Juni 2005 E. 5.3.6, veröffentlicht in: RPW 2005/3, S. 524) in der Regel mangels eigener Ressourcen keine umfassenden eigenen Beweismassnahmen wird durchführen können. Dies ist solange nicht zu beanstanden, als das Bundesverwaltungsgericht die Sach- wie auch die Rechtslage umfassend prüft, was, wie bereits erwähnt, Rückweisungen an die Vorinstanz zur Korrektur mangelhafter Sachverhaltsabklärungen nicht ausschliesst (vgl. GRABENWARTER, a.a.O., § 24 N. 29, S. 344). Denn in solchen Fällen werden, insbesondere wenn Sanktionen zu beurteilen sind, die Rechte der beschwerdeführenden Partei im Sinne der EMRK gewahrt (vgl. HANGARTNER, Zurückhaltung, a.a.O., S. 171 ff.).

Diese Zurückhaltung der richterlichen Überprüfung erweist sich auch deshalb als richtig, weil sich das Bundesverwaltungsgericht nicht die Freiheit herausnehmen darf, als wirtschaftsregulatorische "Oberverwaltungsbehörde" zu amten (vgl. BGE 129 II 331 E. 3.2). Vielmehr hat das Bundesverwaltungsgericht dafür zu sorgen, dass die Konkretisierung des offenen Wettbewerbsbegriffs wie auch die Konkretisierung der sonstigen offenen Begriffe des Kartellgesetzes in rechtsstaatlich einwandfreier, rational nachvollziehbarer Art erfolgt (vgl. das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4037/2007 vom 29. Februar 2008 E. 4.2.2 bzw. E 7.3.2.1 zur interessenideologischen Natur des Wettbewerbsbegriffs; dieses Urteil wurde bestätigt durch BGE 135 II 60 E. 3.2.3). Daher darf der mögliche Beurteilungsspielraum beim "technischen Ermessen" einer ermessensausübenden Fachbehörde auch nur soweit gewährt werden, als diese die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte tatsächlich geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend durchgeführt hat (vgl. BGE 135 II 296 E. 4.4.3, BGE 125 II 591 E. 8a, BGE 131 II 680 E. 2.3).

Anzumerken ist, dass die oben dargelegten Gesichtspunkte zur Kognition des Bundesverwaltungsgerichts sich nicht nur auf Fälle aus

dem Bereich des Wettbewerbsrechts beziehen, sondern im gesamten Bereich des Wirtschaftsverwaltungsrechts Geltung beanspruchen.

5.6.6 Im Lichte dieser Anforderungen von Art. 6 Abs. 1 EMRK an die minimal notwendige Prüfungsdichte eines Gerichts vermag das Bundesverwaltungsgericht hier die Rügen der Beschwerdeführerin in sachlicher und rechtlicher Hinsicht mit einer dieser Bestimmung entsprechenden Kognition zu überprüfen (ebenso TAGMANN, a.a.O., S. 99 f.; vgl. sinngemäss auch HANGARTNER, Aspekte, a.a.O., S. 271 f.).

5.6.6.1 Die von der Beschwerdeführerin aufgeworfenen *verfahrensrechtlichen Rügen* können vom Bundesverwaltungsgericht mit voller Kognition im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK überprüft werden.

Diese Rügen betreffen (a) die angeblich ungenügende gesetzliche Grundlage von Art. 49*a* Abs. 1 KG i.V.m. Art. 7 KG (vgl. E. 4), (b) den angeblichen Anspruch auf eine gerichtlich organisierte Erstinstanz (vgl. E. 5.4), (c) die angebliche Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (vgl. E. 6), (d) die angebliche Verletzung der Untersuchungsmaxime (vgl. E. 1.1.2) und (e) die angebliche Verletzung des Anspruchs auf einen "fair trial" durch eine Missachtung ihres Schweigerechts (vgl. E. 5.7).

5.6.6.2 Auch die materiellrechtlichen Fragen betreffend die *Marktabgrenzung* bzw. allfällige *Marktbeherrschung* lassen sich vom Bundesverwaltungsgericht mit einer hinreichenden Kognitionsdichte überprüfen (vgl. E. 5.6.5.3 sowie E. 9 f.).

5.6.6.3 Insbesondere mit umfassender Kognition wird das Bundesverwaltungsgericht die angeblich vorgefallene *Ausbeutung der Marktgegenseite* zu prüfen haben, zumal es um die strittige Hauptfrage geht, ob ein bisher aus wettbewerbsrechtlicher Sicht nicht bekannter Sachverhalt – nämlich die angebliche Erzwingung unangemessener Interkonnektionspreise von der Marktgegenseite in einem vom Fernmeldegesetz regulierten Wirtschaftsbereich – überhaupt von kartellgesetzlichen Tatbeständen erfasst wird (vgl. E. 11 ff.; BGer, Zwischenverfügung 2C_676/2008 vom 27. November 2008 E. 1.3 zum bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahren B-2775/2008; PETER UEBERSAX, Unabhängige Verwaltungsinstanzen und offene Gesetze im öffentlichen Wirtschaftsrecht des Bundes – ein rechtliches Risiko?, in: Sutter-Somm/Hafner/Schmid/Seelmann [Hrsg.], Risiko und Recht, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2004, Basel/Bern 2004, S. 695).

5.6.6.4 Schliesslich sind auch keine Gründe erkennbar, welche das Bundesverwaltungsgericht daran hindern würden, die *Bemessung der ausgefällten Sanktion* sowie die entsprechenden Schärfungs- und Milderungsgründe mit einer Kognition zu überprüfen, die die Anforderungen von Art. 6 Abs. 1 EMRK respektieren würde (vgl. BGE 115 Ia 406 E. 3b/bb zur Notwendigkeit der gerichtlich zu gewährenden freien Überprüfung einer Strafzumessung).

5.6.7 Zusammenfassend lässt sich nach dem Gesagten festhalten, dass das Bundesverwaltungsgericht im vorliegenden Fall die angefochtene Verfügung – entsprechend der vom Bundesgericht in BGE 132 II 257 und BGE 132 II 485 eingenommenen Haltung zur Kognitionsfrage – in sachverhaltlicher und rechtlicher Hinsicht im Einklang mit Art. 6 Abs. 1 EMRK auf ihre Rechtmässigkeit hin überprüfen kann.

5.7 Verletzung des Selbstbelastungsverbots?

5.7.1 Die Beschwerdeführerin rügt vorab ganz grundsätzlich, dass nach dem EGMR eine angeschuldigte Person nicht verpflichtet werden dürfe, zur Sache auszusagen, da entsprechende Aussagen beweismässig nicht verwertbar seien. Würden solche Aussagen, egal ob sie belastender Natur seien oder nicht, in einem Entscheid berücksichtigt, so wäre dieser anfechtbar und aufzuheben. Insofern dürfe ein Angeschuldigter, der eine Aussage zur Sache verweigere, dafür nicht bestraft werden. Zudem dürften aus einem Schweigen keine nachteiligen Schlüsse gezogen werden. Geschehe dies dennoch, dann sei ein Strafentscheid anfechtbar und aufzuheben. Ferner dürfe dieses Schweigerecht auch nicht durch eine ausserstrafprozessuale Mitwirkungspflicht ausgehebelt werden, indem eine solche in einem Verwaltungsverfahren gestützt auf Verwaltungsrecht statuiert werde. Entscheidend sei allein das Vorliegen einer "strafrechtlichen Anklage" im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK.

Im Urteil vom 3. Mai 2001 i.S. *J.B. gegen die Schweiz* habe der EGMR den durch mehrere Ordnungsbussen ausgeübten Zwang zur Herausgabe von Dokumenten in einem Nachsteuerverfahren als Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK gewertet, zumal eine Herausgabe den Betroffenen im gleichzeitig geführten Steuerhinterziehungsverfahren belastet hätte.

5.7.2 Mit der Beschwerdeführerin ist davon auszugehen, dass bereits im Sanktionsverfahren vor der Vorinstanz das aus Art. 6 Abs. 1 und 2

EMRK abgeleitete Selbstbelastungsverbot, wonach eine Person sich nicht selbst beschuldigen muss, also schweigen darf, zumindest dem Grundsatz nach zu beachten ist (vgl. dazu HANGARTNER, Aspekte, a.a.O., S. 273 f.; CHRISTOPH LANG, Untersuchungsmassnahmen der Wettbewerbskommission im Spannungsverhältnis zwischen Wahrheitsfindung und Verteidigungsrechten eines Angeschuldigten, Jusletter vom 27. September 2004, Rz. 10; WASER, a.a.O., S. 174 ff.; vgl. demgegenüber die differenzierte Kritik bei HANSJÖRG SEILER, Das [Miss-]Verhältnis zwischen strafprozessualem Schweigerecht und verwaltungsrechtlicher Auskunftspflicht, recht 2005, S. 11 ff., insbes. S. 16; kritisch auch PHILIPPE SPITZ, Ausgewählte Problemstellungen im Verfahren und bei der praktischen Anwendung des revidierten Kartellgesetzes, sic! 2004, S. 557).

5.7.3 Dieser Grundsatz, der bisweilen auch als Verbot des Selbstbelastungszwangs oder als Selbstbezichtigungsprivileg bezeichnet wird, zählt zum Kernbereich eines fairen Verfahrens (vgl. EGMR, Urteil 10828/84 vom 25. Februar 1993 i.S. *Funke v. Frankreich*, Ziff. 44) und steht in einem engen Zusammenhang zur Unschuldsvermutung gemäss Art. 6 Abs. 2 EMRK (vgl. GRABENWARTER, a.a.O., § 24 N. 119, S. 389 f.; KÜHNE, a.a.O., Rz. 447 zu Art. 6 EMRK).

Wie die Beschwerdeführerin zu Recht betont, ergibt sich aus dem Recht eines Angeklagten, nicht zu seiner eigenen Verurteilung beitragen zu müssen, insbesondere, dass Anklagen ohne Rückgriff auf Beweismittel geführt werden, die durch Zwang oder Druck in Missachtung des Willens des Angeklagten erlangt worden sind (vgl. BGE 131 IV 36 E. 3.1, mit Verweis auf EGMR, Urteil 31827/96 vom 3. Mai 2001 i.S. *J.B. v. Schweiz* und BGE 121 II 273; KÜHNE, a.a.O., Rz. 448 zu Art. 6 EMRK). Damit soll der Angeklagte vor missbräuchlichem Zwang seitens der Behörden geschützt werden, was der Vermeidung von Justizirrtümern sowie der Zielsetzung von Art. 6 EMRK dienen soll (vgl. BGE 131 IV 36 E. 3.1; vgl. die Kritik bei SEILER, a.a.O., S. 18 ff.). Gleiches gilt bei Verwaltungsverfahren mit strafrechtlichem Charakter.

5.7.4 Allerdings gibt die Beschwerdeführerin sich nicht hinreichend Rechenschaft über die Tragweite des Selbstbelastungsverbots.

5.7.4.1 Auch wenn das damit verbundene Recht zu Schweigen nicht nur Aussagen, sondern auch den Zwang zur eigenhändigen Herausgabe von Beweismaterial umfasst (vgl. EGMR, Urteil 31827/96 vom 3. Mai 2001 i.S. *J.B. v. Schweiz*, Ziff. 63 ff., veröffentlicht in: VPB

65.128; kritisch dazu CLÉMENCE GRISEL, L'obligation de collaborer des parties en procédure administrative, Zürich 2008, N. 414; bestätigt in EGMR, Urteil 19235/03 vom 21. April 2009 i.S. *Marttinen v. Finnland*, Ziff. 71), vermittelt es entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin kein absolutes Recht, da es Beschränkungen unterworfen sein kann. Unter Umständen kann auch ein mittels Verwaltungsstrafen ausgeübter Zwang gerechtfertigt sein (vgl. EGMR, Urteil 15809/02 vom 29. Juni 2007 i.S. *O'Halloran v. Vereinigtes Königreich*, Ziff. 55 ff.; BGE 131 IV 36 E. 3; KÜHNE, a.a.O., Rz. 451 ff. zu Art. 6 EMRK; SEILER, a.a.O., S. 19). Selbst das Ziehen nachteiliger Schlüsse aus einem allfälligen Schweigen eines Beschuldigten wird unter bestimmten Voraussetzungen als vereinbar mit dem Selbstbelastungsverbot angesehen (vgl. EGMR, Urteil 18731/91 vom 8. Februar 1996 i.S. *Murray v. Grossbritanien,* Ziff. 45 ff.; kritisch MÜLLER/SCHEFER, a.a.O., S. 989 Fn. 44).

Der EGMR beurteilt die Zulässigkeit einer Verpflichtung, gegen sich selber aussagen zu müssen, aufgrund der Art und des Ausmasses des ausgeübten Zwanges, der verfahrensrechtlichen Sicherungen und der Verwendung der erlangten Beweise (vgl. EGMR, Urteil 54810/00 vom 11. Juli 2006 i.S. *Abu Bakah Jalloh v. Deutschland*, Ziff. 101). Freilich ist im Einzelnen die Tragweite des Selbstbelastungsverbots in Bezug auf passive und aktive Verhaltenspflichten in vielen Rechtsbereichen umstritten, insbesondere auch bezüglich Handlungspflichten, etwa Informationspflichten gegenüber Behörden oder Privatpersonen, die sich mittelbar selbstbelastend auswirken können (vgl. BGE 132 II 113 E. 3, BGE 131 IV 36 E. 3.1, m.w.H.; HOLGER DIECKMANN, in: Wiedemann [Hrsg.], Handbuch des Kartellrechts, 2. Aufl., München 2008, § 42 N. 21 f., S. 1547 ff., je m.w.H.; PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], a.a.O., N. 70 zu Art. 13 VwVG; MÜLLER/SCHEFER, a.a.O., S. 985; vgl. für Wettbewerbsverfahren vor den Behörden der EU ANDREAS KLEES, Europäisches Kartellverfahrensrecht mit Fusionskontrollverfahren, Köln 2005, § 9 N. 34, S. 318 f.).

5.7.4.2 Ungeachtet dieser differenzierten Rechtsprechung des EGMR, der sich zu dieser Frage ausschliesslich mit dem Selbstbelastungsverbot *natürlicher* Personen zu befassen hatte (vgl. TAGMANN, a.a.O., S. 115), hält die Beschwerdeführerin auch die im Kartellgesetz statuierte Mitwirkungspflicht für gänzlich unbeachtlich, weshalb zwingend ein generelles Beweisverwertungsverbot zu folgen habe.

Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden, auch wenn die Beschwerdeführerin als juristische Person den aus Art. 6 Abs. 1 und 2 EMRK abgeleiteten Garantien grundsätzlich untersteht (vgl. E. 5.4.1).

5.7.4.3 Nach Art. 40 KG haben marktmächtige Unternehmen den Wettbewerbsbehörden alle für deren Abklärungen erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Urkunden vorzulegen, wobei sich das Recht zur Verweigerung der Auskunft nach Art. 16 VwVG (Zeugnisverweigerungsrecht) richtet. Ferner wird nach Art. 52 KG ein Unternehmen, das die Auskunftspflicht oder die Pflichten zur Vorlage von Urkunden nicht oder nicht richtig erfüllt, mit einem Betrag bis zu Fr. 100'000.– belastet. Zudem wird nach Art. 55 KG mit Busse bis zu Fr. 20'000.– bestraft, wer insbesondere vorsätzlich Verfügungen der Wettbewerbsbehörden betreffend die Auskunftspflicht (Art. 40) nicht oder nicht richtig befolgt.

Damit stellt sich die Frage, wie diese gesetzlich vorgesehenen Ermittlungsbefugnisse der Wettbewerbsbehörden, die bei Auskunftsverweigerung sanktionierbar sind, mit den legitimen Verteidigungsinteressen von *Unternehmen*, die in der Regel juristische Personen sind, zu einem sachgerechten Ausgleich gebracht werden können, ohne in Widerspruch zur Rechtsprechung des EGMR zu treten.

Dazu werden zwei entgegengesetzte Standpunkte vertreten:

5.7.4.3.1 Nach der einen Auffassung, der im Ergebnis die Vorinstanz folgt, verfügen die nach Art. 40 KG zur Mitwirkung Verpflichteten über kein absolut geltendes Aussageverweigerungsrecht, sondern nur über eines, das sich auf Fragen beschränkt, durch die das Unternehmen direkt oder indirekt dazu gezwungen würde, ein "wettbewerbswidriges Verhalten" einzugestehen; solche Fragen müssten nicht beantwortet werden. Dagegen erstrecke sich die (allenfalls nach Art. 52 und 55 KG) sanktionierbare Auskunftspflicht auf rein tatsächliche Gegebenheiten (vgl. KRAUSKOPF/EMMENEGGER, a.a.O., N. 70 zu Art. 13 VwVG; TAGMANN, a.a.O., S. 119, m.w.H.).

Diese Sicht orientiert sich an der Praxis des EuGH in Wettbewerbsverfahren, wonach die Kommission ein Unternehmen gegebenenfalls durch Entscheidung verpflichten darf, ihr alle erforderlichen Auskünfte über ihm eventuell bekannte Tatsachen zu erteilen, jedoch nicht berechtigt ist, ein Unternehmen zu verpflichten, Antworten zu geben, durch welche es eine Zuwiderhandlung eingestehen müsste, für

welche die Kommission nachweispflichtig ist (vgl. EuGH, Urteil C-407/04 vom 25. Januar 2007 i.S. *Dalmine/Kommission*, Rz. 34, m.w.H., insbes. auf das Urteil des EuGH C-374/87 vom 18. Oktober 1989 i.S. *Orkem/Kommission*, Rz. 34 f.).

Nach dieser Rechtsprechung darf eine Auskunft nicht damit verweigert werden, dass die Informationen dazu verwendet werden könnten, den Beweis für ein wettbewerbswidriges Verhalten zu erbringen; Auskünfte "rein tatsächlicher Art" müssten immer gegeben werden, nicht hingegen Angaben, welche das "Eingeständnis einer Zuwiderhandlung" enthalten (vgl. STEPHAN BREITENMOSER, Grundrechtsschutz im Wettbewerbsrecht – ein Überblick, SZIER 2007, S. 428 f., 433; DIECKMANN, a.a.O., § 42 N. 21, S. 1547 f., m.w.H.; kritisch KLEES, a.a.O., § 9 N. 34, S. 318 f.; STEFAN LORENZMEIER, Kartellrechtliche Geldbussen als strafrechtliche Anklage im Sinne der Europäischen Menschenrechtskonvention, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik ZIS 2008, S. 28; JÜRGEN SCHWARZE/RAINER BECHTOLD/WOLFGANG BOSCH, Rechtsstaatliche Defizite im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft – Eine kritische Analyse der derzeitigen Praxis und Reformvorschläge, Stuttgart 2008, S. 31 ff., online unter: *www.gleisslutz.com* > Publikationen > 2008 > 3).

5.7.4.3.2 Nach der anderen Auffassung, welche im Ergebnis auch die Beschwerdeführerin vertritt, gelte hingegen ein absolutes Aussageverweigerungsrecht, da die von den Europäischen Gerichten vertretene Unterscheidung zwischen Tatsachenaussagen und Aussagen mit eigentlichem Geständnischarakter im Lichte strafprozessualer Mindestgarantien "artifiziell" und nicht überzeugend sei. Nach dieser Meinung sei ein Unternehmen nicht dazu verpflichtet, durch entsprechende Auskünfte selber zu seiner Verurteilung zu einer Geldbusse beitragen zu müssen. Dasselbe gelte auch für die Herausgabe von Dokumenten.

Insofern sei ein Angeschuldigter in einem Verfahren mit pönalem Charakter nicht verpflichtet, die Untersuchung durch aktives Verhalten zu fördern, weshalb ihn auch keine Editionspflicht treffe. Daher dürfe die Weigerung, einer Forderung auf Herausgabe nachzukommen, auch nicht mit Verwaltungssanktionen belegt werden. Dies schliesse indessen nicht aus, dass die Wettbewerbsbehörden entsprechende Unterlagen selber im Rahmen einer Hausdurchsuchung nach Art. 42 Abs. 2 KG beschaffen dürften, da Angeschuldigte in einem Unter-

suchungsverfahren entsprechende Untersuchungsmassnahmen zu dulden hätten (vgl. LANG, a.a.O., Rz. 21, m.w.H.; NIGGLI/RIEDO, a.a.O., S. 61 ff.; SPITZ, a.a.O., S. 556 ff.).

5.7.5 Die Frage, welche Grenzen das aus Art. 6 Abs. 1 und 2 EMRK abgeleitete Selbstbelastungsverbot eines Unternehmens seiner kartellgesetzlichen Mitwirkungspflicht generell und unabhängig vom Einzelfall setzt, braucht hier jedoch nicht im Einzelnen abschliessend erörtert zu werden, wenn sich erweist, dass die beiden sachbezogenen Rügen der Beschwerdeführerin von vornherein im Lichte grundsätzlicher Überlegungen unbegründet sind.

5.7.5.1 Einerseits beanstandet die Beschwerdeführerin, sie sei durch zwei Begehren formell, d.h. unter Hinweis auf die gesetzliche Mitwirkungspflicht nach Art. 40 KG, zur Auskunft verpflichtet worden, was ihr Schweigerecht verletze. Deshalb seien die mit diesen Auskunftsbegehren erhobenen Beweise nicht verwertbar, ungeachtet des Umstands, ob die Beweise sie belasteten oder nicht. Folglich sei die auf solche Beweise gestützte angefochtene Verfügung aufzuheben.

5.7.5.1.1 Entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass, wenn – wie hier – die Beschwerdeführerin auf die Auskunftsbegehren vorbehaltlos antwortete, dadurch das ihr zustehende Aussageverweigerungsrecht noch nicht verletzt worden ist.

Zwar gilt die Auskunftspflicht nach Art. 40 KG *ex lege*, aber um den Anforderungen an das Selbstbelastungsverbot im Sinne der EMRK gerecht werden zu können, hat die zuständige Wettbewerbsbehörde mittels selbständig anfechtbarerer, verfahrensleitender Verfügung die Auskunftspflicht sowie deren Umfang festzuhalten, wenn diese, insbesondere gestützt auf das Selbstbelastungsverbot, bestritten wird (vgl. STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Freiburg 2002, S. 248 f.; BORER, a.a.O., Rz. 9 zu Art. 40 KG; BENOIT CARRON, in: Tercier/Bovet [Hrsg.], Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Genf/Basel/München 2002, Rz. 25 zu Art. 40 KG; LAURENT MOREILLON, in: Tercier/Bovet [Hrsg.], a.a.O., Rz. 5 zu Art. 52 KG). Gleichzeitig sind die kartellgesetzlichen Sanktionsfolgen anzudrohen (vgl. BILGER, a.a.O., S. 249; RICHLI, a.a.O., S. 487).

Nur eine solche Auskunftsverfügung, welche hier jedoch nicht ergangen ist, könnte unter Umständen als unerlaubte Ausübung von Zwang aufgefasst werden, soweit damit unzulässige Fragen mit Sanktionsfolgen durchgesetzt werden sollen. Ein solches Vorgehen entspricht auch der Praxis der Europäischen Kommission (vgl. DIECKMANN, a.a.O., § 42 N. 13 ff. u. 48, S. 1545 ff.; KLEES, a.a.O., § 9 N. 16 ff., S. 313 ff.).

5.7.5.1.2 Diese Sicht erweist sich im Rahmen komplexer Wettbewerbsverfahren als notwendig. Denn das von der Beschwerdeführerin postulierte umfassende Aussageverweigerungsrecht bezüglich aller Fragen, die einen bestimmten, von der Vorinstanz zu untersuchenden Sachverhalt betreffen, könnte die behördliche Sachverhaltsabklärung und damit letztlich die Anwendbarkeit der materiellen Bestimmungen des Kartellgesetzes in unverhältnismässiger Weise erschweren, wie die Vorinstanz zu Recht befürchtet (vgl. SEILER, a.a.O., S. 14, 17 ff.; a.M. NIGGLI/RIEDO, a.a.O., S. 66 f.), zumal sie die Beweislast für das Vorhandensein wettbewerbswidriger Praktiken trägt.

Dem stünde auch die bisherige Praxis der REKO/WEF entgegen, welche Art. 40 Satz 1 KG als unerlässliches Instrument der Wettbewerbsbehörden bezeichnete, um den rechtserheblichen Sachverhalt (inklusive Geschäftsgeheimnisse) feststellen zu können (vgl. Entscheid der REKO/WEF 01/FB-005 vom 26. September 2002 E. 3, veröffentlicht in: RPW 2002/4, S. 698; vgl. auch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3577/2008 vom 6. November 2008 E. 1.3.1, veröffentlicht in: RPW 2008/4, S. 731 ff.).

5.7.5.1.3 Im vorliegenden Fall legt die Beschwerdeführerin mit keinem Wort dar, inwiefern sie in den jeweiligen Fragebogen durch unzulässige Fragen aufgefordert worden wäre, "wettbewerbswidriges Verhalten" einzugestehen bzw. Fragen zu beantworten, die sie zu selbstbelastenden Auskünften verführt hätten. Hätte die Beschwerdeführerin tatsächlich unzulässige, suggestive Belastungsfragen im Fragebogen entdeckt, wäre jedenfalls von ihr zu erwarten gewesen, dass sie die Auskunft verweigert und den Erlass einer Auskunftsverfügung anbegehrt hätte, was sie aber nicht getan hat.

Damit hat die Beschwerdeführerin darauf verzichtet, die entsprechenden Auskunftsbegehren auf ihre Rechtmässigkeit hin gerichtlich überprüfen zu lassen, weshalb die in der Folge eingereichten Auskünfte auch nicht einem Beweisverwertungsverbot unterstehen (vgl. KRAUSKOPF/EMMENEGGER, a.a.O., N. 195 zu Art. 12 VwVG). Insofern ist das von der

Beschwerdeführerin angerufene Urteil des EGMR vom 3. Mai 2001 i.S. *J.B. gegen die Schweiz* (vgl. a.a.O.) nicht einschlägig, da die Vorinstanz gegenüber der Beschwerdeführerin nie ein Sanktionsverfahren gemäss Art. 52 KG durchgeführt hat, um sie zur Erteilung von Auskünften oder zur Herausgabe von Dokumenten anzuhalten. Somit geht die entsprechende Kritik ins Leere.

5.7.5.2 Des Weiteren rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe ihr vorgeworfen, sie habe die Auskunft zu den Kosten der Terminierung verweigert, was "die aus der Luft gegriffene Annahme eines unrechtmässigen Gewinns von 13.5 Rp./Min" rechtfertigen soll. Zudem sei die Nichtbeantwortung der Fragen zu den Terminierungskosten bei der Sanktionsbemessung als Verfahrensbehinderung im Sinne der KG-Sanktionsverordnung gewertet worden. Dass diese angebliche Verfahrensbehinderung letztlich nicht sanktionserhöhend berücksichtigt worden sei, liege daran, dass sich die entsprechenden Umstände vor Inkrafttreten der Kartellgesetz-Revision per 1. April 2004 verwirklicht hätten. Grundsätzlich verletzten diese mit ihrem Schweigen begründeten, für sie nachteiligen Schlüsse ihr Schweigerecht. Im Übrigen sei sie objektiv gar nicht in der Lage gewesen, zu ihren Terminierungskosten eine korrekte Auskunft zu geben. Auch deshalb sei die angefochtene Verfügung aufzuheben.

Auch dieser Einwand geht fehl. Die Beschwerdeführerin selbst räumt ein, dass ihr Schweigen in der angefochtenen Verfügung nicht nachteilig berücksichtigt worden sei, was unter dem Blickwinkel von Art. 6 Abs. 1 EMRK kaum problematisch sein kann.

5.7.6 Zusammenfassend ergibt sich, dass die Rügen der Beschwerdeführerin, wonach ihr Schweigerecht im Verfahren vor der Vorinstanz verletzt worden sei, unbegründet sind.

6. Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör?

Die Beschwerdeführerin rügt ferner, die Vorinstanz habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör mehrfach verletzt:

- Während den Anhörungen habe sie viel zu wenig Zeit für eine Stellungnahme erhalten (vgl. E. 6.2);

- der zweite Verfügungsantrag sei ihr nie in vollständiger Form zugestellt worden (vgl. E. 6.3);

- zum dritten Verfügungsantrag sei ihr eine unangemessen kurze Frist zur Stellungnahme eingräumt worden (vgl. E. 6.4);

- zum "Gutachten IC" vom 20. November 2006 (vgl. RPW 2006/4, S. 739) habe sie vorgängig nicht Stellung nehmen können (vgl. E. 6.5);

- die Mitglieder der Wettbewerbskommission hätten die meisten Beilagen zu den Stellungnahmen nicht konsultiert und deshalb ohne die nötige Sachkenntnis entschieden (vgl. E. 6.6).

Auch diese Rügen sind vorab zu prüfen. Denn angesichts der formellen Natur des rechtlichen Gehörs kann dessen Verletzung ungeachtet der Erfolgsaussichten einer Beschwerde in der Sache selbst zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung führen (vgl. BGE 132 V 387 E. 5.1; BERNHARD WALDMANN/JÜRG BICKEL, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], a.a.O., N. 106 ff. zu Art. 29 VwVG).

6.1 Grundsätzliches zum rechtlichen Gehör

Wer – wie die Beschwerdeführerin – vom Ausgang eines Verfahrens besonders betroffen ist, hat verfassungsmässige Informations-, Einsichts-, Mitwirkungs- und Äusserungsrechte, welche die Fairness des Verfahrens garantieren sollen und als "rechtliches Gehör" bezeichnet werden (vgl. MÜLLER/SCHEFER, a.a.O., S. 846). Dieses umfasst die folgenden Ansprüche: (1.) auf Orientierung, (2.) auf Mitwirkung bei der Feststellung des Sachverhalts (Art. 12 ff. VwVG), (3.) auf vorgängige Stellungnahme und Anhörung (Art. 30 VwVG), sowie (4.) auf ernsthafte Prüfung der Vorbringen durch die Behörde und deren Berücksichtigung in der Entscheidfindung (vgl. MÜLLER/SCHEFER, a.a.O., S. 860 ff.). Um den Betroffenen eine Stellungnahme vor Erlass der Verfügung zu ermöglichen, muss ihnen die Verwaltungsbehörde den voraussichtlichen Inhalt der Verfügung, zumindest seine wesentlichen Elemente, bekannt geben (vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006, N. 1680 f.). Für Kartellverwaltungsverfahren führt Art. 30 Abs. 2 erster Satz KG die Besonderheit ein, dass die am Verfahren Beteiligten schriftlich zum Antrag des Sekretariats Stellung nehmen können.

Der die Behörde verpflichtende Untersuchungsgrundsatz (Art. 12 VwVG) und das ihn ergänzende Parteirecht des Gehörsanspruchs (Art. 29 VwVG) sollen sicherstellen, dass zur vollständigen Ermittlung

des erheblichen Sachverhalts alle dafür notwendigen Beweise erhoben und zutreffend gewürdigt werden. Zudem soll sichergestellt werden, dass der Entscheid auf alle wesentlichen Elemente abgestützt und entsprechend nachvollziehbar begründet wird (vgl. Entscheid der REKO/WEF FB/2004-4 vom 4. Mai 2006 [i.S. *20 Minuten*] E. 4.1, veröffentlicht in: RPW 2006/2, S. 347 ff., bestätigt im Urteil des Bundesgerichts 2A.327/2006 vom 22. Februar 2007, veröffentlicht in: RPW 2007/2, S. 331 ff., m.w.H.). Freilich darf sich die Begründung eines Entscheids auf diejenigen Aspekte beschränken, welche die Behörde willkürfrei als wesentlich betrachtet. Die Behörde muss aber begründen, weshalb sie vorgebrachte Parteistandpunkte für nicht erheblich, unrichtig oder allenfalls unzulässig hält (vgl. MICHELE ALBERTINI, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Bern 2000, S. 369, 404).

Angesichts der zentralen Bedeutung der Verfahrensrechte für die Betroffenen kommt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine nachträgliche Heilung eines entsprechenden Mangels nur ausnahmsweise in Frage. Die erstinstanzliche Behörde soll nicht darauf vertrauen dürfen, dass von ihr missachtete Verfahrensrechte systematisch nachträglich geheilt werden, ansonsten die gerade für das erstinstanzliche Verfahren vorgesehenen prozessualen Garantien ihren Sinn verlören (vgl. BGE 126 II 111 E. 6b/aa).

Gleichwohl können nach herrschender Meinung im Rechtsmittelverfahren nicht besonders schwerwiegende Verletzungen des rechtlichen Gehörs "geheilt" werden (vgl. WALDMANN/BICKEL, a.a.O., N. 108 ff. zu Art. 29 VwVG, m.w.H.; für das Kartellverwaltungsrecht vgl. Entscheid der REKO/WEF FB/2005-5 vom 1. Mai 2006 E. 4.4, veröffentlicht in: RPW 2006/2, S. 310 ff., mit Verweis auf RPW 2005/3, S. 505 ff., S. 516 f.). Die Gerichtspraxis dazu ist reichhaltig, aber nicht einheitlich (vgl. WALDMANN/BICKEL, a.a.O., N. 128 zu Art. 29 VwVG). Gemeinhin wird für eine solche "Heilung" vorausgesetzt, (1.) dass eine Gehörsverletzung als nicht relevant oder die Beschwerde materiell von vornherein als aussichtslos erscheint oder – (2.) – dass sich mit einem materiellen Rechtsmittelentscheid ein prozessualer Leerlauf und damit im Interesse des Betroffenen unnötige Verzögerungen vermeiden lassen. Zudem müssen (3.) die unterlassenen Verfahrenshandlungen im Rechtsmittelverfahren nachgeholt werden, so dass das verweigerte rechtliche Gehör vom Betroffenen nachträglich voll wahrgenommen werden kann. Dies setzt voraus, dass (4.) die Rechtsmittelinstanz

grundsätzlich über die selbe Kognition wie die Vorinstanz verfügt; sie muss also den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen können. Dieses Erfordernis ist aber nicht abstrakt, sondern mit Blick auf die im konkreten Fall strittigen Fragen zu beurteilen (vgl. BGE 126 II 111 E. 6b/cc; WALDMANN/BICKEL, a.a.O., N. 114 ff. zu Art. 29 VwVG). Die unter (2.) bis (4.) genannten Kriterien sollen sicherstellen, dass dem Betroffenen durch eine allfällige "Heilung" keine unzumutbaren Nachteile entstehen (vgl. WALDMANN/BICKEL, a.a.O., N. 121 ff. zu Art. 29 VwVG).

6.2 Gehörsverletzung wegen Redezeitbeschränkungen?

6.2.1 Die Beschwerdeführerin bemängelt, sie habe während den beiden Anhörungen vor der Wettbewerbskommission zu wenig Zeit für Stellungnahmen erhalten. Die Gesamtdauer der ersten Anhörung vom 5. September 2005 sei auf eine Stunde begrenzt worden. Deshalb habe sie nur während 15 Minuten eine Erklärung abgeben bzw. ein kurzes Schlussplädoyer halten dürfen. Nach 15 Minuten habe Herr Zweifel, Mitglied der Wettbewerbskommission, mit "tiefster Missbilligung" angemerkt, ihr CEO habe "bei seinen einleitenden Ausführungen das Zeitlimit überschritten". Dreissig Minuten nach Beginn der Anhörung sei schliesslich ein weiteres Mitglied der Wettbewerbskommission eingetroffen. Herr Zweifel habe die Anhörung noch während des Vortrags ihres CEO verlassen. Die Redezeit hätte – wenn überhaupt – nur aus ordnungspolizeilichen Gründen beschränkt werden dürfen. Am 29. Mai 2006 sei eine zweite Anhörung durchgeführt und deren Gesamtdauer auf eineinhalb bis zwei Stunden begrenzt worden. Damit habe die Vorinstanz versucht zu verhindern, dass sie eine der Bedeutung und Komplexität des Falles angemessene Stellungnahme abgebe. In ihrer Vernehmlassung vom 10. September 2007 macht die Beschwerdeführerin neu geltend, ihr Anspruch auf eine öffentliche Verhandlung ergebe sich nicht aus dem Kartellgesetz, sondern direkt aus Art. 6 Abs. 1 EMRK, da die Vorinstanz über eine strafrechtliche Anklage entschieden habe.

Die Vorinstanz wendet dagegen ein, nach Art. 30 Abs. 2 KG hätten Parteien keinen Anspruch auf Durchführung einer mündlichen Anhörung. Deshalb seien hier keine Verfahrensrechte verletzt worden. Der zeitliche Rahmen der Anhörung sei aus organisatorischen Gründen im Interesse eines effizienten Ablaufs festgelegt worden. Die Beschwerdeführerin sei am 5. September 2005 während mehr als

einer Stunde bzw. am 29. Mai 2006 während über zwei Stunden angehört worden. Abgesehen von den umfangreichen schriftlichen Eingaben der Beschwerdeführerin habe diese mehrmals genügend Zeit erhalten, sich auch mündlich zu äussern.

6.2.2 Nach Art. 30 Abs. 2 Satz 2 (1. Hälfte) KG kann die Wettbewerbskommission eine Anhörung beschliessen und das Sekretariat mit zusätzlichen Untersuchungsmassnahmen beauftragen.

Wie bereits in der Erwägung 5.5 angedeutet, vermag Art. 6 Abs. 1 EMRK für Verfahren vor der Vorinstanz keinen Anspruch auf eine öffentliche Verhandlung zu begründen. Die dafür erforderliche Rechtsgrundlage bildet indessen auch nicht Art. 30 Abs. 2 Satz 2 (1. Hälfte) KG, wonach die Wettbewerbskommission eine Anhörung beschliessen *kann*. Bereits nach dem Wortlaut dieser Norm ist die Vorinstanz nicht verpflichtet, in jedem Fall eine Anhörung durchzuführen. Vielmehr wird sie eine solche nur dann beschliessen, wenn sie zusätzlichen Untersuchungsbedarf sieht. Ein Recht der Verfahrensbeteiligten auf eine Anhörung besteht nach herrschender Meinung nicht (vgl. Entscheid der REKO/WEF 99/FB-13 vom 21. Mai 2001 i.S. *Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V.*, veröffentlicht in: RPW 2001/2, S. 431; Borer, a.a.O., Rz. 8 zu Art. 30 KG; Bruno Schmidhauser, in: Schmidhauser/Homburger/Hoffet/Ducrey [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Rz. 9 zu Art. 30 KG; Zäch, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 990). Einer Lehrmeinung zufolge könnte die Wettbewerbskommission jedoch wegen besonderer Umstände verpflichtet sein, eine Anhörung durchzuführen, wenn sich der Anspruch auf rechtliches Gehör der beteiligten Unternehmen nicht auf andere Weise rechtsgenüglich erfüllen liesse (vgl. Borer, a.a.O., Rz. 8 zu Art. 30 KG).

Nach der bisherigen Rechtsprechung ist bei der Ausübung des rechtlichen Gehörs auch den Interessen der Verfahrensökonomie Rechnung zu tragen (vgl. Entscheid der REKO/WEF FB/2006-8 vom 9. November 2006, veröffentlicht in: RPW 2006/4, S. 722 ff., S. 723). Dies gilt auch hier: Die Beschwerdeführerin hatte grundsätzlich keinen Anspruch auf eine Anhörung vor der Vorinstanz, zumal besondere Umstände, welche ein Anhörung aufgedrängt hätten, weder geltend gemacht werden noch ersichtlich sind. Die Hauptschwierigkeit des vorliegenden Falles betrifft weniger die Ermittlung und Auswahl der ent-

scheiderheblichen Sachumstände, sondern die rechtliche Subsumption, d.h. die kartellrechtliche Sachverhaltswürdigung.

Nach den Anhörungsprotokollen dauerte die erste Anhörung vom 5. September 2005 über eine Stunde, die zweite Anhörung vom 29. Mai 2006 über zwei Stunden (vgl. im Sachverhalt unter B.k und B.r). Die Beschwerdeführerin wurde somit während insgesamt über drei Stunden angehört, wobei sie jeweils Gelegenheit erhielt, Stellung zu nehmen, Fragen der Vorinstanz zu beantworten und ein kurzes Schlusswort zu halten. Damit zur Beantwortung von Fragen genügend Zeit blieb, durfte die Vorinstanz die Redezeit für die Stellungnahmen beschränken. Dies war um so mehr gerechtfertigt, als die Beschwerdeführerin hinreichend Gelegenheit erhalten hatte, vor den Anhörungen schriftliche Stellungnahmen zu den Verfügungsentwürfen abzugeben (vgl. Stellungnahme vom 25. Juli 2005 [act. 250] und vom 22. Mai 2006 [act. 341], sowie im Sachverhalt unter B.j und B.p).

Somit verletzte die gerügte Beschränkung der Redezeit das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin nicht. Das beanstandete Verhalten eines Mitglieds der Vorinstanz mag allenfalls unangebracht oder unhöflich gewesen sein, eine Gehörsverletzung stellt es aber nicht dar.

6.3 Unvollständig zugestellter zweiter Verfügungsantrag?

6.3.1 Die Beschwerdeführerin rügt, ihr sei der zweite Verfügungsantrag des Sekretariats nie in vollständiger Form zugestellt worden. Am 7. April 2006 habe sie den Sanktionsantrag und einzelne "Noven" zum ersten Antrag erhalten, nicht aber den gesamten abgeänderten Entwurf. In der Folge habe sie ohne Kenntnis des vollständigen zweiten Verfügungsentwurfs Stellung nehmen müssen, was unzulässig sei.

Die Vorinstanz erachtet diese Kritik als haltlos.

6.3.2 Nach Art. 30 Abs. 2 KG können die am Verfahren Beteiligten schriftlich zum Antrag des Sekretariats Stellung nehmen. Insofern wird der verwaltungsverfahrensrechtliche Gehörsanspruch (Art. 29 f. VwVG) durch den kartellgesetzlichen Anspruch auf Stellungnahme zu Verfügungsentwürfen (Art. 30 Abs. 2 KG) grundsätzlich erweitert (vgl. BGE 129 II 497 E. 2.2; Entscheid der REKO/WEF FB/2006-8 vom 9. November 2006, veröffentlicht in: RPW 2006/4, S. 722 ff.).

Die Frage einer allfälligen Gehörsverletzung kann jedoch offen bleiben. Denn unbestrittenermassen erhielt die Beschwerdeführerin im vorinstanzlichen Verfahren ausreichend Gelegenheit, sich zum *dritten* Verfügungsentwurf vom 11. Oktober 2006 (vgl. im Sachverhalt unter B.s) zu äussern, dessen Änderungen die REKO/WEF mit Entscheid FB/2006-8 vom 9. November 2006 als wesentlich gewertet hatte (vgl. nachfolgende E. 6.4). Die Kritik der Beschwerdeführerin ist damit unbegründet.

6.4 Zu kurze Frist für Stellungnahme zum dritten Verfügungsantrag?

6.4.1 Des Weiteren erblickt die Beschwerdeführerin eine Verletzung des rechtlichen Gehörs im Umstand, dass sie zweimal Beschwerde an die REKO/WEF habe führen müssen, um eine ausreichende Frist zur Stellungnahme zum dritten Verfügungsantrag zu erhalten. Zwar sei ihr schliesslich ausreichend Zeit eingeräumt worden, um zum dritten Antrag Stellung zu nehmen. Dennoch sei ihr in unzulässiger Weise die Gelegenheit zu einer angemessenen Stellungnahme gegenüber der Vorinstanz verwehrt worden.

Die Vorinstanz hält diese Kritik für unbegründet.

6.4.2 Wie die Beschwerdeführerin selbst einräumt, wurde ihr – wenn auch nach zwei Beschwerdeverfahren (vgl. im Sachverhalt unter B.t) – genügend Zeit für eine Stellungnahme zum dritten Verfügungsantrag eingeräumt, weshalb ihre Rüge ins Leere geht. Zu Recht stellt die Beschwerdeführerin nicht in Abrede, dass ihr die REKO/WEF letztmals mit Entscheid FB/2006-9 vom 4. Dezember 2006 (veröffentlicht in: RPW 2006/4, S. 725 ff.) eine unverlängerbare Nachfrist ("Notfrist") zur Einreichung einer Stellungnahme gewährte (insgesamt über 60 Tage). Unter diesen Umständen müsste selbst eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs als geheilt gelten.

6.5 Recht auf vorgängige Stellungnahme zum "Gutachten IC"?

6.5.1 Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe ihr keine Gelegenheit gegeben, sich zu deren Gutachten in Sachen Interkonnektionsverfahren Mobilfunkterminierung vom 20. November 2006 ("Gutachten IC", veröffentlicht in: RPW 2006/4, S. 739) vor dessen Zustellung an das BAKOM vernehmen zu lassen. Dies wäre notwendig gewesen, weil die dort behandelten Sachverhalte im vorliegenden Verfahren von zentraler Bedeutung seien. Die Vorinstanz habe sich eine

Meinung zu relevanten Fragen des vorliegenden Falles bereits gebildet gehabt und öffentlich bekannt gegeben, bevor sie ihre dritte Stellungnahme zum Verfügungsentwurf habe zur Kenntnis nehmen können.

6.5.2 Die Vorinstanz entgegnet hierzu, das fernmelderechtliche Interkonnektionsverfahren, an dem sie als Gutachterin (aArt. 11 Abs. 3 FMG i.V.m. Art. 47 Abs. 1 KG) teilgenommen habe, decke sich nicht mit dem vorliegenden kartellverwaltungsrechtlichen Verfahren.

6.5.3 Im vorliegenden Fall ist der Vorwurf der Gehörsverletzung nur im engen Kontext des Kartellverfahrens, das zur strittigen Sanktionsverfügung führte, zu klären (vgl. E. 2.2.4). In diesem Kontext aber ist eine Gehörsverletzung zu verneinen, da die Beschwerdeführerin genügend Zeit erhielt, um der Vorinstanz vor Erlass der angefochtenen Verfügung ihre Auffassung zum "Gutachten IC" mitzuteilen. Bereits die REKO/WEF hatte im Beschwerdeentscheid FB/2006-9 vom 4. Dezember 2006 (veröffentlicht in: RPW 2006/4, S. 725 ff.) festgehalten, der Beschwerdeführerin habe seit der Kenntnisnahme vom "Gutachten IC" genügend Zeit zur Verfügung gestanden, um im Rahmen der Stellungnahme zum *dritten* Verfügungsentwurf (vgl. im Sachverhalt unter B.s und B.t) darauf Bezug nehmen zu können. Unter diesen Umständen liegt auch hinsichtlich des "Gutachtens IC" keine Gehörsverletzung vor.

Auf die von der Beschwerdeführerin mit Nachdruck bejahte Frage der Relevanz dieses "Gutachtens IC" in materiell-rechtlicher Hinsicht ist in den nachfolgenden Erwägungen zurückzukommen (vgl. insbes. E. 10.7.4/b, E. 10.9.3/d, E. 10.10).

6.6 Ungenügende Aktenkenntnis der Mitglieder der Vorinstanz?

6.6.1 Die Beschwerdeführerin kritisiert, die Mitglieder der Vorinstanz hätten nicht alle entscheiderheblichen Materialien zur Kenntnis genommen. Dieses Verhalten verletze ihren Anspruch auf rechtliches Gehör. Das Sekretariat habe den Mitgliedern jeweils einzig die "eigentlichen Rechtsschriften" und die beiden Gutachten von Prof. Dr. phil. Carl Christian von Weizsäcker zugestellt; die übrigen 86, teilweise umfangreichen Beilagen seien zurückbehalten worden.

Soweit ersichtlich, habe sich kein Mitglied der Vorinstanz die Mühe genommen, diese Beilagen vor Ort einzusehen. Die Mitglieder der Wettbewerbskommission hätten sich daher gar kein vollständiges Bild

über die relevante Sachlage verschaffen können. Dies habe insbesondere die Anhörung vom 29. Mai 2006 gezeigt, als Herr Pletscher fälschlicherweise angenommen habe, sie (die Beschwerdeführerin) habe noch keine Interkonnektionsklagen eingereicht. Aus den Beilagen zu solchen Klagen wäre deren praktische Relevanz und Gewicht bei der Beurteilung der Marktstellung hervorgegangen. Die Mitglieder der Wettbewerbskommission hätten die Beilagen nicht pauschal ausser Acht lassen dürfen.

Nach herrschender Praxis reiche es nicht aus, wenn Mitglieder einer Entscheidbehörde nur die Möglichkeit hätten, von Akten Kenntnis zu nehmen; dies müsse vielmehr auch geschehen, wenn – wie hier – die Vorinstanz die hohen Anforderungen der EMRK an Sanktionsverfahren erfüllen müsse. Deshalb sei die bisherige Praxis der REKO/WEF nicht anwendbar.

6.6.2 Wie die Vorinstanz zu Recht ausführt, hielt es die REKO/WEF für ausreichend, wenn Mitglieder einer Behörde von Verfahrensakten Kenntnis nehmen können. Ob und wie sie dies tun, sei ihre Sache und könne nicht durch die Behörde kontrolliert werden (vgl. Entscheid der REKO/WEF 99/FB-011 vom 21. Mai 2001 E. 4.5, veröffentlicht in: RPW 2001/2, S. 381 ff.). Des Weiteren verneinte die REKO/WEF eine Verletzung des rechtlichen Gehörs selbst für den Fall, dass Mitglieder einer Kollegialbehörde eine gewisse Arbeitsteilung vornehmen und sich z.B. über den Inhalt einzelner Aktenstücke zuerst einmal von anderen Mitgliedern oder dem Sekretariat informieren lassen und nur im Zweifel diese Akten selbst lesen. Eine Gehörsverletzung sei erst anzunehmen, wenn eine Arbeitsteilung praktiziert würde, die keine umfassende und objektive Information aller Behördenmitglieder erwarten lasse (vgl. Entscheid der REKO/WEF 99/FB-011 vom 21. Mai 2001 E. 4.5, a.a.O.).

Von dieser Praxis abzuweichen, besteht kein Anlass, nachdem sich die organisatorisch-funktionellen Anforderungen an die Führung von Untersuchungs- und Sanktionsverfahren nicht grundlegend unterscheiden und die Vorinstanz nicht wie ein "Gericht" im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK verfasst sein muss (vgl. E. 5.4 f.). Insofern kann hier eine Auseinandersetzung mit dem von der Beschwerdeführerin angerufenen Urteil des EGMR vom 19. April 1993 i.S. *Kraska Martin gegen die Schweiz* unterbleiben, zumal dort Verhältnisse im Zusammenhang mit Gerichtsbehörden zu würdigen waren.

Entscheidend ist hier, dass das Sekretariat allen Mitgliedern der Vorinstanz die schriftlichen Stellungnahmen der Beschwerdeführerin, welche zweifellos wichtige Schriftstücke sind, mit einem Beilagenverzeichnis sowie den beiden Gutachten von Prof. Dr. phil. CARL CHRISTIAN VON WEIZSÄCKER zukommen liess. In den einzelnen Stellungnahmen wie auch im Beilagenverzeichnis verwies die Beschwerdeführerin zudem auf die einzelnen Aktenstücke (unter Angabe der Aktennummer). Jedes Mitglied wurde so in die Lage versetzt, die einzelnen Dokumente am Sitz der Vorinstanz selbst zu konsultieren. Diese Umstände jedenfalls sprechen nicht dafür, dass durch das Vorgehen des Sekretariats eine umfassende und objektive Information aller Mitglieder der Vorinstanz je in Frage gestellt gewesen wäre. Weitere Umstände werden von der Beschwerdeführerin jedenfalls nicht geltend gemacht; solche sind auch nicht ersichtlich. Insbesondere kann die Beschwerdeführerin aus dem Umstand, dass Herr Pletscher in der Anhörung vom 29. Mai 2006 angeblich eine falsche Auffassung zum Stand der Interkonnektionsklagen gehabt habe, nichts zu ihren Gunsten ableiten.

6.7 Schlussfolgerungen

Nach dem Gesagten sind alle Rügen der Beschwerdeführerin zum rechtlichen Gehör unbegründet. Selbst wenn eine Gehörsverletzung allenfalls zu bejahen wäre, müsste diese als geheilt gelten.

7. Weitere Anträge der Beschwerdeführerin

Die Beschwerdeführerin stellt schliesslich drei als "Verfahrensanträge" bezeichnete Begehren, welche sich auf die ordnungsgemässe Führung dieses Verfahrens beziehen.

7.1 Beizug von Akten

Der erste Antrag ist kein Verfahrens-, sondern ein Beweisantrag. Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens, das vom Untersuchungsprinzip (Art. 12 VwVG) beherrscht wird, ist über Beweisanträge weder im Zusammenhang mit den Prozessvoraussetzungen noch in allgemeiner, von konkreten Sachfragen losgelöster Weise zu befinden. Vielmehr sind Beweisanträge immer nur bezogen auf bestimmte Fragestellungen und konkret zu bezeichnende Unterlagen zu prüfen, wenn die Erwägungen zur Sache anzustellen sind. Im Übrigen hat das Bundesverwaltungsgericht die Akten der Vorinstanz sowie die frag-

lichen Stellungnahmen im Sinne des Beweisantrags der Beschwerdeführerin tatsächlich beigezogen.

7.2 Geschäftsgeheimnisse

Der weitere Antrag, mit dem die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen sichergestellt werden soll, ist im Rahmen der Verfahrensführung zu berücksichtigen. Das Bundesverwaltungsgericht hat Entscheide grundsätzlich in anonymisierter Form zu veröffentlichen (Art. 29 Abs. 2 VGG i.V.m. Art. 4 Abs. 2 und Art. 8 des Informationsreglements für das Bundesverwaltungsgericht vom 11. Dezember 2006, SR 173.320.4). Es wird die für die Wettbewerbsbehörden nach Art. 25 Abs. 1 und 4 KG *ex lege* geltende Pflicht zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen sinngemäss ebenfalls zu befolgen haben.

7.3 Öffentliche Parteiverhandlung

Die in der Beschwerde beantragte öffentliche Verhandlung im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK wurde nicht durchgeführt, nachdem die Beschwerdeführerin den Verfahrensantrag Nr. 2 mit Eingabe vom 20. August 2009 zurückgezogen hatte.

8. Unzulässige Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen

Gemäss Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Die Wettbewerbskommission stellte in der angefochtenen Verfügung zunächst fest, "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" (Dispositiv-Ziff. 1).

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). Zu diesem Zweck müssen zuerst der relevante Markt (vgl. E. 9) und die Stellung der Beschwerdeführerin in diesem Markt (vgl. E. 10) bestimmt werden.

9. Relevanter Markt

9.1 Abgrenzungskriterien

Das Kartellgesetz definiert den Begriff des relevanten Markts nicht näher. Der Bundesrat formulierte jedoch in der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4) eine entsprechende Definition, welche nicht nur für Unternehmenszusammenschlüsse, sondern auch für Wettbewerbsabreden und das Verhalten marktbeherrschender Unternehmen gilt.

Der *sachlich* relevante Markt umfasst gemäss Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden. Die Definition des sachlich relevanten Markts erfolgt aus der Sicht der Marktgegenseite. Massgebend ist, ob aus deren Optik Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen. Dies hängt davon ab, ob sie vom Nachfrager hinsichtlich ihrer Eigenschaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden (Konzept der funktionellen Austauschbarkeit bzw. Bedarfsmarktkonzept; vgl. etwa BGE 129 II 18 S. 34, m.w.H.; Entscheide der REKO/WEF FB/2004-1 vom 27. September 2005 [i.S. *Ticket Corner AG*] E. 5.2.1 und FB/2002-5 [i.S. *Cablecom GmbH/Teleclub AG*] vom 20. März 2003 E. 5.1, veröffentlicht in: RPW 2003/2, S. 406; BORER, a.a.O., N. 10 zu Art. 5 KG; EVELYN CLERC, in: Tercier/Bovet [Hrsg.], a.a.O., Rz. 62 zu Art. 4 Abs. 2 KG; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 538 ff.).

Neben der Nachfrageseite kommt als Marktgegenseite auch die Angebotsseite in Betracht. Unter Umständen muss bei der Abgrenzung des sachlich relevanten Markts nicht nur die Substituierbarkeit auf der Nachfrageseite, sondern auch auf der Angebotsseite berücksichtigt werden (sog. Nachfrage- respektive Angebotssubstituierbarkeit, auch Angebotsumstellungsflexibilität genannt; vgl. BORER, a.a.O., Rz. 11 zu Art. 5 KG).

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 Bst. b VKU).

9.2 Verzicht auf Marktabgrenzung?

9.2.1 Die Beschwerdeführerin vertritt zunächst mit folgender Begründung und dem Hinweis auf die von ihr eingeholten Einschätzungen von Prof. Dr. phil. CARL CHRISTIAN VON WEIZSÄCKER (vgl. dessen Gutachten, S. 29 [Beschwerde Beilage 11] sowie C. C. VON WEIZSÄCKER, Ex-ante-Regulierung von Terminierungsentgelten?, MMR 2003, S. 170 ff. [Beschwerde Beilage 15]; C. C. VON WEIZSÄCKER, Kommentar, S. 17 f. [Beschwerde Beilage 12]; vgl. Beschwerde Ziff. 214) den Standpunkt, vorliegend könne auf die Abgrenzung des relevanten Markts verzichtet werden:

Aufgrund disziplinierender Kräfte könnten sich bei der Festsetzung der "Terminierungsgebühren" unabhängig von der gewählten Marktabgrenzung weder die Beschwerdeführerin noch andere Anbieterinnen von Fernmeldediensten unabhängig voneinander verhalten. Erstens sei die Handlungsfreiheit aller Fernmeldedienstanbieterinnen durch den Zwang zur Interkonnektion eingeschränkt. Zweitens könne sich eine Fernmeldedienstanbieterin auch deshalb von den anderen Anbieterinnen nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten und die "Terminierungsgebühren" einseitig diktieren, weil die Bestimmungen des Fernmeldegesetzes für alle disziplinierend wirkten (Disziplinierung durch den regulatorischen Rahmen). Drittens werde eine allfällige Marktmacht einer Mobilfunkanbieterin bei der Preisverhandlung durch die sog. Reziprozitätsbeziehung zwischen den Mobilfunkanbieterinnen verhindert. Eine Mobilfunkanbieterin könne nämlich nicht über ihre "Terminierungsgebühren" verhandeln, ohne dass die anderen Mobilfunkanbieterinnen im Gegenzug deren eigene "Terminierungsgebühren" in der Verhandlung berücksichtigten.

Wenn bei allen möglichen Marktabgrenzungen disziplinierende Kräfte eine unabhängige Verhaltensweise verhinderten, könne auf die Bestimmung des relevanten Markts verzichtet werden. Die Abgrenzung eines relevanten Markts erübrige sich, ja sie sei im vorliegenden Fall weder hilfreich noch zielführend (mit Hinweis auf das Gutachten von C. C. VON WEIZSÄCKER, S. 29, vgl. Beschwerde Beilage 11; C. C. VON WEIZSÄCKER, Ex-ante-Regulierung von Terminierungsentgelten?, MMR 2003/3, S. 170 ff., Beschwerde Beilage 15; C. C. VON WEIZSÄCKER, Kommentar, S. 17 f., Beschwerde Beilage 12).

9.2.2 Die Vorinstanz verweist auf die "gefestigte Rechtsprechung zum schweizerischen Kartellrecht", nach welcher in jedem Fall eine Ab-

grenzung des relevanten Markts vorzunehmen sei. Die angefochtene Verfügung folge der langjährigen Praxis der Wettbewerbskommission sowie der früheren REKO/WEF und des Bundesgerichts. Im Übrigen erfolge in der Verfügung eine Analyse der Kräfte, welche in Bezug auf diesen relevanten Markt eine disziplinierende Wirkung auf das entsprechende Unternehmen erzielen könnten. Entgegen der Beschwerdeführerin habe in Sachen Swisscom ADSL weder die Wettbewerbskommission noch die REKO/WEF die Marktabgrenzung offen gelassen. Die REKO/WEF habe hier vielmehr explizit bestätigt, dass die Wettbewerbskommission den Markt richtig abgegrenzt habe (vgl. RPW 2005/3, S. 505 ff., E. 5.2 in fine, S. 520).

9.2.3 Voraussetzung für die vorliegend nach Massgabe von Art. 7 KG vorzunehmende Missbrauchskontrolle ist das Vorhandensein einer marktbeherrschenden Stellung, welche in Art. 4 Abs. 2 KG definiert wird. Gemäss dem Gesetzeswortlaut setzt die Definition voraus, dass das marktbeherrschende Unternehmen sich *auf einem Markt* gegenüber den anderen Marktteilnehmern im wesentlichen Umfang unabhängig verhalten kann (Art. 4 Abs. 2 KG). Der abgegrenzte relevante Markt gibt insofern den Rahmen zur Analyse der Frage der Marktbeherrschung vor.

Zwar betont die Beschwerdeführerin korrekt, dass der Verhaltensspielraum eines Marktteilnehmers von den auf ihn einwirkenden und zu analysierenden Kräften abhängt. Die Frage des Einflusses eines oder mehrerer Unternehmen *auf einem Markt* kann jedoch nicht ohne vorgängige Bestimmung des relevanten Markts ermittelt werden (vgl. SCHMIDHAUSER, a.a.O., Rz. 18 und 56 zu Art. 4 KG). Es gilt mit anderen Worten, die Marktstellung eines Unternehmens in Bezug auf einen konkreten, im Einzelfall zu definierenden Markt zu ermitteln (vgl. MATTHIAS AMGWERD, Netzzugang in der Telekommunikation, Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 196). Zur Feststellung des Masses an Unabhängigkeit eines marktstarken Unternehmens ist – als Teil eines Vorgangs, der darauf abzielt, den Verhaltensspielraum eines Unternehmens zu bemessen und das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung zu beurteilen – zunächst der relevante Markt abzugrenzen (vgl. BORER, a.a.O., Rz. 18 zu Art. 4 KG; ROLAND VON BÜREN/EUGEN MARBACH/PATRIK DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., Bern 2008, N. 1331, 1478).

Dieser Auffassung ist auch die EU-Kommission, wie Ziff. 34 der "Leitlinien zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste [2002/C 165/03]" zeigt (vgl. ABl. C 165 vom 11. Juli 2002, S. 6):

"Bei der Feststellung, ob ein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt, ob es also eine 'wirtschaftlich starke Stellung' einnimmt, die es ihm gestattet, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Mitbewerbern, Kunden und letztlich Verbrauchern zu verhalten, ist die Definition des relevanten Marktes von grundlegender Bedeutung, da echter Wettbewerb nur unter Bezugnahme auf einen solchen relevanten Markt gewürdigt werden kann" (mit Fussnotenverweisen auf Art. 14 Abs. 2 der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. L 108 vom 24. April 2002, S. 33 ff., nachfolgend: Rahmenrichtlinie, sowie Rechtssache C-209/98, Entreprenørforeningens Affalds, Slg. 2000, I-3743, Rn. 57 und Rechtssache C-242/95, GT-Link, Slg. 1997, I-4449, Rn. 36).

Vergleichbar mit der Rechtslage in der EU ist die Marktdefinition auch in der Schweiz nicht Selbstzweck, sondern bildet die Grundlage für die weitere rechtliche und tatsächliche Beurteilung der Angelegenheit. Im Beschwerdeentscheid FB-2004/4 vom 4. Mai 2006 (i.S. *20 Minuten*, veröffentlicht in: RPW 2006/2, S. 347) hielt die REKO/WEF mit Bezug auf das Verfahren betreffend Unternehmenszusammenschluss – und in Verwerfung der These von ADRIAN RAASS, wonach eine Marktabgrenzung gänzlich überflüssig sei – ausdrücklich fest, dass die vorzunehmende Prüfung vorab eine den wirtschaftlichen Realitäten gerecht werdende Marktabgrenzung voraussetze (a.a.O., E. 6.1.3 mit Verweis auf ADRIAN RAASS, Zusammenschlusskontrolle im Medienbereich – Kritik an der Kritik, sic! 1999, S. 675 f.). Im Rechtsmittelverfahren gegen diesen Entscheid bestätigte das Bundesgericht, dass auch für die Frage, ob Wettbewerb beseitigt wird oder nicht, der massgebliche Markt, auf dem die Wettbewerbssituation zu beurteilen ist, zu definieren sei (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.327/2006 vom 22. Februar 2007 E. 6.6). Zudem führte das Bundesgericht in BGE 129 II 18 E. 7.2 (betr. Buchpreisbindung [vertikale Wettbewerbsabrede über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen]) aus, die Frage der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs beziehe sich immer auf einen sachlich und räumlich abgegrenzten Markt für bestimmte Waren oder Leistungen.

Gerade im vorliegenden – komplexen und vielschichtigen – Fall besteht eine offensichtliche Notwendigkeit, dem vom Gesetzgeber vorgesehenen und in Rechtsprechung und Lehre bestätigten Prüfschema zu

folgen und vorab eine Marktabgrenzung vorzunehmen. Auf die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten disziplinierenden Kräfte (Interkonnektionszwang, regulatorischer Rahmen, Reziprozitätsbeziehung) ist erst nach Absteckung des massgeblichen Rahmens einzugehen. Die Auseinandersetzung mit diesen Parteivorbringen kann nicht ohne Festlegung des sachlich und örtlich relevanten Markts erfolgen.

Daran vermögen auch die von der Beschwerdeführerin angeführten Entscheide der Wettbewerbskommission nichts zu ändern (vgl. RPW 2001/2, S. 318 f. Rz. 58 [i.S. *JC Decaux/Affichage*]; RPW 2003/3, S. 555 Rz.14 [i.S. *Schlachtbetrieb St. Gallen AG*]; RPW 2005/1, S. 48 Rz. 24 f. [i.S. *TopCard-Angebot der Bergbahnen Lenzerheide-Valbella, Klosters-Davos und Flims-Laax-Falera*]; RPW 2005/1, S. 118 Rz. 59 [i.S. *Feldschlösschen Getränke Holding/Coca Cola AG/Coca Cola Beverages AG*]). Angesichts der ausserordentlichen Umstände des vorliegenden Falles kann – unabhängig vom Vorgehen der Wettbewerbskommission in den angerufenen Einzelfällen – vorliegend nicht auf die Festlegung des relevanten Markts verzichtet werden.

Auch aus E. 5.2. des ADSL-Entscheids kann die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten ableiten (vgl. Entscheid der REKO/WEF FB/2004-2 vom 30. Juni 2005 i.S. *Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG* betreffend unzulässige Wettbewerbsbeschränkung E. 5.2, veröffentlicht in: RPW 2005/3, S. 520). Entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin prüfte die REKO/WEF in diesem Entscheid die sachliche Marktabgrenzung, welche die Wettbewerbskommission zuvor vorinstanzlich vorgenommen hatte. In der erwähnten Erwägung bestätigte die REKO/WEF das vorinstanzliche Vorgehen als korrekt, einen relevanten Wholesale-Teilmarkt abzugrenzen.

Die Argumentation der Beschwerdeführerin ist deshalb nicht stichhaltig. Eine Marktabgrenzung ist vorzunehmen und damit zu prüfen, ob der Abgrenzung der Vorinstanz gefolgt werden kann.

9.3 Standpunkte zur Marktabgrenzung

9.3.1 Nach Auffassung der Vorinstanz gilt es drei sachlich relevante Märkte abzugrenzen: Je einen "Wholesale"-Markt für in die Mobilfunknetze von Orange, Sunrise und der Beschwerdeführerin eingehende Fernmeldedienste bzw. für die Terminierung von Anrufen im Bereich der Sprachtelefonie in die Mobilfunknetze von Orange, Sunrise und der Beschwerdeführerin (vgl. Verfügung Ziff. 135).

Diese Marktabgrenzung sei international üblich und werde auch von der EU im Rahmen ihrer ex-ante-Regulierung vorgenommen. Ein Rückgriff auf die Analysen der EU biete sich an, da im Zusammenhang mit dem Rechtsrahmen für elektronische Kommunikation die relevanten Märkte nach wettbewerbsrechtlichen Kriterien der europäischen Behörden abgegrenzt würden. Die schweizerische Gesetzgebung und Praxis orientiere sich diesbezüglich an der Regulierung und Rechtsprechung der EU. Ferner hätten verschiedene Regulierungs- bzw. Wettbewerbsbehörden in Europa die Märkte in dieser Weise abgegrenzt (vgl. Verfügung Ziff. 73).

9.3.2 Die Beschwerdeführerin macht abgesehen von ihrer bereits beurteilten Argumentation, dass die Marktabgrenzung vorliegend nicht von Relevanz sei, geltend, die sachliche Marktabgrenzung der Vorinstanz sei falsch. Es bestünden zahlreiche bei der Definition des relevanten Markts zu berücksichtigende Substitutionsmöglichkeiten, weshalb die Abgrenzung eines "Wholesale"-Markts für Terminierung von Anrufen in ein Mobilfunknetz zu eng sei. Richtigerweise sei von einem Telefoniemarkt oder zumindest von einem Markt für Mobiltelefonie auszugehen.

Zudem hält die Beschwerdeführerin eine Berücksichtigung der Marktabgrenzungspraxis der EU für unzulässig. Das Telekommunikationsrichtlinien-Paket der EU sei in der Schweiz nicht anwendbar. Die Marktabgrenzung müsse einzig gestützt auf eine Prüfung der nachfrage- und angebotsseitigen Substitutionsmöglichkeiten gemäss Art. 11 Abs. 3 VKU erfolgen und könne nicht analog zur Rahmenrichtlinie und der Empfehlung vorgenommen werden. Der "Rückgriff auf die Analyse der EU" sei nicht angebracht. Auch bei analoger Anwendung der EU-Regeln wären die nachfrage- und angebotsseitigen Substitutionsmöglichkeiten "entsprechend den nationalen Gepflogenheiten" eingehend zu untersuchen, d.h. gemäss den Grundsätzen von Art. 11 Abs. 3 VKU (vgl. Beschwerde Ziff. 219).

9.3.3 Im Gegensatz dazu halten das BAKOM und die ComCom die Marktabgrenzung der Vorinstanz für korrekt (vgl. Stellungnahmen vom 1. bzw. 7. Juli 2005 zum [bezüglich Marktabgrenzung in der angefochtenen Verfügung identischen] Antrag des Sekretariats vom 22. April 2005 an die Wettbewerbskommission, vgl. Vorinstanz act. 222, 223, 245, 246, 341 Beilagen 19 und 20).

Das BAKOM betont, dass die Terminierung in Mobilfunknetze und die damit verbundene wettbewerbliche Situation in den EU-Mitgliedsländern im Rahmen der Umsetzung der EU-Regulierungsvorgaben untersucht und in der Independent Regulatory Group (IRG) reflektiert werde, wobei die Definition des sachlich und räumlich relevanten Markts der Vorinstanz derjenigen der anderen IRG-Mitgliedsländer entspreche (vgl. Vorinstanz act. 245 S. 2, 341 Beilage 20 S. 2). Zum anderen unterstützt die ComCom (vgl. Vorinstanz act. 246 Ziff. 4, 341 Beilage 19 Ziff. 4) die Darstellung der Vorinstanz durch den Hinweis, dass es bei der Frage der Terminierung um die einzelnen Terminierungsmärkte der drei Mobilfunkanbieterinnen gehe und die Vorinstanz zu Recht festhalte, dass jedes Mobilfunknetz als eigenständiger Markt zu betrachten sei. Denn sowohl die Nachfragegruppe der Endkunden als auch diejenige der Fernmeldedienstanbieterinnen müssten bei allen Mobilfunkanbieterinnen "einkaufen".

Zudem habe die EU-Kommission ihre Sicht des "Wholesale"-Markts bei der Mobilterminierung wie folgt dargestellt (mit Hinweis auf Working document: Public consultation on a draft Comission Recommendation on Relevant Product and Service Markets within the electronic communications sector, online unter: *www.ec.europa.eu/information_society/newsroom/cf/itemdetail.cfm?item_id=2824*):

"Mobile termination charges might be constrained via demand substitution. There is no potential for demand substitution at a wholesale level. Demand at the wholesale level is inextricably linked to supply. The operator (of the caller) is unable to purchase call termination on a given network from an alternative source (as indicated above)."

9.4 Rückgriff auf die Marktabgrenzungspraxis der EU?

9.4.1 Die EU erliess am 7. März 2002 die Richtlinie über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. L 108 vom 24. April 2002, S. 33 ff. [nachfolgend: Rahmenrichtlinie]; vgl. ausführlich zu den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben: MATHIAS ELSPASS, Marktabgrenzung in der Telekommunikation, Die Anforderungen an die Definition des relevanten Markts im netzgebundenen Telekommunikationssektor, Heidelberg 2005, S. 137 ff.).

Art. 15 dieser Rahmenrichtlinie regelt das sog. Marktdefinitionsverfahren. Abs. 1 dieser Bestimmung befasst sich mit der sog. Märkteempfehlung und gibt der Europäischen Kommission die Kompetenz, im Rahmen einer regelmässig zu überprüfenden Empfehlung die Märkte vorzugeben, die für eine ex-ante-Regulierung (Vorabregulierung) in Betracht kommen. Die in der Empfehlung genannten Märkte sind in Übereinstimmung mit den Grundsätzen des europäischen Wettbewerbsrechts zu definieren.

Die Europäische Kommission machte von dieser Kompetenz Gebrauch und erliess am 11. Februar 2003 die Empfehlung 2003/311/EG (Empfehlung 2003/311/EG der Kommission vom 11. Februar 2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, ABl. L 114/45 vom 8. Mai 2003, S. 45, nachfolgend: Empfehlung), die im Sinne von Art. 15 Abs. 1 der Rahmenrichtlinie diejenigen Märkte auflistet, welche für eine Vorabregulierung im Bereich elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste in Betracht kommen (die Märkte waren zunächst in Anhang I der Rahmenrichtlinie aufgeführt).

Zudem veröffentlichte die Kommission am 11. Juli 2002 in Ausführung von Art. 15 Abs. 2 der Rahmenrichtlinie die mit den Grundsätzen des EU-Wettbewerbsrechts in Einklang stehenden Leitlinien zur Marktanalyse und zur Bewertung beträchtlicher Marktmacht (a.a.O.).

9.4.2 Ein gemäss Empfehlung zu beachtender Markt bildet die "Anrufzustellung in einzelnen Mobiltelefonnetzen" bzw. – nach der englischen Fassung – die "*voice call termination on individual mobile networks*".

Diese Märkteempfehlung entspricht den von der Vorinstanz abgegrenzten "Wholesale"-Märkten für in die Mobilfunknetze von Orange, Sunrise und der Beschwerdeführerin eingehende Fernmeldedienste bzw. für die Terminierung von Anrufen im Bereich der Sprachtelefonie in die Mobilfunknetze von Orange, Sunrise und der Beschwerdeführerin (vgl. Verfügung Ziff. 135). Insbesondere umfasst die "Anrufzustellung in einzelnen Mobiltelefonnetzen" ausschliesslich *Sprach*terminierungen, d.h. die Zustellung von Sprache und keine sog. Datendienste (vgl. hierzu die Ausführungen der deutschen *Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post* [Reg TP, ehemals Bundesnetzagentur] im Entwurf zur Marktdefinition und Marktanalyse im Bereich der Anrufzustellung in einzelnen Mobiltelefonnetzen,

S. 17 ff., Bonn 2005, veröffentlicht in: Amtsblatt Nr. 6 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post vom 6. April 2005 als Mitteilung Nr. 65/05, nachfolgend: Entwurf Reg TP).

Die Art. 6 und 7 der Rahmenrichtlinie räumen den EU-Mitgliedstaaten die Möglichkeit ein, von der vorgeschlagenen Marktabgrenzung abzuweichen, wenn sich dies durch besondere nationale Gegebenheiten rechtfertigt. Inzwischen wurden die sachlich relevanten Märkte im Bereich der Mobilfunkterminierung von den meisten EU-Mitgliedstaaten auf Übereinstimmung mit ihren nationalen Gegebenheiten untersucht. 25 EU-Mitgliedstaaten kamen zum Ergebnis, dass entsprechend der Märkteempfehlung der Kommission jeweils ein relevanter Markt für die Anrufzustellung in einzelnen Mobiltelefonnetzen zu definieren ist. Zudem haben die EFTA-Länder Island und Norwegen sowie der EU-Beitrittskandidat Türkei den "Markt für die Anrufzustellung in einzelnen Mobiltelefonnetzen" als relevanten Markt identifiziert (vgl. European Regulators Group [ERG], ERG's Common Position on symmetry of fixed call termination rates and symmetry of mobile call termination rates, Brüssel, 2008, S. 66, online unter: *www.erg.eu.int* > Documentation > ERG Documents > ERG [07] 83).

9.4.3 Damit bezeichnet die Vorinstanz die von ihr in der angefochtenen Verfügung vorgenommene Marktabgrenzung zu Recht als international üblich. Dass jedoch der EU-Rechtsrahmen für die elektronische Kommunikation in der Schweiz nicht anwendbar ist, liegt auf der Hand und wird auch von der Vorinstanz nicht behauptet.

Es steht ausser Frage, dass vorliegend Art. 11 Abs. 3 VKU die Rechtsgrundlage darstellt und die Marktabgrenzung nach Massgabe und in Konkretisierung des hier umschriebenen Marktbegriffs zu erfolgen hat. Unstrittig sind in diesem Sinne – wie von der Beschwerdeführerin verlangt – die nachfrage- und angebotsseitigen Substitutionsmöglichkeiten zu untersuchen, wobei dies selbstverständlich in Übereinstimmung mit den besonderen schweizerischen Gegebenheiten erfolgen muss. Dem steht aber nicht entgegen, dass die Vorinstanz rechtsvergleichende Betrachtungen anstellt und auf Erfahrungen hinweist, welche das Ausland mit Bezug auf die Marktabgrenzung im Bereich der Mobilterminierung gemacht hat (vgl. in diesem Sinne auch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7162/2008 vom 1. Februar 2010 E. 9.3.8, wonach das Recht der Europäischen Union keine unmittelbaren Auswirkungen auf das

schweizerische Recht entfaltet, die Rechtsordnung der Europäischen Union unter Umständen aber als Auslegungshilfe beigezogen werden kann [mit Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts 2A.503/2002 vom 3. Oktober 2001 E. 9a]).

9.5 Sachliche Marktabgrenzung

Somit wird in der Folge geprüft, ob die sachliche Marktabgrenzung der Vorinstanz bestätigt werden kann, oder aufgrund von Art. 11 Abs. 3 VKU eine davon abweichende Marktabgrenzung vorgenommen werden muss.

9.5.1 Allgemeines

a) Ausgangspunkt der Prüfung bildet die Terminierung in ein Mobilfunknetz (Mobilterminierung). Es geht um diejenigen Situationen, in welchen Gesprächspartner unter ihrer Handynummer aus dem Netz einer anderen Anbieterin von Fernmeldediensten angerufen werden, was die Terminierung durch das Mobilfunknetz des angerufenen Handybenutzers erfordert. Die Mobilterminierung dient damit immer der Herstellung einer Verbindung über die Grenzen des originierenden Netzes (Ausgangsnetz) hinaus. Bei diesem kann es sich sowohl um ein Festnetz als auch um ein Mobilfunknetz handeln (vgl. ergänzend im Sachverhalt unter A.d. ff., insbes. Abb. 3 betr. Mobilterminierung).

Es sind keine spezifischen, insbesondere technischen Bedürfnisse ersichtlich, gestützt auf welche die Terminierung von einem Festnetz in ein Mobilfunknetz ("fix-to-mobile" bzw. "F2M"-Terminierung) mit Bezug auf die Marktabgrenzung gesondert von der Terminierung zwischen Mobilfunknetzen ("mobile-to-mobile" bzw. "M2M"-Terminierung) zu beurteilen wäre (so auch der Entwurf Reg TP, a.a.O., S. 35; zum Ganzen vgl. das Gutachen vom 30. November 2004 von Christian Koenig/Ingo Vogelsang/Kay E. Winkler, Marktregulierung im Bereich der Mobilfunkterminierung, online unter: *www.bundesnetzagentur.de/media/archive/7238.pdf*).

Nachfrager von Mobilterminierungsleistungen sind die Anbieterinnen von Fernmeldediensten (Mobilfunk- und Festnetzanbieterinnen), *Anbieter* der Mobilterminierung die Moblifunkanbieterinnen. Die terminierende Mobilfunkanbieterin stellt den Mobilterminierungspreis – also das Entgelt, zu welchem sie den ankommenden Anruf aus dem anderen Netz entgegennimmt und im Rahmen der Interkonnektion an

einen Gesprächsempfänger ihres Mobilfunknetzes weiterleitet, um eine entsprechende Verbindung zu erstellen – derjenigen Netzbetreiberin in Rechnung, bei welcher der Anruf originiert wurde.

Wird die Verbindung über ein *Transitnetz* geleitet und schliesslich im Zielnetz terminiert (vgl. im Sachverhalt unter A.f, insbes. Abb. 4 betr. Transit), fragt der Betreiber des originierenden Netzes die Terminierung nicht direkt, sondern indirekt über den Betreiber des Transitnetzes nach. Nachfrager ist bei dieser Konstellation der Betreiber des Transitnetzes. Die Dienstleistung der Mobilterminierung bleibt bei einer Transitverbindung jedoch die gleiche, weshalb die Marktabgrenzung diesbezüglich nicht weiter zu differenzieren ist (so auch der Entwurf Reg TP, a.a.O., S. 35, mit Verweis auf das Gutachten KOENIG/VOGELSANG/WINKLER, a.a.O., S. 38; Entscheid der Europäischen Kommission vom 9. Februar 2001 i.S. *Telia/Telenor,* Rn. 87, ABl. L 40 vom 9. Februar 2001, S. 1, wonach Transit und Terminierung untereinander nicht austauschbare Leistungen darstellen und daher eigenständigen relevanten Märkten zuzuordnen sind [zitiert in: ELSPASS, a.a.O., Fn. 633, m.w.H.]).

Des Weiteren kann festgehalten werden, dass für das Nachfrageverhalten der Fernmeldedienstanbieterinnen nicht jede einzelne Terminierung entscheidend ist, sondern das *Gesamtvolumen* aller Verbindungen, die zu einem Netz in einem bestimmten Zeitraum anfallen (so auch der ENTWURF REG TP, a.a.O., S. 26). Dies rechtfertigt es, dass nachfolgend nicht jeder einzelne Anruf separat betrachtet wird, sondern alle in einem Netz ausgeführten Terminierungen zu einem Produkt zusammengefasst werden, ohne dass zu berücksichtigen ist, in welchem originierenden Netz die Verbindungen generiert worden sind (so auch der Entwurf Reg TP, a.a.O., S. 26; vgl. zum Begriff der "Originierung" im Sacherhalt unter A.c).

b) Nach dem Gesagten steht fest, dass die Mobilterminierung im Verhältnis zwischen den Fernmeldedienstanbieterinnen angeboten und nachgefragt wird. Zu beachten ist, dass sich die Anzahl der bei einer Mobilfunkanbieterin terminierten Minuten letztlich nicht aus der Nachfrage der Fernmeldedienstanbieterinnen ergibt, sondern durch das Konsumverhalten der Endkunden des originierenden Netzes bestimmt wird. Diese sind es, welche mit der Wahl einer Handynummer eines anderen Mobilfunknetzes die Mobilterminierung beim terminierenden Mobilfunknetz auslösen. Die Nachfrage nach der Mobilterminierung

entsteht somit unmittelbar aus der nachgelagerten Nachfrage auf der *Endkundenebene* (vgl. ELSPASS, a.a.O., S. 156). Auf dieser erbringen die Anbieterinnen von Fernmeldediensten beliebige Telekommunikationsdienstleistungen für die Endkunden. Anlehnend an die EU-Kommission und die Literatur (vgl. ELSPASS, a.a.O., S. 152, insbes. Fn. 618, 619, 620, m.w.H.) wird die so definierte "*Endkundenebene"* oder "*Ebene der nachgelagerten Nachfrage der Endkunden"* nachfolgend auch "*Dienstleistungsebene"* genannt.

Demgegenüber findet die Mobilterminierung im Verhältnis zwischen den Anbieterinnen von Fernmeldediensten auf einer Ebene statt, welche – in Anlehnung an die Terminologie der deutschen Regulierungsbehörde, der EU-Kommission wie der Literatur (vgl. Entwurf Reg TP , a.a.O., S. 2; ELSPASS, a.a.O., S. 152, Fn. 618, 619 und 621, m.w.H.) – als *Vorleistungsebene* bezeichnet werden kann. Die Nachfrage auf der Vorleistungsebene und die nachgelagerte Endkundennachfrage stehen in einer festen eins-zu-eins-Relation zueinander (so auch der Entwurf Reg TP, a.a.O., S. 26).

c) Nach Art. 11 Abs. 3 VKU fragt sich, welche Leistungen von der *Marktgegenseite* hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als Substitut zur Mobilterminierung angesehen werden. Es besteht zu Recht Einigkeit darin, dass die für die Marktabgrenzung massgebliche Marktgegenseite alle *Fernmeldedienstanbieterinnen* sind, welche die Mobilterminierungsdienstleistungen zwecks Erbringung ihrer Telekommunikationsdienstleistungen zu Gunsten ihrer Endkunden bei einer anderen Anbieterin nachfragen (vgl. Verfügung Ziff. 71). Nachfolgend wird somit geprüft, ob es aus der Sicht der Anbieterinnen von Fernmeldediensten Substitute zur Mobilterminierung gibt (vgl. E.9.5.3).

Da es sich bei der Nachfrage auf der Vorleistungsebene, wie ausgeführt, um eine Nachfrage handelt, die direkt von der Nachfrage auf der Endkundenebene abgeleitet ist, erscheint es angezeigt, dass neben diesen Substitutionsmöglichkeiten auf der *Vorleistungsebene* in einem zweiten Schritt zusätzlich geprüft wird, ob es auf der *Endkundenebene* (*Dienstleistungsebene*) Möglichkeiten gibt, die eine Umgehung der Mobilterminierungsleistungen ermöglichen und somit auch die Wettbewerbsbedingungen auf der Vorleistungsebene beeinflussen (vgl. E. 9.5.4). Diese Prüfung hat – in etwas anderer Abfolge – auch die Vorinstanz vorgenommen (vgl. insbes. Verfügung Ziff. 77, 81, 87-96, 104, 109, 114 ff.; vgl. auch das "Gutachten IC" vom 20. November 2006 Ziff. 37, veröffentlicht in: RPW 2006/4, S. 739).

9.5.2 Abgrenzung "Wholesale"-Markt

Vor der Untersuchung der Substitutionsmöglichkeiten aus der Sicht der Marktgegenseite und der nachgelagerten Nachfrage der Endkunden ist auf den folgenden grundlegenden Standpunkt der Beschwerdeführerin einzugehen:

a) Die Terminierung könne keinen eigenen sachlich relevanten Markt bilden, sei sie doch kein Endprodukt, sondern nur eine unabdingbare Vorleistung, welche nicht separat nachgefragt werde und auch gar nicht separat nachgefragt werden könne. Es bestehe seitens der Fernmeldedienstanbieterinnen keine eigentliche Nachfrage nach Terminierung. Diese werde von den Fernmeldedienstanbieterinnen ausschliesslich im Zusammenhang mit Retail-Anrufen nachgefragt und gleichzeitig auch angeboten. Die Terminierungsdienstleistungen würden jeweils durch die Retail-Nachfrage des Endkunden ausgelöst und entstünden im gleichen Moment, in dem der Kunde telefoniere. Es bestehe somit ein Reaktionszusammenhang zwischen Retail- und "Wholesale"-Ebene und eben keine gesonderte Nachfrage auf der "Wholesale"-Ebene.

Mangels einer gesonderten Nachfrage auf der "Wholesale"-Ebene könne kein separater "Wholesale"-Markt abgegrenzt werden. Auch frage kein Endkunde Terminierungsleistungen nach, sondern sei angewiesen auf ein Gesamtpaket aus Leistungen der Fernmeldedienstanbieterinnen. Wenn schon, müsste deshalb geprüft werden, ob zwischen Absatzmärkten (d.h. Telefonie-Angebot an Endkunden) und Beschaffungsmärkten (d.h. Terminierungsangebot an andere Anbieterinnen von Fernmeldediensten) unterschieden werden könne (vgl. Beschwerde Ziff. 226 ff. sowie Ziff. 58, 66 der Replik der Beschwerdeführerin vom 10. September 2007 [nachfolgend: "Replik Ziff." für Verweise auf die Replik]).

b) Voraussetzung dafür, dass zwischen Retail- und "Wholesale"-Märkten differenziert werden muss, ist insbesondere, dass sich die Nachfrage bezüglich Eigenschaften und Verwendungszweck in erheblichem Masse unterscheidet (Theorie der getrennten Märkte; vgl. dazu AMGWERD, a.a.O., Rz. 199, mit Verweis auf RPW 2004/2, S. 407, Rz. 94; RETO A. HEIZMANN, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, Zürich/Basel/Genf 2005, Rz. 281 ff.).

Indem die Beschwerdeführerin vorbringt, eine gesonderte Nachfrage nach Terminierung auf der "Wholesale"-Ebene existiere überhaupt nicht, verneint sie auch, dass diese Voraussetzung erfüllt ist. Demgegenüber ist die Vorinstanz der Auffassung, die Nachfrage der Fernmeldedienstanbieterinnen und der Endkunden unterscheide sich bezüglich Eigenschaften und Verwendungszweck in erheblichem Masse, so dass zwischen relevanten Märkten im Wiederverkaufs- (Wholesale) und im Endkundenbereich (Retail) zu unterscheiden sei (vgl. Verfügung Ziff. 107, Vernehmlassung Ziff. 46).

c) Auf die Tatsache, dass sich die Nachfrage auf der Vorleistungsebene stets direkt von der Nachfrage auf der Dienstleistungsebene ableitet, wurde vorstehend hingewiesen. Es trifft zu, dass die Mobilterminierung eine mit der nachgelagerten Endkundennachfrage verknüpfte Vorleistung darstellt. Auch stellt die Mobilterminierung naturgemäss kein für den direkten Absatz an Endkunden bestimmtes Endprodukt dar.

Die Vorinstanz stellt die Interdependenzen zwischen der Vorleistungs- und der Dienstleistungsebene auch überhaupt nicht in Abrede. Bereits in ihrem "Gutachten IC" vom 20. November 2006 in Sachen Interkonnektionsverfahren Mobilfunkterminierung (vgl. RPW 2006/4, S. 739) hielt sie fest, dass die Terminierung eine notwendige Vorleistung für das Anbieten von Sprachtelefoniedienstleistungen durch Fernmeldedienstanbieterinnen sei (vgl. Ziff. 26; vgl. auch Verfügung Ziff. 108, wo darauf hingewiesen wird, dass die Terminierung nicht direkt von den Endkunden, sondern von anderen Fernmeldedienstanbieterinnen nachgefragt werde).

Das Zusammenspiel zwischen den beiden Ebenen bedeutet entgegen der Beschwerdeführerin aber nicht, dass auf der Vorleistungsebene keine eigenständige Nachfrage nach Mobilterminierungsdienstleistungen besteht. Die Beschwerdeführerin verkennt, dass die Mobilterminierung trotz ihrer Anbindung an das Telefonieverhalten der Endkunden eine umfassende Dienstleistung ("Leistung") im Sinne von Art. 11 VKU bildet. Bei der Mobilterminierung handelt es sich um ein unter den Anbieterinnen von Fernmeldediensten handelbares und auch tatsächlich gehandeltes Gut mit einer eigenständigen wirtschaftlichen Bedeutung. Als solches kann die Mobilterminierung zusammen mit den dazugehörenden Anbietern und Nachfragern unabhängig davon, dass sie einen notwendigen Bestandteil für die Produktion der ent-

sprechenden Telefoniedienstleistung auf der Dienstleistungsebene darstellt, durchaus einen eigenständigen auf die Vorleistungsebene begrenzten Markt bilden.

Dafür, dass es sich bei der Mobilterminierung um eine separat nachgefragte Dienstleistung handelt, spricht namentlich die hohe Bedeutung, welche die Anbieterinnen von Fernmeldediensten den Mobilterminierungspreisen und den mit ihnen verbundenen Geldflüssen zumessen. So führen die Fernmeldedienstanbieterinnen zur Festlegung der gegenseitig geschuldeten Mobilterminierungspreise im Rahmen des Verhandlungsprimats aufwändige Verhandlungen untereinander. Zudem war die Höhe der Mobilterminierungspreise wiederholt Gegenstand von Klageverfahren gemäss aArt. 11 Abs. 3 FMG bei der ComCom (vgl. namentlich die Interkonnektionsbegehren der Beschwerdeführerin betreffend Mobilfunkterminierung vom 30. Dezember 2005 gegen Orange [Vorinstanz act. 374 Beilagen 9 und 10; Beschwerde Ziff. 71] sowie vom 12. Januar 2006 gegen Sunrise [Vorinstanz act. 374 Beilagen 9 und 11], wobei sich die betroffenen Anbieterinnen von Fernmeldediensten am 10./11. Januar 2007 untereinander einigten, so dass die Höhe des Mobilterminierungspreises nicht behördlich festgelegt wurde [vgl. Beschwerde Ziff. 71, Beschwerde Beilage 8, Vorinstanz act. 374 Beilage 9]).

Dazu kommt, dass die ausschliesslich auf der Vorleistungsebene fliessenden Mobilterminierungspreise den Endkunden weitgehend unbekannt sind. Etwas anderes macht auch die Beschwerdeführerin nicht geltend (vgl. ihre Antwort auf Frage 34 des Fragebogens vom 29. November 2002, Vorinstanz act. 122 S. 32; vgl. auch die Äusserung von Orange in Vorinstanz act. 130 S. 42). Die Beschwerdeführerin verneint einen Zusammenhang zwischen den Terminierungspreisen und den Endkundentarifen der Mobilfunkanbieterinnen sogar ausdrücklich. Die "Mobilterminierungsgebühren" hätten im M2M-Bereich keinen Einfluss auf die Mobilfunktarife im Endkundenbereich (vgl. Beschwerde Ziff. 137 ff., 592, Replik Ziff. 109). Unabhängig davon erweisen sich die Vorgänge auf der Vorleistungsebene im Zusammenhang mit der Mobilterminierung als deutlich von der Dienstleistungsebene abgekoppelt. Aus der Sicht der Endkunden sind diese Vorgänge und deren Bedeutung für die Anbieterinnen von Fernmeldediensten nicht durchschaubar.

All dies zeigt, dass für die Dienstleistung der Mobilterminierung durchaus eine gesonderte Nachfrage besteht, nämlich durch die vorstehend definierte Marktgegenseite im Sinne von Art. 11 VKU (Fernmeldedienstanbieterinnen). Dass sich die Nachfrage der Fernmeldedienstanbieterinnen nach Mobilterminierungsdienstleistungen bezüglich Eigenschaften und Verwendungszweck erheblich von der Nachfrage der Endkunden nach ortsunabhängiger Sprachkommunikation in Echtzeit unterscheidet, ist offensichtlich und braucht nicht weiter ausgeführt zu werden.

Die Vorinstanz hat den sachlich relevanten Markt somit zu Recht auf die Vorleistungsebene bzw. – in der Terminologie der Vorinstanz – auf die "Wholesale"-Ebene begrenzt (vgl. im Einzelnen die Erwägungen der Vorinstanz in Verfügung Ziff. 105 ff.). Davon scheint auch AMGWERD in seiner Dissertation zum Netzzugang in der Telekommunikation auszugehen, indem er festhält, dass beim Netzzugang *Vorleistungsmärkte* im Zentrum der Betrachtung stünden. Die Beurteilung fokussiere sich dabei auf die entsprechende Marktstufe der Wertschöpfungskette (vgl. AMGWERD, a.a.O., Rz. 199, mit Verweis auf RPW 2006/4, S. 739, Rz. 86; vgl. bezüglich Abgrenzung "Wholesale"-Markt auch den Entscheid der REKO/WEF FB/2004-2 vom 30. Juni 2005 i.S. *Swisscom/ WEKO* [betr. "Wholesale"-Markt für Breitbanddienste, Rabattdiskriminierung] E. 5.2, veröffentlicht in: RPW 2005/3, S. 505; im Entscheid *"Coop/Waro"* [vgl. RPW 2003/3, S. 559 ff.] wurden Beschaffungs- und Absatzmärkte unterschieden, obwohl auf den Absatzmärkten ein wirksamer Wettbewerb bestand).

Die Fokussierung auf die Vorleistungsebene schliesst aber nicht aus, dass im Rahmen der Marktanalyse Interdependenzen zwischen Vorleistungs- und Endkundenmärkten untersucht und berücksichtigt werden, mithin der Einfluss des nachgelagerten Markts eruiert wird (vgl. AMGWERD, a.a.O., Rz. 199). Indem im Folgenden neben den Substitutionsmöglichkeiten aus der Sicht der Marktgegenseite (Fernmeldedienstanbieterinnen, Vorleistungsebene) auch Substitutionsmöglichkeiten aus der Sicht der nachgelagerten Nachfrage der Endkunden geprüft werden (vgl. E. 9.5.3 und E. 9.5.4), wird der von der Beschwerdeführerin durchaus zu Recht ins Feld geführten Interdependenz zwischen Vorleistungs- und Dienstleistungsebene Rechnung getragen. Diese Prüfung wird zeigen, ob die Marktabgrenzung der Vorinstanz allenfalls zu eng ist.

9.5.3 Substitutionsmöglichkeiten aus der Sicht der Marktgegenseite

Der sachlich relevante Markt umfasst, wie erwähnt, diejenigen Alternativen, welche die Marktgegenseite tatsächlich als substituierbar ansieht. Nachfolgend wird zwischen *nachfrageseitigen* und *angebotsseitigen* Substitutionsmöglichkeiten unterschieden (vgl. etwa BORER, a.a.O., Rz. 11 zu Art. 5 KG). Diese Vorgehensweise stimmt mit jener gemäss dem EU-Rechtsrahmen für elektronische Kommunikation überein (vgl. E. 9.4; Leitlinien, a.a.O., Ziff. 39, 44, 48; siehe dagegen den Entscheid der REKO/WEF FB/2004-1 vom 27. September 2005 i.S. *Ticket Corner* E. 5.2.2, wonach in Fällen gemäss Art. 7 des Kartellgesetzes der sachlich relevante Markt grundsätzlich primär gestützt auf die Nachfragesubstituierbarkeit abzugrenzen ist).

a) Bei der *Nachfragesubstituierbarkeit* geht es um die Frage, ob tatsächlich Alternativangebote existieren, auf welche die Marktgegenseite ausweichen kann. Diese bilden den sachlich relevanten Markt. Eine Ausweichmöglichkeit wäre bei Angeboten von Unternehmen gegeben, die hinsichtlich der Eigenschaften, des Verwendungszwecks und der Preise als gleichartig oder austauschbar angesehen werden. Dabei ist die Sicht tatsächlicher und möglicher Geschäftspartner einzubeziehen (vgl. ROGER ZÄCH, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, in: von Büren/David [Hrsg.], a.a.O., S. 147).

Die Nachfragesubstituierbarkeit kann geklärt werden mittels Befragung der Marktteilnehmer, einer Prüfung der Kreuzpreiselastizität oder mit dem SSNIP-Test, welcher auch in der Praxis der EG-Kommission Anwendung findet (vgl. CLERC, a.a.O., Rz. 30 und 60 ff. zu Art. 4 Abs. 2 KG; Entscheid der REKO/WEF FB/2004-1 vom 27. September 2005 i.S. *Ticket Corner* E. 5.2.2). Konkret fragt sich, ob die Nachfrager der Mobilterminierungsdienstleistung – also die Anbieterinnen von Fernmeldediensten, welche netzübergreifende Telefondienstleistungen anbieten – die Terminierung eines Gesprächs in die Mobilfunknetze der Beschwerdeführerin sowie von Sunrise und Orange substituieren können.

Die Vorinstanz verneint diese Frage zu Recht. Sie weist korrekt darauf hin, dass sämtliche Fernmeldedienstanbieterinnen, welche Telefondienstleistungen an Endkunden anbieten, sicherstellen müssen, dass von jedem ihrer Anschlüsse aus auf die Mobilfunknetze von Orange, Sunrise und der Beschwerdeführerin angerufen werden kann (vgl. Verfügung Ziff. 71). Auch trifft zu, dass die Anbieterinnen von

Fernmeldediensten die jeweilige Terminierung bei Orange, Sunrise und der Beschwerdeführerin "einkaufen" müssen, um eigene Dienste für ihre Kunden anbieten zu können (vgl. Verfügung Ziff. 71). Sind Kunden eines bestimmten Mobilfunknetzes zu erreichen, kann die Terminierung in das Netz dieser Mobilfunkanbieterin nur bei dieser nachgefragt werden (vgl. Verfügung Ziff. 72).

Es ist der Telefonkunde, der über die Wahl der Telefonnummer nicht nur seine Anbieterin von Fernmeldediensten beauftragt, die netzübergreifende Verbindung zum Kunden der Mobilfunkanbieterin herzustellen, sondern auch verbindlich das Netz bestimmt, in das sein Gespräch terminiert werden soll. Damit ist der Weg vorgegeben. Dem Nachfrager auf der Vorleistungsebene, also der Fernmeldedienstanbieterin des Telefonkunden, bleibt keine andere Möglichkeit, als das Gespräch in das gewählte Mobilfunknetz weiterzuleiten und die Mobilterminierung bei der anderen Fernmeldedienstanbieterin nachzufragen. Eine Ausweichmöglichkeit hat der Nachfrager nicht, weil die Zustellung des Anrufs in das spezifische Netz einzig von der Mobilfunkanbieterin dieses Mobilfunknetzes selber vorgenommen werden kann. Die technisch grundsätzlich denkbare Alternative, dass Anbieterinnen von Fernmeldediensten die Verbindungen über eine Zugriffsmöglichkeit auf die Informationen von SIM-Karten (*subscriber identity module*) der Endkunden anderer Fernmeldedienstanbieterinnen selbst terminieren, existierte in der Schweiz (zumindest) im untersuchten Zeitraum nicht und wird von der Beschwerdeführerin auch nicht angerufen.

Auch das in der angefochtenen Verfügung (vgl. Verfügung Ziff. 128 ff.) erwähnte "Refiling" bzw. "Tromboning" stellt keine nachfrageseitige Substitutionsmöglichkeit auf der Vorleistungsebene dar. In diesen Fällen wird ein nationaler Anruf indirekt über internationale Transitnetze geleitet und erst anschliessend im Bestimmungsnetz terminiert, dies mit dem Ziel, von günstigeren Terminierungspreisen bestimmter Fernmeldedienstanbieterinnen zu profitieren. Dieser Umweg über eine Transitverbindung ändert an der Art und Unumgänglichkeit der Terminierung im Bestimmungsnetz nichts (vgl. im Sachverhalt unter A.f und E. 9.5.1). Im Ergebnis sind alle Anbieterinnen von Sprachtelefoniedienstleistungen darauf angewiesen, die Mobilterminierung in das Netz der jeweiligen Mobilfunkanbieterin nachzufragen (vgl. auch ELSPASS, a.a.O., S. 156 f.).

Dies räumen auch die Mobilfunkanbieterinnen ein. So hielt Sunrise bereits im Rahmen einer durch das BAKOM in einem Interkonnektionsverfahren durchgeführten Marktbefragung fest, dass es in der Natur der Sache liege, dass Anrufe auf ein bestimmtes Netz nur auf dem Netz der fraglichen Fernmeldedienstanbieterin terminiert werden könnten und damit keine Substitutionsmöglichkeiten bestünden. Die damalige Swisscom Mobile antwortete dem BAKOM, dass es per definitionem keine Alternative und kein Substitut gebe. Auch die in der Marktbefragung befragten Festnetzanbieterinnen erklärten gegenüber dem BAKOM, dass es keine Ausweichmöglichkeiten für die Terminierung auf ein Mobilfunknetz gebe (vgl. "Gutachten IC" vom 20. November 2006, Ziff. 32 ff. [veröffentlicht in: RPW 2006/4, S. 739], mit Verweis auf Eingabe Sunrise vom 28. September 2006, S. 4, Eingabe Swisscom Mobile vom 8. September 2006, S. 14, sowie auf Eingabe Verizon vom 19. September 2006, S. 2; vgl. auch die damit übereinstimmenden Antworten von Sunrise und Orange auf Frage 4b des Fragebogens vom 29. November 2002, Vorinstanz act. 61 S. 4, und Vorinstanz act. 130 S. 14).

b) Die *Angebotsumstellungsflexibilität* bzw. Angebotssubstituierbarkeit betrifft die Frage, ob andere Unternehmen ihr Angebot kurzfristig und ohne spürbare Zusatzkosten und Risiken um Alternativprodukte erweitern könnten (vgl. ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 566; vgl. auch die Umschreibung in den Leitlinien, a.a.O., Ziff. 39). Vorliegend stellt sich die Frage, ob die Dienstleistung der Mobilterminierung in das Netz einer bestimmten Mobilfunkanbieterin von verschiedenen Anbietern erstellt werden kann. Könnte die Mobilterminierung in das vom Endkunden angewählte Mobilfunknetz nicht nur vom Betreiber dieses spezifischen Mobilfunknetzes, sondern zusätzlich durch alternative Anbieterinnen vorgenommen werden, wäre die Marktabgrenzung der Vorinstanz auszuweiten (vgl. Verfügung Ziff. 132 ff. [angebotsseitige Substitutionsmöglichkeiten] sowie Verfügung Ziff. 109 ff. [drei "Wholesale"-Märkte]).

Aufgrund der diesfalls gegebenen Möglichkeit der die Mobilterminierung nachfragenden Fernmeldedienstanbieterin, zwischen mehreren Anbietern zu wählen, würde sich die Abgrenzung von drei je eigenen sachlichen Märkten für die Terminierung in die Mobilfunknetze der Beschwerdeführerin und von Sunrise und Orange als falsch erweisen. Wäre z.B. jede Mobilfunkanbieterin in der Lage, die Mobilterminierung in das Netz einer beliebigen Mobilfunkanbieterin selber

zu erstellen, wäre der sachlich relevante Markt nicht auf die Mobilterminierungsdienstleistung in jedes einzelne Netz beschränkt, sondern würde die Mobilterminierung in alle Mobilfunknetze umfassen. Die Marktabgrenzung müsste in diesem Fall auf einen Gesamtmarkt für Terminierungen in *allen* Mobilfunknetzen ausgedehnt werden (vgl. auch Entwurf Reg TP, a.a.O., S. 31 [mit Verweis auf Explanatory Memorandum, S. 34] sowie S. 32 [mit Verweis auf Gutachten KOENIG/VOGELSANG/WINKLER, a.a.O., S. 28]).

Es ist jedoch keine technische Alternative ersichtlich, welche die Mobilfunkanbieterinnen in die Lage versetzen würde, Verbindungen mit anderen Mobilfunknetzen unabhängig von den jeweiligen anderen Mobilfunkanbieterinnen zu terminieren. Wie früher erwähnt, haben die Mobilfunkanbieterinnen nämlich keinen direkten Zugriff auf die SIM-Karte der Kunden anderer Mobilfunkanbieterinnen (vgl. vorstehend Bst. a). Ebensowenig gibt es Anhaltspunkte, dass im vorliegend relevanten Zeitraum Anbieterinnen anderer Funknetztechnologien (etwa Anbieterinnen von WLAN, *wireless local area network*) Technologien greifbar hatten, mit welchen sie die Terminierung in Mobilfunknetze alternativ hätten anbieten können. Auch hier scheint eine Austauschbarkeit im Übrigen bereits mangels Zugriffmöglichkeit auf die SIM-Karte ausgeschlossen.

Somit besteht auch aus der Sicht der Anbieter keine technische Möglichkeit, ein Substitut für die Terminierung in das Netz einer anderen Mobilfunkanbieterin anzubieten (vgl. ebenso ELSPASS, a.a.O., S. 157, mit Verweis auf Entscheidung der Europäischen Kommission vom 10. Juli 2002 i.S. *Telia/Sonera*, Rz. 31, COMP/M.2803). Gleichzeitig steht fest, dass die Vorinstanz den sachlich relevanten Markt korrekt auf jedes einzelne Mobilfunknetz beschränkt und drei je eigene sachliche ("Wholesale") Märkte für die Terminierung in die Mobilfunknetze der Beschwerdeführerin sowie von Sunrise und Orange abgegrenzt hat (vgl. Verfügung Ziff. 109 ff.). Für eine Ausweitung der Marktabgrenzung auf einen Gesamtmarkt für Terminierungen in *alle* Mobilfunknetze besteht kein Anlass.

c) Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass es aus der Sicht der Marktgegenseite (Fernmeldedienstanbieterinnen, Vorleistungsebene) weder nachfrage- noch angebotsseitige Substitutionsmöglichkeiten zur Terminierung eines Anrufs in ein bestimmtes Mobilfunknetz gibt. Die Vorinstanz kommt in Ziff. 72 der angefochtenen Verfügung sinngemäss ebenfalls zu diesem Schluss.

9.5.4 Substitutionsmöglichkeiten aus der Sicht der Endkunden

9.5.4.1 Überblick

a) Wie angekündigt, wird im Folgenden zusätzlich zur Analyse der Substitutionsmöglichkeiten aus der Sicht der Marktgegenseite (Art. 11 VKU) der Interdependenz zwischen der Vorleistungsebene und der Ebene der nachgelagerten Nachfrage der Endkunden (Dienstleistungsebene) Rechnung getragen. Dazu wird gefragt, ob die Endkunden der Anbieterinnen von Fernmeldediensten Möglichkeiten haben, die Mobilterminierungsleistungen der Mobilfunkanbieterinnen zu umgehen (der deutsche Regulator fragt bei dieser Prüfung der Substitutionsmöglichkeiten aus der Sicht der Endkunden anschaulich nach "abgeleiteten Substitutionsmöglichkeiten" [vgl. Entwurf Reg TP, a.a.O., S. 29]).

b) Die Vorinstanz folgert bereits unmittelbar aus dem beschriebenen Umstand, dass die Mobilterminierung aus der Sicht der Marktgegenseite nicht substituierbar ist, dass nach Massgabe von Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU drei sachlich relevante Märkte vorliegen, nämlich die "Wholesale"-Märkte für in ein Mobilfunknetz eingehende Fernmeldedienste im Bereich der Sprachtelefonie bzw. die Terminierung von Anrufen in ein Mobilfunknetz (vgl. Verfügung Ziff. 72 f.). Anschliessend unterzieht die Vorinstanz diese Marktdefinition jedoch einer Prüfung unter Einbezug der Merkmale der Endkundenmärkte. Indem sie dabei "die aus Sicht der Endkunden (Retail-Märkte) substituierbaren Produkte" (vgl. Verfügung Ziff. 77) bestimmt, fragt die Vorinstanz ebenfalls nach Substitutionsmöglickeiten aus der Sicht der Endkunden. Bei dieser Überprüfung ihrer Marktdefinition geht die Vorinstanz zunächst von sämtlichen Telekommunikationsdienstleistungen aus, insbesondere unter Einschluss von Mobilfunk-, Datenübertragungs- und Festnetzdiensten (vgl. Verfügung Ziff. 78).

Im Ergebnis verneint die Vorinstanz Substitutionsmöglichkeiten aus Endkundensicht und bestätigt die aus der Sicht der Marktgegenseite erfolgte Marktabgrenzung mit der Begründung, dass die verschiedenen geprüften Arten von Dienstleistungen aufgrund ihrer Eigenschaften und ihres Verwendungszwecks nicht in den relevanten Markt einzubeziehen seien. Dies betreffe das Übermitteln von Daten, das Telefonieren über das Festnetz, die Retail-Märkte im Bereich Mobilfunk sowie aus einem Mobilfunknetz ausgehende Fernmeldedienste (vgl. Verfügung Ziff. 109; vgl. zudem die Ausführungen in Verfügung Ziff. 114 ff., wo die Vorinstanz u.a. festhält, dass auch die Analyse des

Nachfrageverhaltens der Mobilfunkbenutzer zeige, dass es keine nachfrageseitigen Substitutionsmöglichkeit auf Retail-Ebene gebe [vgl. Verfügung Ziff. 127]).

c) Die Beschwerdeführerin ist demgegenüber der Meinung, die Marktabgrenzung der Vorinstanz sei aufgrund diverser Substitutionsmöglichkeiten aus Endkundensicht auszuweiten. So seien die Sprach- und Datenübertragung Teile desselben Markts (vgl. Beschwerde Ziff. 244, nachfolgend E.9.5.4.3). Entgegen der Vorinstanz sei nicht in allen Fällen entscheidend, dass eine Information sofort übermittelt und vom Empfänger zeitgleich in Empfang genommen werden könne (vgl. Beschwerde Ziff. 245). Auch fixe und mobile Telefonie könne nicht ohne Weiteres in separate Märkte unterteilt werden (vgl. Beschwerde Ziff. 229, nachfolgend E.9.5.4.4). Je nach Situation seien diese Dienste sowohl als Komplemente als auch als Substitute einzustufen (vgl. Beschwerde Ziff. 229).

Zudem gebe es eine Vielzahl von Kommunikationsmitteln und -formen, die als Alternativen zum Informationsaustausch über Mobiltelefone bzw. als Substitute zur Mobiltelefonie im relevanten Markt einzuschliessen seien (so VoIP-Dienste, Dual Mode Telefone, Instant Messaging, Video Calls, Video Conferencing und Video Mail, Blogs bzw. Weblogs, E-Mail push and pull, SMS, Mobile Chat [vgl. Beschwerde Ziff. 223 ff.]; nachfolgend E.9.5.4.5). Schliesslich seien eingehende und ausgehende Gespräche Teile desselben Markts (vgl. nachfolgend E.9.5.4.2). Die Trennung von in ein Netz eingehenden und aus einem Netz abgehenden Anrufen sei künstlich (vgl. Beschwerde Ziff. 238 ff.).

9.5.4.2 Eingehende – ausgehende Gespräche

a) Mit Bezug auf die umstrittene Differenzierung zwischen ein- und abgehenden Anrufen bringt die Beschwerdeführerin konkret Folgendes vor: Das Ziel der Sprach- und Datenübertragung sei der gegenseitige Informationsaustausch. Die Endkunden fragten sowohl in ihr Netz eingehende als auch aus ihrem Netz abgehende Anrufe nach (vgl. Beschwerde Ziff. 238). Es bestünden keine Abonnemente oder Prepaid-Angebote, die nur eingehende oder nur ausgehende Anrufe beinhalten. Beide Funktionen würden immer gemeinsam eingekauft. Kein Kunde frage immer nur eingehende oder abgehende Anrufe nach.

Das gleiche gelte auch für die Anbieterinnen von Fernmeldediensten, welche Anrufe sowohl originierten als auch terminierten. Die

Abgrenzung zweier separater relevanter Märkte für eingehende bzw. abgehende Anrufe gebe folglich die Realität nicht wieder und sei somit künstlich (vgl. Beschwerde Ziff. 239). Eine Einzelanrufbetrachtung sei sinnwidrig, da ein Kunde beim Erwerb eines Telefonabonnements erwarte, dass er damit anrufen kann und angerufen werden kann (vgl. Beschwerde Ziff. 240, Replik Ziff. 67 [zu Vernehmlassung Ziff. 47]). Diese Dienste würden immer im Bündel angeboten.

Die Behauptung der Vorinstanz, wonach "viele Mobilfunknutzer" ihr Mobiltelefon nur in eine Richtung benutzten, sei weder substantiiert noch erwiesen, sondern eine blosse Behauptung. Es gebe kein Retail-Angebot, das sich auf eingehende oder ausgehende Anrufe beschränke (vgl. Beschwerde Ziff. 239). Dass eine veraltete Technologie – der Pager – existiere (vgl. Verfügung Ziff. 103), welche nur eingehende Anrufe anzeige, sei kein Beweis dafür, dass ein separater Markt abgegrenzt werden müsse (vgl. Beschwerde Ziff. 243).

b) Die Vorinstanz setzt sich in Ziff. 97 ff. der angefochtenen Verfügung damit auseinander, ob aus Endkundensicht zwischen "Anrufen" und "Angerufenwerden" eine Substitutionsbeziehung bestehe. Die Frage wird im Ergebnis verneint mit dem Hinweis, dass sich eine Unterscheidung zwischen ein- und ausgehenden Dienstleistungen im Rahmen der Marktabgrenzung rechtfertige, da eingehende und ausgehende Mobilfunkdienstleistungen von der Art, Technik und von den Preisen her verschieden seien, und die Dienstleistungen auch heute noch getrennt nachgefragt würden (vgl. Verfügung Ziff. 104). Bezüglich Preis etwa würden sich ein- und ausgehende Dienstleistungen aufgrund des calling-party-pays-Prinzips (cpp-Prinzip) unterscheiden, habe dieses Prinzip doch zur Folge, dass "Angerufenwerden" im Normalfall kostenlos sei, während "Anrufen" relativ teuer sei (vgl. Verfügung Ziff. 99). Obwohl es bei längeren Gesprächen mit einem Bekannten häufig unerheblich sei, wer wen angerufen hat, spiele es letztlich doch eine Rolle, wer die Rechnung erhalte (vgl. Verfügung Ziff. 100).

Des Weiteren könne davon ausgegangen werden, dass viele Mobilfunkkunden ihr Mobiltelefon lediglich in eine Richtung verwenden würden (vgl. Verfügung Ziff. 103, Vernehmlassung Ziff. 47 [zu Beschwerde Ziff. 240]). Jedes Mobiltelefon sei im Prinzip auch ein Pager – ein Gerät, das nur anzeigen könne, dass jemand versucht hat anzurufen – verfüge aber über eine Vielzahl weiterer Eigenschaften und Gebrauchsmöglichkeiten. Die Existenz von Geräten wie Pagern zeige,

dass auch einzelne Dienstleistungen eines Mobiltelefons als eigenständige Märkte betrachtet werden könnten (vgl. Verfügung Ziff. 103).

c) Bei allfälligen Möglichkeiten der Endkunden, die Mobilterminierungsdienstleistungen der Mobilfunkanbieterinnen zu umgehen, müsste es sich um Telekommunikationsdienstleistungen auf Endkundenebene handeln, welche (selbstredend) keine Mobilterminierung auslösen und die Endkunden im Sinne von Art. 11 Abs. 3 VKU hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als Umgehungsmöglichkeit zum Tätigen von Mobilfunkanrufen ansehen. Falls es aus Endkundensicht solche Dienstleistungen – also Substitute – gibt, würde der sachlich relevante Markt auch diese Telekommunikationsdienstleistungen mitumfassen.

Dies wäre dann der Fall, wenn die Endkunden "Anrufen" und "Angerufenwerden" hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres Verwendungszwecks als austauschbare Alternativen ansehen würden. Diesfalls bestünde für die Endkunden nämlich insofern eine Möglichkeit, selber keine Mobilterminierungen auszulösen sowie einer allfälligen Überwälzung der (von der terminierenden Mobilfunkanbieterin) der eigenen Mobilfunkanbieterin in Rechnung gestellten Mobilterminierungspreise zu entgehen, als nur *eingehende* Dienstleistungen ("Angerufenwerden") in Anspruch genommen werden, statt zusätzlich auch *ausgehende* Dienstleistungen ("Anrufen") zu beanspruchen. Durch Letztere wird aufgrund des cpp-Prinzips (calling-party-pays, vgl. im Sachverhalt unter A.g) nicht nur die eigene Kostenpflicht begründet, sondern auch die Mobilterminierung im Netz der anderen Mobilfunkanbieterin ausgelöst. Im Gegensatz dazu initiiert ein Endkunde, der einzig *ein*gehende Dienstleistungen entgegennimmt, d.h. sich mit dem blossen "Angerufenwerden" begnügt, selber keine Mobilterminierungen.

Die Einschränkung der Marktabgrenzung auf drei "Wholesale"-Märkte für in die betreffenden Mobilfunknetze *ein*gehende Fernmeldedienste erweist sich jedoch dann als richtig, falls eine Beschränkung auf bloss *ein*gehende Anrufe für die Endkunden keine Option darstellt, sondern die Endkunden auch selber ausgehende Anrufe auf ein anderes Mobilfunknetz vornehmen wollen. In diesem Fall wäre die vorinstanzliche Begrenzung auf eingehende Telekommunikationsdienstleistungen mangels entsprechender Substitutionsmöglichkeit aus Endkundensicht zu bestätigen, sehen die Endkunden doch dann keine Möglichkeit, die Mobilterminierung bzw. die allfällige Überwälzung des Mobiltermi-

nierungspreises durch Inanspruchnahme einzig eingehender Dienstleistungen zu umgehen.

d) Nun räumt die Beschwerdeführerin selber ein, dass die Endkunden sowohl in ihr Netz eingehende als auch aus ihrem Netz abgehende Anrufe nachfragen und diese Funktionen gemeinsam einkaufen würden. Kein Kunde frage immer nur eingehende oder abgehende Anrufe nach. Auch damit, dass es kein Retail-Angebot gebe, welches sich auf eingehende oder ausgehende Anrufe beschränke, und weil keine Abonnemente bestünden, die nur eingehende oder nur ausgehende Anrufe beinhalten, zeigt die Beschwerdeführerin zu Recht auf, dass Endkunden "Anrufen" und "Angerufenwerden" hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres Verwendungszwecks nicht als austauschbare Alternativen ansehen. Damit bilden ein- und ausgehende Anrufe aus Endkundensicht aber keine Substitute, weshalb sich die auf eingehende Fernmeldedienste beschränkten "Wholesale"-Märkte der Vorinstanz bereits nach der eigenen Argumentation der Beschwerdeführerin als korrekt erweisen.

Die Ausführungen der Vorinstanz stehen dem keineswegs entgegen, schliessen doch auch diese sinngemäss darauf, dass zwischen "Anrufen" und "Angerufenwerden" keine Substitutionsbeziehung besteht. Die Vorinstanz begründet dies mit den Hinweisen auf die Unterschiede dieser Dienstleistungen hinsichtlich ihrer Art, Technik und den Preisen. Namentlich die Erwähnung der Tatsache, dass "Angerufenwerden" kostenlos und "Anrufen" kostenpflichtig ist, und es erheblich ist, wer die Kosten bezahlen muss, führt vor Augen, dass die Vorinstanz – wie die Beschwerdeführerin – der Auffassung ist, dass die Endkunden "Anrufen" und "Angerufenwerden" hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres Verwendungszwecks nicht als austauschbare Alternative ansehen.

In diesem Sinne ist den Parteien zuzustimmen, dass die Möglichkeit, mittels Mobiltelefon jemanden anrufen zu können, aus Endkundensicht nicht ersetz- bzw. substituierbar ist durch die Erreichbarkeit, welche das Mobiltelefon ebenfalls bietet. Die zwei Dienstleistungen unterscheiden sich allzu wesentlich hinsichtlich dem Zweck und dem Nutzen, den sie dem Endkunden stiften. Da "Angerufenwerden" und "Anrufen" somit keine Substitute sind, gehören sie auch nicht zum gleichen Markt. Beide Parteistandpunkte führen im Ergebnis zum Resultat, dass die Einschränkung der "Wholesale"-Märkte auf *ein*gehende Fernmeldedienste korrekt ist.

e) Entgegen der Beschwerdeführerin verhindert die Abgrenzung solcher "Wholesale"-Märkte keineswegs, dass jeder Endkunde beliebige Personen anrufen und auch uneingeschränkt selbst angerufen werden kann. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die Sicht der Vorinstanz die Realität nicht wiedergebe, künstlich sei und den gegenseitigen Informationsaustausch zwischen zwei Gesprächspartnern in Frage stelle. Ein- wie ausgehende Sprachanrufe können ohne Einschränkung geführt werden.

Die Beschwerdeführerin übersieht zum einen, dass an jedem von der vorinstanzlichen Marktabgrenzung erfassten Anruf in ein Mobilfunknetz zwei Gesprächspartner beteiligt sind. Das Marktabgrenzungsergebnis der Vorinstanz besagt nichts Gegenteiliges, sondern setzt dies als selbstverständlich voraus. Zum anderen ist zu beachten, dass die abgegrenzten Märkte "Wholesale"-Märkte – also Märkte auf der Vorleistungsebene – und keine Dienstleistungsmärkte auf der Endkundenebene sind. Wie bereits ausgeführt, wird zudem nicht jeder einzelne Anruf separat betrachtet, sondern *alle* in einem Netz ausgeführten Terminierungen als Produkt, ohne dass zu berücksichtigen ist, in welchem originierenden Netz die Verbindungen generiert worden sind (vgl. E. 9.5.1 und im Sachverhalt unter A.c zum Begriff der "Originierung").

Die so verstandenen *drei* "Wholesale"-Märkte für die Terminierung in die Mobilfunknetze von Orange, Sunrise und der Beschwerdeführerin im Bereich der Sprachtelefonie stehen nicht damit im Widerspruch, dass die Endkunden in *jedem* der drei Mobilfunknetze angerufen werden. Ebenso können die Endkunden ohne Beeinträchtigung der vorinstanzlichen Marktabgrenzung beliebig in alle drei Mobilfunknetze *anrufen*. Der Hinweis der Beschwerdeführerin auf eine angeblich sinnwidrige Einzelanrufbetrachtung erweist sich als verfehlt (vgl. Beschwerde Ziff. 240, Replik Ziff. 67 [zu Vernehmlassung Ziff. 47]). Die gegenseitige Kommunikation ist in keiner Weise gestört.

f) Auch aus dem Verweis auf die *Fernmeldedienstanbieterinnen*, welche Anrufe sowohl originieren als auch terminieren würden, kann die Beschwerdeführerin nichts für sich ableiten. Die Vorinstanz hat Substitutionsmöglichkeiten aus der Sicht der Anbieterinnen von Fernmeldediensten (d.h. der Marktgegenseite) zu Recht verneint. Aus ihrer Sicht bestehen weder angebots- noch nachfrageseitige Substitute zur Mobilterminierung (vgl. E. 9.5.3).

Würde der Argumentation der Beschwerdeführerin gefolgt und die Marktabgrenzung auf ein- und ausgehende Anrufe ausgedehnt, wäre der Markt auszuweiten. Dies würde – wie dargelegt – Art. 11 VKU widersprechen, da aus technischen Gründen keine Substitutionsmöglichkeiten für die Mobilterminierung bestehen. Dass die Vorinstanz mangels angebotsseitiger Substitutionsmöglichkeiten für jedes *einzelne* Mobilfunknetz einen eigenen Markt abgegrenzt hat, ist, wie ausgeführt, nicht zu beanstanden (vgl. E. 9.5.3/b). Die Mobilterminierung kann aus der Sicht der Marktgegenseite definitionsgemäss immer nur einen *ein*gehenden Anruf betreffen.

g) Das Argument der Beschwerdeführerin, die Unterscheidung zwischen ein- und ausgehenden Anrufen sei künstlich, erweist sich damit als unbegründet. Die Einschränkung der Marktabgrenzung auf drei "Wholesale"-Märkte für in die betreffenden Mobilfunknetze *ein*gehende Fernmeldedienste ist richtig.

9.5.4.3 Daten – Sprache

a) Die vorinstanzliche Marktabgrenzung ist zudem eingeschränkt auf den Bereich der *Sprach*telefonie. Die Beschwerdeführerin hält diese Beschränkung für falsch und macht geltend, der relevante Markt umfasse zusätzlich zur Sprach- auch die *Daten*übertragung. Zusammenfassend argumentiert die Beschwerdeführerin wie folgt (vgl. Beschwerde Ziff. 244 ff.):

Die Unterscheidung zwischen Sprach- und Datenübertragung sei künstlich. Beide Dienste dienten der Übermittlung von Informationen. Wie etwa der Erfolg von Kommunikationsmitteln wie SMS oder E-mail (vgl. Beschwerde Ziff. 223 ff.) zeige, sei es nicht in allen Fällen der Informationsübermittlung wichtig, dass eine sofortige Übermittlung bzw. ein zeitgleicher Empfang einer Information erfolge. Es werde übersehen, dass der Anrufende auch Sprachinformationen hinterlegen (Combox) und der Informationsempfänger übermittelte Daten sofort – d.h. in Echtzeit – abrufen könne (z.B. VoIP via Mobile, Instant Messaging und E-Mail push and pull; vgl. Beschwerde Ziff. 223).

Selbst die eigene Einschätzung der Vorinstanz spreche eher dafür, dass der Datenverkehr zum gleichen sachlich relevanten Markt gehöre. Die Wettbewerbskommission anerkenne nämlich, dass eine Preiserhöhung im Bereich des Telefonierens zu einer Erhöhung des Datenaufkommens führen könnte. Nach Auffassung der Vorinstanz sei diese jedoch nur gering, und es würde lediglich weniger telefoniert

(vgl. Verfügung Ziff. 85). Wenn die Vorinstanz davon ausgehe, dass eine Substituierung zwischen Telefonie- und Datendienstleistungen stattfinden könnte, so habe sie die Effekte einer Preiserhöhung für eine korrekte Marktabgrenzung zu prüfen und empirisch zu belegen. Die Vorinstanz habe dies aber unterlassen.

b) Die Vorinstanz grenzt zunächst die Sprachtelefonie von der Datenübertragung ab (vgl. Verfügung Ziff. 81): Telefonieren sei Sprachkommunikation in Echtzeit über eine Distanz. Bei der Übermittlung von Daten – wie beim Versenden von E-Mails, SMS, MMS, Fax und Ähnlichem – würden Informationen über eine Leitung von einem Endgerät auf ein anderes übertragen, ohne dass es notwendig sei, dass die Empfängerperson anwesend oder das empfangende Gerät eingeschaltet sei. Bis ein Endgerät wieder empfangsbereit sei, würden die Daten zwischengespeichert.

Davon ausgehend hält die Vorinstanz dem Standpunkt der Beschwerdeführerin sinngemäss entgegen, dass der Transfer von Daten kein geeignetes Substitut zu einem Telefonat in Echtzeit darstellen könne (vgl. Verfügung Ziff. 80 ff.). Das Telefonieren als Sprachkommunikation weise gegenüber den verschiedenen Möglichkeiten des Datentransfers grundsätzlich unterschiedliche Eigenschaften auf. Zwar könne eine Information wie die Ankunftszeit an einem Treffpunkt durchaus über ein SMS erfolgen. Seien hingegen z.B. noch der genaue Treffpunkt selbst oder die Ziele des Treffens zu bestimmen, sei ein Anruf zweckmässiger, womit weder SMS noch E-Mail als Substitute in Frage kämen. Andererseits liessen sich gewisse Informationen – wie etwa Bilder oder andere elektronische Dokumente – nur mit Hilfe von E-Mails, MMS oder SMS transferieren.

Es sei klar, dass es für einen Benutzer einen erheblichen Unterschied mache, ob er angerufen werde, oder ob er Daten erhalte. Solle ein Gespräch zustande kommen, müsse ein Anruf sofort beim Klingeln des Telefons entgegengenommen werden. Daten könnten demgegenüber zu einem späteren Zeitpunkt eingesehen und über eine längere Zeit gespeichert werden.

Weiter begründet die Vorinstanz die nach ihr fehlende Substitutionsbeziehung zwischen Sprachtelefonie und Datentransfer mit der Aussage, dass eine Preiserhöhung im Bereich der Sprachtelefonie zwar die Nachfrage nach Sprachtelefonieren verringern, aber nur zu einem geringen Teil zu einer Erhöhung des Datenaufkommens führen würde.

Es würde lediglich weniger telefoniert werden, da die Nachfrage mit steigendem Preis falle (vgl. Verfügung Ziff. 85).

c) Zu prüfen ist somit, ob zusätzlich zum Bereich der Sprachtelefonie die verschiedenen Möglichkeiten des Transfers von Daten in die relevanten "Wholesale"-Märkte miteinbezogen werden müssen.

Dazu stellt sich die Frage, ob die Endkunden Datenübertragungsdienste wie SMS, MMS, E-Mail und Fax hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihrer Verwendungszwecke als gleichwertige Alternativen zu netzübergreifenden Sprachanrufen auf ein Mobilfunknetz betrachten. Weil das Übermitteln von Daten bei einer Bejahung dieser Frage aus Endkundensicht ein Substitut zur Sprachkommunikation (und der dadurch ausgelösten Mobilterminierung) wäre, würden die sachlich relevanten "Wholesale"-Märkte diesfalls auch die Datenübermittlung umfassen (Art. 11 VKU).

Es ist der Vorinstanz jedoch zuzustimmen, dass Sprachkommunikation und die verschiedenen Möglichkeiten des Datentransfers von Grund auf unterschiedliche Eigenschaften aufweisen und die Frage der Substituierbarkeit zu verneinen ist. Die Vorinstanz verweist zu Recht auf das wesentliche Merkmal eines Sprachanrufs, nämlich die Kommunikation in Echtzeit. Bereits daraus folgt, dass ein Sprachanruf nicht durch Datenübertragungsdienste substituiert werden kann. So entsteht für den Endkunden mit einem Sprachanruf die Möglichkeit, Informationen durch ein aufeinander bezogenes Gespräch in kürzester Zeit auszutauschen.

Eine Kommunikation, die sich aufeinander bezieht und bei der komplexe Inhalte ausgetauscht werden, kann zwar durchaus auch bei Datenübertragungsdiensten erfolgen. Selbst bei den von der Beschwerdeführerin angerufenen Varianten, bei denen Daten *zeitgleich* abrufbar seien (Instant Messaging, E-Mail push and pull; vgl. Beschwerde Ziff. 223), bedarf es jedoch der manuellen Eingabe der Nachricht und eines Versendungsvorgangs, der keine dem direkten Gespräch vergleichbare Kommunikation ermöglicht. Die Sprachkommunikation ist namentlich insofern nicht mit einem datenbasierten Informationsaustausch vergleichbar, als über die Stimme (Tonlage, Lautstärke, Tempo etc.) unwillkürlich zusätzliche Schattierungen zum Ausdruck kommen. Diese stellen einen wesentlichen Teil der Interaktion der Gesprächspartner dar und beeinflussen den Gesprächsverlauf unmittelbar.

Dass eine gewünschte Information in gewissen Situationen ebenso gut über eine Datenübertragung statt mit einem Sprachanruf übermittelt werden kann, scheint offensichtlich und hat auch die Vorinstanz erkannt (z.B. Ankunftszeit an einem Treffpunkt mit SMS). Dies vermag jedoch nichts daran zu ändern, dass die Datenübermittlung dem direkten Gespräch dann nicht ebenbürtig ist, wenn Gesprächspartner (komplexere) Inhalte miteinander *besprechen* wollen.

Andererseits liegt es auf der Hand, dass für die Übermittlung gewisser Informationen *nur* die Datenübertragung in Frage kommt, mithin die Sprachtelefonie als Substitutionsgut nicht sinnvoll ist. Wie die Vorinstanz richtig festhält, verhält es sich so, wenn ein Endkunde jemandem Photografien, Grafiken oder sonstige elektronische Dokumente zukommen lassen will und dazu ein E-Mail, MMS oder SMS mit entsprechendem Datenanhang versendet. Für diesen – im heutigen Privat- und Berufsleben unverzichtbaren – spezifischen Verwendungszweck der Datenübermittlung stellt ein Sprachanruf aus Endkundensicht keine Alternative dar. Das gleiche gilt, wenn ein Dokument per Fax versandt wird, damit der Empfänger dieses einsehen und zum gewünschten Zweck weiterverwenden kann.

Wie die Vorinstanz ebenfalls korrekt erwähnt, zeichnet sich die Datenübermittlung weiter dadurch aus, dass Daten zwischengespeichert und vom Empfänger zu einem beliebigen Zeitpunkt zur Kenntnis genommen und bearbeitet werden können. Der Versender hat dadurch die Möglichkeit, den Zeitpunkt und die Art der Beantwortung der Meldung bewusst dem Empfänger zu überlassen, ohne diesen durch einen Anruf auf sein Mobiltelefon zu einem möglicherweise unpassenden Zeitpunkt zu einer sofortigen Rückmeldung zu veranlassen.

Wie von der Beschwerdeführerin vorgebracht, können zwar auch Sprachinformationen auf einem mobilen Anrufbeantworter (z.B. in einer "Combox") hinterlegt werden. Das gewünschte Telephongespräch kommt dann aber überhaupt nicht zustande. Zudem liegt es nicht im Einflussbereich des Anrufenden, ob eine Sprachmitteilung hinterlegt werden kann. Darüber entscheidet vielmehr der Angerufene, welcher den Anruf zum fraglichen Zeitpunkt nicht entgegennehmen will oder kann.

Bei dieser Sachlage ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz auf eine detaillierte Prüfung der Effekte einer Preiserhöhung im Bereich des Telefonierens verzichtet hat. Unabhängig davon überzeugt die Dar-

stellung der Vorinstanz, dass zwischen Telefonie- und Datendienstleistungen keine hinlängliche Substitutionsbeziehung besteht.

Die in gewissen Situationen zweifellos gegebene – also unvollkommene (vgl. dazu BGE 130 II 449 E. 5.5) – Substitutionsmöglichkeit ändert nichts daran, dass Datenübertragungsdienste wie SMS, MMS, E-Mail und Fax grundlegend andere Eigenschaften als die Sprachkommunikation aufweisen. Da sie auch unterschiedlichen Verwendungszwecken dienen, stellen Datendienste aus Endkundensicht keine gleichwertige Alternative zur Sprachkommunikation dar. Die Vorinstanz hat die relevanten "Wholesale"-Märkte damit zu Recht auf die Sprachtelefonie beschränkt.

9.5.4.4 Fixe – mobile Telefonie

a) Des Weiteren bemängelt die Beschwerdeführerin, fixe und mobile Telefonie könne nicht ohne Weiteres in separate Märkte unterteilt werden (vgl. Beschwerde Ziff. 229 ff.). Diese Dienste seien je nach Situation sowohl als "Komplemente" als auch als Substitute einzustufen.

In den meisten Fällen stünden den Telefonierenden beide Alternativen zur Verfügung, insbesondere in privat oder geschäftlich genutzten Gebäuden. Fixe und mobile Telefonie seien in diesen Fällen Substitute. Die Folgerung der Vorinstanz, dass fixe und mobile Telefonie nicht austauschbar seien, weil mobile Telefonie im Gegensatz zur fixen Telefonie ortsungebunden möglich sei, möge im Einzelfall zutreffen (vgl. Verfügung Ziff. 89 ff.). Dies gelte etwa, wenn ein Anrufender und/oder ein Angerufener gerade keinen Zugang zu einem Festnetzanschluss habe. Diesfalls seien fixe und mobile Telefonie "Komplemente".

80 % aller Anrufe würden jedoch ab einem Mobiltelefon "unter einem Dach" getätigt, wo auch Festnetz-Anschlüsse zur Verfügung stünden. Über 40 % derjenigen, die sowohl über einen Festnetz-Anschluss als auch über einen Mobilfunk-Anschluss verfügten, würden ihre Mobilfunkgeräte auch von zu Hause aus gebrauchen (Verweis auf Erhebungen von British Telecom: Dotecon, Fixed-mobile substitution, S. vii Ziff. 7, act. 250a Beilage 40). Somit seien fixe und mobile Telefonie auch Substitute (vgl. Beschwerde Ziff. 231). Die fixe Telefonie stelle aber auch bei nicht gleichzeitiger Verfügbarkeit von fixer und mobiler Telefonie dann ein Substitut dar, wenn der Anrufer bzw. Angerufene

die Möglichkeit habe, das Gespräch zu einem anderen Zeitpunkt zu führen.

Zudem seien Technologien zu beachten, bei denen Endgeräte fix und mobil eingesetzt werden könnten. Die Auffassung der Vorinstanz verkenne diese technologischen Substitutionsmöglichkeiten und das tatsächliche Nachfrageverhalten (vgl. Beschwerde Ziff. 233, mit Verweis auf Homepages von Onrelay und BT Fusion, act. 250a Beilagen 39, 41). Im Rahmen der sog. Zugangssubstitution würden Mobilfunkabonnemente als Substitut für zusätzlich benötigte Computer- oder Fax-Linien dienen. Fast zwei Drittel der Personen, die zugleich einen Festnetz- und einen Mobilfunk-Anschluss hätten sowie am Internet angeschlossen seien, würden gemäss der Studie von Dotecon ihre Festnetzlinie für den Internetanschluss benutzen und mobilfunknetzbasiert telefonieren. Dotecon weise nach, dass die Nutzung von Festnetz-Linien durch Mobilfunkabonnemente im Durchschnitt gesenkt werde (Verweis auf Dotecon, Fixed-mobile substitution, Vorinstanz act. 250a Beilage 40, insbes. S. VIII Ziff. 7,8,13).

Über die Frage, ob letztlich der substitutive oder der komplementäre Charakter überwiege, bestehe in der ökonomischen Literatur noch keine Einigkeit (mit Hinweis auf drei Vertreter der Substitutions- und zwei Vertreter der Komplementaritätsthese; vgl. dazu Beschwerde Ziff. 236). Indem die Vorinstanz festhalte, dass eine Preiserhöhung im Bereich der mobilen Telefonie zu einer (teilweisen) Substitution durch die fixe Telefonie führen könne, aber voraussichtlich einfach weniger mit Mobiltelefonen telefoniert würde (vgl. Verfügung Ziff. 94), habe sie reine Spekulation betrieben und den rechtlich erheblichen Sachverhalt nicht genügend erstellt. Die Vorinstanz wäre verpflichtet gewesen, die Nachfragereaktion bei einer Preiserhöhung der mobilen Telefonie zu prüfen und empirisch zu belegen (vgl. Beschwerde Ziff. 237).

b) Die Vorinstanz setzt sich in ihrer Verfügung (Ziff. 87 ff.) mit der Frage auseinander, ob das Telefonieren mittels Mobiltelefon durch das Telefonieren über das Festnetz substituiert werden kann. Im Resultat schliesst die Vorinstanz auf grundsätzlich unterschiedliche Eigenschaften des Telefonierens mittels Mobiltelefon und Festnetz, weshalb für das Telefonieren über ein Mobiltelefon ein eigenständiger Markt auszuscheiden sei (vgl. Verfügung Ziff. 96).

Zur Begründung betont die Vorinstanz, dass sich derjenige einen Mobilfunkanschluss erwerbe, der (1.) die Möglichkeit haben will, jemanden anrufen zu können, wann und wo immer er will, und (2.)

telefonisch erreichbar sein möchte, wann und wo immer er will (vgl. Verfügung Ziff. 90). Dies seien die beiden Eigenschaften, welche einen Mobilfunkanschluss in Bezug auf das Telefonieren fundamental von einem Festnetzanschluss unterschieden.

Ein weiterer Unterschied bestehe darin, dass ein Mobilfunkanschluss personenbezogen sei und über ihn die Zielperson in der Regel direkt erreicht werde. Ein Festnetzanschluss sei dagegen auf einen Ort bezogen. Ob die Zielperson über diesen Anschluss erreicht werden könne, sei davon abhängig, ob die Person sich bei dem entsprechenden Festnetzanschluss aufhalte oder nicht. Beim Anruf auf einen Festnetzanschluss sei im Gegensatz zu einem Anruf auf ein Mobiltelefon ferner häufig nicht bekannt, wer den Anruf entgegennehme.

Zudem sei in der Schweiz im Bereich Mobilfunk eine Marktdurchdringung von 91.6 % Realität geworden, obwohl fast jeder Haushalt und jedes Büro über mindestens einen Festnetzanschluss verfüge (mit Verweis auf die Fernmeldestatistik 2005 des BAKOM, S. 35). Der Grund könne nur darin bestehen, dass ein Mobilfunkanschluss nicht durch einen Festnetzanschluss substituierbar sei (vgl. Verfügung Ziff. 92; ähnlich auch Verfügung Ziff. 115). Es könne von einer asymmetrischen Substitution gesprochen werden: Das Festnetz könne von einem Mobiltelefon in gewissen Fällen substituiert werden, jedoch nicht umgekehrt (vgl. Verfügung Ziff. 93).

Weiter weist die Vorinstanz darauf hin, dass ein durchschnittlicher Festnetzanruf im Jahr 2004 3.39 Minuten (Jahr 2005: 3.38), ein Anruf mit dem Mobiltelefon hingegen nur gerade 1.51 Minuten (Jahr 2005: 1.56) gedauert habe (mit Verweis auf die Fernmeldestatistik 2005 des BAKOM, S. 40). Die deutlich kürzere Dauer zeige, dass die beiden Technologien verschieden zum Einsatz gelangten: Längere Gespräche erfolgten in der Regel über den günstigeren Festnetzanschluss, mit einem Mobilfunkanruf werde unterwegs nur das Nötigste mitgeteilt (vgl. Verfügung Ziff. 93).

Ebenfalls ein Indiz dafür, dass ein Festnetzanschluss nicht als Substitut für einen Mobilfunkanschluss angesehen werden könne, sei der Umstand, dass die Preise im Bereich Mobilfunk deutlich höher und viele Endkunden bereit seien, diese trotz vorhandenen Festnetzanschlusses zu bezahlen (vgl. Verfügung Ziff. 94). Eine Preiserhöhung im Bereich der mobilen Telefonie würde nach Auffassung der Vorinstanz zwar die Nachfrage nach dieser verringern, jedoch 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" (vgl. Verfügung Ziff. 94).

Weiter argumentiert die Vorinstanz, ein Mobiltelefon stifte selbst einem Büroangestellten, welcher in der Regel Zugriff auf einen Festnetzanschluss habe, zusätzlichen Nutzen, wie etwa die Erreichbarkeit ausserhalb seines Arbeitsplatzes, welcher nicht durch den vergleichsweise günstigeren Festnetzanschluss erzielt werden könne (vgl. Verfügung Ziff. 89). Für Personen, welche sich nicht mehrheitlich in der Nähe eines Festnetzanschlusses aufhielten und auf Kommunikation angewiesen seien, sei ein Mobilfunkanschluss häufig notwendig (vgl. Verfügung Ziff. 89).

Schliesslich erläutere die Beschwerdeführerin den Mehrwert der Mobiltelefonie gegenüber dem Festnetz in ihrer Eingabe vom 9. März 2004 gleich selber. Hier weise die Beschwerdeführerin auf die Netzabdeckung und die Netzqualität hin, welche nach ihr sehr wichtige Argumente für die Wahl einer bestimmten Mobilfunkanbieterin bilden und den Mehrwert gegenüber dem Festnetz ausmachen würden, da sie die ständige Erreichbarkeit garantierten (vgl. Verfügung Ziff. 87, mit Verweis auf die Vorinstanz, act. 122 S. 32 [Antwort auf Frage 34 des Fragebogens vom 29. November 2002]).

c) Aus der vorstehenden Zusammenfassung geht hervor, dass sich die Vorinstanz gründlich mit der Frage auseinandergesetzt hat, ob fixe und mobile Telefonie Substitute sind. Dabei ist die Vorinstanz in nachvollziehbarer Weise und mit in sich schlüssiger Begründung zum Schluss gelangt, dass Festnetz- und Mobiltelefonie insgesamt nicht als Substitute angesehen werden können.

Die Vorinstanz legt einleuchtend dar, dass und inwiefern die Festnetz- und Mobiltelefonie fundamental unterschiedliche Eigenschaften aufweisen. Die jederzeitige Möglichkeit zu ortsungebundener Sprachkommunikation ist nicht mehr aus dem Alltag wegzudenken. Wie die Vorinstanz zutreffend festhält, untermauert die Beschwerdeführerin die Bedeutung dieser einzig der Mobiltelefonie zukommenden Eigenschaft sinngemäss auch selber, indem sie in der Eingabe vom 9. März 2004 die Netzqualität der Mobilfunknetze und die damit gewährleistete ständige Erreichbarkeit als Mehrwert des Mobilfunknetzes gegenüber dem Festnetz hervorhebt (vgl. S. 34 [Ziff. 40.2] der Eingabe vom 9. März 2004, Vorinstanz act. 122).

Selbstverständlich gilt es nicht zu verkennen, dass ein Endkunde in gewissen Situationen die Möglichkeit hat, einen Anruf in ein Mobilfunknetz zu vermeiden und stattdessen den Festnetzanschluss des gewünschten Gesprächspartners anzurufen. Diese Möglichkeit stellt insgesamt jedoch kein echtes Substitut dar, da der sofortige und vom Aufenthaltsort des Angerufenen unabhängige Kontakt wesentlicher Zweck für einen Anruf auf ein Mobiltelefon ist (so auch der Entwurf Reg TP, a.a.O., S. 29).

Trotz teilweiser Überschneidungen mit der Festnetztelefonie besteht kein Zweifel daran, dass die Mobiltelefonie ein eigenständiges Bedürfnis der Endkunden erfüllt und einen Verwendungszweck hat, der von jenem der Festnetztelefonie abweicht. Neben dem "beispiellosen Erfolg des Mobilfunks" macht dies auch der Umstand klar, dass "der typische Kunde zunächst Festnetzkunde bzw. -benützer ist und zusätzlich Mobilfunkkunde wird" (so die Aussagen der Beschwerdeführerin auf S. 33 ihrer Eingabe vom 9. März 2004, vgl. Vorinstanz act. 122).

Die Vorinstanz belegt ihren Standpunkt zudem mit der hohen Marktdurchdringung im Bereich Mobilfunk. Angesichts der mehrheitlich gleichzeitig zur Verfügung stehenden Festnetzanschlüsse spricht auch dies gegen eine Substitutionsbeziehung (vgl. Fernmeldestatistik 2005 des BAKOM, S. 35, online unter: *www.bakom.admin.ch* > Dokumentation > Zahlen und Fakten > Statistik zu Telekommunikation > statistische Publikationen, Fernmeldestatistiken 1998-2006 nur noch auf Anfrage verfügbar).

Im Übrigen fällt auf, dass die Beschwerdeführerin selber darauf hinweist, dass in der ökonomischen Literatur unterschiedliche Auffassungen vertreten werden, ob letztlich der substitutive oder der komplementäre Charakter überwiegt (vgl. Beschwerde Ziff. 236). Indem sich die Vorinstanz mit nachvollziehbarer Begründung für die eine Seite entschieden und die Substitutionsbeziehung verneint hat, nahm sie den ihr zustehenden Beurteilungsspielraum in nicht zu beanstandender Weise wahr. Dies gilt erst recht, da die Auffassung der Vorinstanz mit dem einhelligen Marktabgrenzungsergebnis der EU sowie zahlreicher EU-Mitgliedstaaten übereinstimmt (vgl. E. 9.4). Durch den Verweis auf die Fernmeldestatistik des BAKOM wird zudem korrekt der Bezug zu den Schweizer Verhältnissen hergestellt (hohe Marktdurch-

dringung im Bereich Mobilfunk, deutlich kürzere Dauer der Mobilfunkanrufe).

Das Bundesverwaltungsgericht sieht keinen Anlass, der ein Eingreifen in den Beurteilungsspielraum der Vorinstanz oder ein Abweichen von den vorinstanzlichen Erwägungen gebieten würde. Die Beschwerdeführerin vermag nichts vorzubringen, das die vorinstanzliche Beurteilung ernsthaft in Frage stellen könnte. Namentlich kann die aufgeworfene Frage ohne weitere Abklärungen beurteilt werden. Auch ohne Erhebung der Nachfragereaktion bei einer Preiserhöhung der mobilen Telefonie steht damit fest, dass die Festnetztelefonie nicht zum selben sachlich relevanten Markt zu zählen ist.

9.5.4.5 Alternative Kommunikationsmittel

a) Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin, es gebe eine Vielzahl von Kommunikationsmitteln und -formen, welche als Alternativen zum Informationsaustausch über Mobiltelefone bzw. als Substitute zur Mobiltelefonie im relevanten Markt zu berücksichtigen seien (vgl. Beschwerde Ziff. 223 ff., Replik Ziff. 64 f.). Der Austausch von Informationen in Echtzeit könne zunehmend über verschiedene Dienstleistungen, basierend auf unterschiedlichen Technologien und ungeachtet des Standorts, erfolgen. Die Folgerung, dass Mobiltelefonie nicht mit anderen Kommunikationsformen austauschbar sei, weil nur Mobiltelefonie ortsungebunden möglich sei, sei falsch (vgl. Beschwerde Ziff. 224). Dass jedes Kommunikationsmittel besondere Eigenschaften habe, schliesse eine Substituierbarkeit nicht aus. Offensichtlich bestünden zahlreiche Substitutionsmöglichkeiten zur Mobiltelefonie.

Alternative Kommunikationsmittel seien z.B. (vgl. Beschwerde Ziff. 223) VoIP-Dienste (Telefonieren über Internet in den verschiedensten Varianten, z.B. Skype, Vonage, Econostream), Dual Mode Telefone (Telefonieren über PWLAN Hotspots an öffentlichen Orten bzw. zu Hause via Bluetooth über DSL/POTS), Instant Messaging (Dienst, der es ermögliche, in Echtzeit zu "chatten", kurze Nachrichten an andere Teilnehmer über ein Fest- wie Mobilfunknetz zu schicken oder Dateien auszutauschen), Video (Video Calls, Video Conferencing und Video Mail), Blogs bzw. Weblogs (Webseiten, die periodisch neue Einträge enthielten), E-Mail push and pull (Senden und Abrufen von E-Mails über mobile Geräte), SMS sowie Mobile Chat (könne für private und geschäftliche Textkommunikation in Echtzeit verwendet werden).

b) Die Vorinstanz weist darauf hin, dass jede technische Möglichkeit, Informationen auszutauschen, verschiedene besondere Eigenschaften aufweise (vgl. Verfügung Ziff. 84). VoIP-Dienste, wie z.B. Skype, würden in aller Regel von einem breitbandfähigen *Fest*netzanschluss aus getätigt. Sie kämen als Substitute zur Mobiltelefonie deshalb nicht in Frage. Sollten VoIP-Dienste ausnahmsweise über einen PWLAN Hotspot angeboten werden, könne dies ebenfalls nicht als Substitut zum Mobilfunknetz angesehen werden, da die Abdeckung mit PWLAN (Public Wireless LAN [Local Area Network]) nur punktuell und die Verbindungsqualität gering sei (vgl. Verfügung Ziff. 95, Vernehmlassung Ziff. 44, sowie das "Gutachten IC" vom 20. November 2006 Ziff. 38 f., veröffentlicht in: RPW 2006/4, S. 739).

c) Bereits aus dem früher Ausgeführten ergibt sich, dass Endkunden alle diejenigen Kommunikationsmittel nicht als gleichwertige Alternativen zu netzübergreifenden Sprachanrufen auf ein Mobilfunknetz ansehen, welche an einen bestimmten Standort gebunden sind.

Solche standortabhängigen alternativen Kommunikationsformen verfügen nicht über die spezifischen Vorteile der mobilen Kommunikation. Sie scheiden deshalb von vornherein als mögliche Substitute zur Mobiltelefonie aus (vgl. E. 9.5.4.4 betr. "fixe – mobile Telefonie"). In diese Kategorie fällt insbesondere die Internettelefonie (VoIP [= Voice over Internet Protocol]-Dienste), sofern sie festnetzbasiert erfolgt (vgl. zum Verhältnis der Internettelefonie und der *festnetz*gebundenen Sprachtelefonie ELSPASS, a.a.O., S. 151, nach welchem von getrennten relevanten Märkten für leitungsvermittelte Festnetztelefonie und Internettelefonie auszugehen ist).

Wird Internettelefonie *standortunabhängig* angeboten, kommt sie als gleichwertige Alternative zur Mobiltelefonie zwar grundsätzlich in Frage. Es ist aber nicht anzuzweifeln, dass die dazu erforderliche technologische Infrastruktur (wie PWLAN, Hotspots) im vorliegend massgeblichen Zeitraum erst sehr punktuell zur Verfügung stand, so dass eine hinlängliche Substitutionsbeziehung zur Mobiltelefonie mit der Vorinstanz zu verneinen ist (per 1. August 2004 standen 595 Swisscom Mobile Hotspots zur Verfügung, vgl. online unter: *www.swisshotspots.ch* > News; inzwischen bietet Public Wireless LAN mobile Dienstleistungen an über 1200 Hotspots in der Schweiz an, vgl. online unter: *www.swisscom.ch* > Internet > Internet am Hotspot). Gegen eine Substituierbarkeit spricht auch, dass die Bedeutung der Internettelefonie zumindest im vorliegend relevanten Zeitraum aufgrund der auf-

wendigen technischen Realisierung noch sehr gering und die Existenz von VoIP-Angeboten den Endkunden häufig nur unzureichend bekannt war (vgl. ELSPASS, a.a.O., S. 151).

Ferner kommen alle diejenigen alternativen Kommunikationsmittel nicht als Substitute zur Mobiltelefonie in Betracht, welche zwar ortsungebunden einsetzbar sind, aber einzig der Übermittlung von *Daten* dienen. Wie früher dargelegt, hat die Vorinstanz die relevanten "Wholesale"-Märkte zu Recht auf die Sprachtelefonie beschränkt, da Datendienste aus Endkundensicht keine gleichwertige Alternative zur Sprachkommunikation darstellen (vgl. E. 9.5.4.3 betr. "Daten – Sprache").

Datenbasierte und schriftliche Kommunikationsdienstleistungen sind neben SMS, E-Mail ("push and pull") auch das von der Beschwerdeführerin genannte Instant Messaging (u.a. "chatten" in Echtzeit) sowie Mobile Chat und Blogs bzw. Weblogs. Alle diese Dienste bilden – selbst wenn sie ortsungebunden zur Verfügung stehen und eine Textkommunikation in Echtzeit ermöglichen – keine gleichwertige Alternative zu Sprachanrufen in ein Mobilfunknetz.

Damit hat sich der Kreis der als Substitute zur Mobiltelefonie in Frage kommenden alternativen Kommunikationsmittel auf diejenigen reduziert, welche mobil einsetzbar sind und eine Sprachkommunikation in Echtzeit ermöglichen. Wie bereits gezeigt, ist die vor diesem Hintergrund grundsätzlich denkbare Einbeziehung der standortunabhängigen Internettelefonie in die vorinstanzlich vorgeschlagenen "Wholesale"-Märkte im Ergebnis abzulehnen.

Gleiches gilt für die von der Beschwerdeführerin ins Feld geführten Video-Dienste (Video Calls, Video Conferencing). Mit diesen werden zwar Bild und Ton – und damit auch die Sprache – übermittelt. Es handelt sich jedoch um Breitband-Dienste, welche über die bisherigen GSM-Netze noch nicht angeboten werden konnten, sondern Übertragungsnetze der sog. dritten Generation der Mobilkommunikation erfordern, welche deutlich höhere Datenraten übertragen können (sog. UMTS Mobilfunkstandard).

Auch sind für die Nutzung von UMTS und den darauf beruhenden multimedialen Datendiensten spezielle UMTS-fähige Endgeräte (Handys, Personal Digital Assistants, Laptops mit Spezialkarten etc.) erforderlich (vgl. BAKOM, Faktenblatt UMTS vom 16. November 2004, online

unter: *www.bakom.admin.ch* > Themen > Technologie > Telekommunikation > UMTS sowie zur Videotelefonie über UMTS online unter: *www.teltarif.ch* > Mobilfunk > Videotelefonie). Das Bundesverwaltungsgericht geht davon aus, dass die Entwicklung und Verbreitung dieser Technologie im vorliegend relevanten Zeitraum noch zu wenig fortgeschritten war, als dass sie aus Endkundensicht eine hinlängliche Substitutionsmöglichkeit zur Mobiltelefonie dargestellt hätte.

Andere alternative mobile Kommunikationsmittel, welche als Substitute an die Stelle der Mobiltelefonie treten könnten, sind nicht ersichtlich. Die Beschwerdeführerin dringt damit auch mit dieser Rüge nicht durch (vgl. auch Entwurf Reg TP, a.a.O., S. 30, der das gleiche Ergebnis festhält).

9.5.4.6 Als Ergebnis der Prüfung der Substitutionsmöglichkeiten aus der Sicht der nachgelagerten Nachfrage der Endkunden kann festgehalten werden: Die Endkunden der Fernmeldedienstanbieterinnen verfügen über keine Möglichkeiten, die Mobilterminierungsleistungen der Mobilfunkanbieterinnen zu umgehen. Damit bestehen keine "abgeleiteten Substitutionsmöglichkeiten", gestützt auf welche die Marktabgrenzung der Vorinstanz auszuweiten wäre.

9.5.5 Fazit: sachliche Marktabgrenzung

Da, wie in der E. 9.5.3 dargelegt, auch aus der Sicht der Marktgegenseite weder nachfrage- noch angebotsseitige Substitutionsmöglichkeiten zur Terminierung eines Anrufs in ein bestimmtes Mobilfunknetz bestehen, bleibt es bei der von der Vorinstanz vorgenommenen Abgrenzung des sachlich relevanten Markts.

Die Beschwerdeführerin bringt nichts Weiteres vor, was ein Abweichen davon nahelegen würde. Es steht damit fest, dass die Marktabgrenzung der Vorinstanz mit Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU sowie mit der Lehre, Rechtsprechung und der europäischen Praxis übereinstimmt. Zudem stützen die Fachbehörden, BAKOM und ComCom, die vorinstanzliche Marktdefinition (vgl. E. 9.3.3, Stellungnahmen vom 1. bzw. 7. Juli 2005 [vgl. Vorinstanz act. 222, 223, 245, 246, 341 Beilagen 19 und 20]).

9.6 Örtliche Marktabgrenzung

9.6.1 Der *räumlich* relevante Markt umfasst sodann dasjenige Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt um-

fassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU; BORER, a.a.O., Rz. 14 zu Art. 5 KG; SILVIO VENTURI, in: Tercier/Bovet [Hrsg.], a.a.O., Rz. 37-42 zu Art. 10 KG; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 551).

9.6.2 Nach der Darstellung der Vorinstanz umfasst der räumlich relevante Markt die ganze Schweiz (vgl. Verfügung Ziff. 136-139 sowie das "Gutachten IC" vom 20. November 2006 Ziff. 43 f., veröffentlicht in: RPW 2006/4, S. 739). Die Mobilfunkanbieterinnen böten die Terminierung in der ganzen Schweiz an, während die Fernmeldedienstanbieterinnen im In- und Ausland die Terminierung ebenfalls auf dem gesamtschweizerischen Gebiet bezögen. Die Ausdehnung auf das Gebiet der Schweiz ergebe sich ferner aus den Fernmeldekonzessionen der Mobilfunkanbieterinnen (vgl. Verfügung Ziff. 137). Eine differenzierte geografische Marktabgrenzung in verschiedene Regionen sei nicht vorzunehmen, da die Mobilfunkanbieterinnen überall in der Schweiz tätig seien und die Intensität der Wettbewerbsverhältnisse in der ganzen Schweiz ähnlich sei (vgl. Verfügung Ziff. 138).

Die Beschwerdeführerin stellt diese Abgrenzung zu Recht nicht in Frage.

9.6.3 Es bleibt daher auch bei der von der Vorinstanz korrekt vorgenommenen Abgrenzung des räumlich relevanten Markts.

9.7 Zeitliche Marktabgrenzung

9.7.1 Schliesslich kann es in gewissen Situationen Sinn machen, auch in *zeitlicher* Hinsicht zu prüfen, ob eine Substituierbarkeit gegeben ist (vgl. AMGWERD, a.a.O., Rz. 202; VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, a.a.O., N. 1337). Die Abgrenzung in zeitlicher Hinsicht ist in der Regel von geringerer Bedeutung und lediglich ausnahmsweise vorzunehmen (vgl. ROGER ZÄCH/RETO A. HEIZMANN, Markt und Marktmacht, in: Geiser/Krauskopf/Münch [Hrsg.], Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Basel 2005, S. 34, 37; HEIZMANN, a.a.O., Rz. 179 ff., 277 f., 750).

9.7.2 Vorliegend ist unbestritten, dass die Mobilfunkanbieterinnen die Dienstleistung der Mobilterminierung im sanktionierten Zeitraum (1. April 2004 - 31. Mai 2005) ohne Unterbrechung angeboten und nachgefragt haben. Zudem hat sich mit Bezug auf diesen Zeitraum ergeben, dass weder aus der Sicht der Marktgegenseite noch der Endkunden Substitutionsmöglichkeiten bestanden haben. Für die daran anschliessende Periode wird gegebenenfalls neu geprüft werden

müssen, ob sich die Verhältnisse aufgrund der technischen Entwicklung geändert haben. Für den sanktionierten Zeitraum erweist sich die vorinstanzliche Marktabgrenzung jedoch als korrekt.

9.8 Gesamtfazit: Marktabgrenzung

Im Ergebnis ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz für den der Sanktion zugrunde liegenden Zeitraum vom 1. April 2004 bis 31. Mai 2005 die folgenden drei sachlich relevanten Märkte abgegrenzt hat:

Je einen "Wholesale"-Markt für in die Mobilfunknetze von Orange, Sunrise und der Beschwerdeführerin eingehende Fernmeldedienste bzw. für die Terminierung von Anrufen im Bereich der Sprachtelefonie in die Mobilfunknetze von Orange, Sunrise und der Beschwerdeführerin (vgl. Verfügung Ziff. 135). In räumlicher Hinsicht können diese Märkte auf das Gebiet der Schweiz begrenzt werden.

10. Marktstellung

10.1 Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens

Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG gilt ein Unternehmen als marktbeherrschend, wenn es in der Lage ist, sich auf einem Markt von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Zur Beurteilung der Frage der Marktbeherrschung stellt das Kartellrecht auf Verhaltens- bzw. Preissetzungsspielräume ab, welche marktbeherrschende Unternehmen gegenüber anderen Marktteilnehmern haben. Solche Spielräume bestehen nicht, wenn Unternehmen durch genügend Wettbewerbsdruck in ihrem Verhalten diszipliniert werden (vgl. Amgwerd, a.a.O., Rz. 226, 231; Carole Bührer/Stefan Renfer, Medienkonzentration im Spannungsverhältnis zwischen Kartellgesetz und neuem Radio- und Fernsehgesetz, Jusletter vom 9. Oktober 2006, Rz. 25; Zäch, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 532, 572; ähnlich auch die Umschreibung des "unabhängigen Verhaltens" nach Art. 4 Abs. 2 KG bei Schmidhauser, a.a.O., Rz. 66 f., 69 zu Art. 4 KG).

Zur Untersuchung der Stellung eines Unternehmens auf einem Markt sind alle jeweils konkret relevanten Kriterien im Sinne einer Gesamtprüfung der Verhältnisse heranzuziehen (vgl. Heizmann, a.a.O., Rz. 305, mit Hinweis auf den – in RPW 1998/4, S. 674, E. 4.1 veröffentlichten – Entscheid der REKO/WEF; Lucas David/Reto Jacobs, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 4. Aufl., Bern 2005, Rz. 537). Zu den massgeblichen Kriterien zählen die Marktstrukturdaten, d.h. insbesondere der

Marktanteil des in Frage stehenden Unternehmens und die Marktanteile der übrigen, auf dem gleichen Markt agierenden Konkurrentinnen sowie deren Entwicklung (vgl. CLERC, a.a.O., Rz. 101 f. zu Art. 4 Abs. 2 KG; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 583). Ebenfalls relevant sind die Eigenschaften des betreffenden Unternehmens, wie etwa dessen Finanzkraft und Grösse sowie andere marktspezifische Eigenschaften, die eine Marktbeherrschung indizieren können, sein Marktverhalten, aber auch die Offenheit des betreffenden Markts, d.h. der potenzielle Wettbewerb (vgl. CLERC, a.a.O., Rz. 101 f. zu Art. 4 Abs. 2 KG; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 584, 586 f.).

Abweichend von dem in der Zusammenschlusskontrolle verlangten Marktbeherrschungsgrad (Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG) wird bei der – vorliegend in Frage stehenden – Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen keine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs verlangt; dessen Beschränkung ist ausreichend (Art. 7 Abs. 1 KG; vgl. Swissgrid-Entscheid, veröffentlicht in: RPW 2006/2, S. 319 [vom Bundesgericht bestätigt in BGE 133 II 104 E. 6.3. S. 108] sowie Entscheid i.S. *Berner Zeitung/Tamedia AG*, veröffentlicht in: RPW 2006/2, S. 366 [vom Bundesgericht bestätigt, vgl. RPW 2007/2, S. 335]; weitergehend ROGER ZÄCH/ADRIAN KÜNZLER, Marktbeherrschung – Bedeutung des Tatbestandsmerkmals in Art. 7 und Art. 10 Abs. 2 KG, in: Peter V. Kunz [Hrsg.], Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Roland von Büren, Basel 2009, S. 469 ff.).

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist nicht ein Nachweis der marktbeherrschenden Stellung im Sinne eines Vollbeweises zu erbringen; vielmehr hat die Vorinstanz im Rahmen ihrer Erwägungen abzuwägen, ob im konkreten Fall von einer Marktbeherrschung auszugehen ist, und diesen Entscheid genügend zu begründen. An die Begründungspflicht und -dichte sind hohe Anforderungen zu stellen (vgl. BVGE 2009/35 E. 7.4, m.w.H.).

In der Praxis erfolgt die Beurteilung der Marktstellung eines angeblich marktbeherrschenden Unternehmens regelmässig in der Rangfolge aktueller Wettbewerb, potenzieller Wettbewerb und Stellung der Marktgegenseite. Unter Umständen wird die Prüfung jedoch auf weitere in Frage kommende disziplinierende Einflüsse ausgedehnt – namentlich auf solche aus dem nachgelagerten Markt – und geprüft, ob diese ausreichend stark sind, um ein unabhängiges Verhalten einzuschränken (vgl. AMGWERD, a.a.O., Rz. 205; HEIZMANN, a.a.O., Rz. 14, 305, 332; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 582).

10.2 Standpunkte zur Marktstellung

10.2.1 Die Vorinstanz vertritt die Auffassung, die Beschwerdeführerin habe auf dem für sie relevanten "Wholesale"-Markt für die Terminierung von Sprachanrufen in ihr Mobilfunknetz bis am 31. Mai 2005 über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügt.

Es habe im relevanten Markt weder ein aktueller noch ein potenzieller Wettbewerb bestanden. Auch vom nachgelagerten Markt (Endkundenmarkt für Mobilfunkdienstleistungen bzw. "Retail-Markt"), auf dem die Beschwerdeführerin eine starke Stellung habe, und der Marktgegenseite (Orange und Sunrise) gingen keine Kräfte aus, welche sich disziplinierend auf das Verhalten der Beschwerdeführerin im relevanten Markt ausgewirkt hätten.

Demgegenüber sei davon auszugehen, dass Orange und Sunrise ihre "Terminierungsgebühren" auf dem für sie relevanten Markt für die Terminierung von Sprachanrufen in das eigene Mobilfunknetz in der Zeit bis zum 31. Mai 2005 nicht unabhängig hätten festlegen können. Die beiden Mobilfunkanbieterinnen hätten ihre Preise an das von der Beschwerdeführerin festgelegte Preisniveau angleichen müssen und seien somit nicht marktbeherrschend gewesen. Dies ergebe sich aufgrund der schwachen Position von Orange und Sunrise auf dem nachgelagerten Endkundenmarkt, des Vorhandenseins sog. preisinduzierter Netzwerkeffekte sowie aufgrund der starken Position der (damaligen) Swisscom Mobile und der Swisscom Fixnet als Hauptnachfrager von Terminierungsleistungen.

10.2.2 Die Beschwerdeführerin macht unter Berufung auf die von ihr eingeholte Begutachtung durch Prof. Dr. phil. Carl Christian von Weizsäcker (vgl. Beschwerde Beilagen 11-13) geltend, auf den vorstehend abgegrenzten relevanten Märkten verfüge kein Unternehmen über eine marktbeherrschende Stellung. Keine der Anbieterinnen von Fernmeldediensten sei in der Lage, ihre "Terminierungsgebühr" in wesentlichem Umfang unabhängig von den anderen Fernmeldedienstanbieterinnen festzulegen.

Einerseits werde die Handlungsfreiheit aller Fernmeldedienstanbieterinnen durch den Zwang zur Interkonnektion eingeschränkt. Keine Fernmeldedienstanbieterin könne sich erlauben, andere Fernmeldedienstanbieterinnen zu boykottieren oder bei Vertragsverhandlungen zu drohen, die Terminierungsleistungen nicht zu erbringen.

Auch könne eine Fernmeldedienstanbieterin die "Terminierungsgebühren" nicht einseitig diktieren, weil die Bestimmungen des Fernmeldegesetzes für alle disziplinierend wirkten (Disziplinierung durch den regulatorischen Rahmen).

Eine allfällige Marktmacht einer Mobilfunkanbieterin bei der Preisverhandlung werde zudem durch die sog. Reziprozitätsbeziehung zwischen den Mobilfunkanbieterinnen verhindert. Eine Mobilfunkanbieterin könne nicht über ihre "Terminierungsgebühren" verhandeln, ohne dass die anderen Mobilfunkanbieterinnen im Gegenzug ihre eigenen "Terminierungsgebühren" in der Verhandlung berücksichtigten.

Des Weiteren sei zu beachten, dass die Beschwerdeführerin seit Beginn der Marktöffnung nie in der Lage gewesen sei, ihre eigenen "Terminierungsgebühren" auf gleichem oder höherem Niveau wie Orange und Sunrise anzusetzen und deshalb einen Verlust aus der Terminierung mit den anderen Mobilfunkanbieterinnen mache. Aufgrund ihrer tieferen "Terminierungsgebühr" könne die Beschwerdeführerin nämlich immer nur geringere Einnahmen aus der mobile-to-mobile Terminierung generieren als Orange und Sunrise und müsse Nettozahlungen in Millionenhöhe an diese leisten. Dass die Beschwerdeführerin in dieser Hinsicht nicht reagieren könne, zeige, dass sie nicht marktbeherrschend sei.

Werde die Beschwerdeführerin unzutreffenderweise als marktbeherrschend betrachtet, müssten konsequenterweise alle Mobilfunkanbieterinnen – und nicht die Beschwerdeführerin allein – für die Terminierung in ihr eigenes Netz marktbeherrschend sein. Die Vorinstanz begründe nicht stichhaltig, weshalb einzig die Beschwerdeführerin marktbeherrschend sein solle.

Mit der Theorie der preisinduzierten Netzwerkeffekte könne eine unterschiedliche Behandlung der drei Mobilfunkanbieterinnen bezüglich der Feststellung der Marktposition nicht begründet werden. Auch schätze die Vorinstanz den Einfluss des nachgelagerten Markts sowie den Handlungsspielraum und die Marktstellung von Orange und Sunrise falsch ein. Letztere seien äusserst starke und aggressive Konkurrentinnen, die mittels innovativer und preislich kompetitiver Angebote erheblichen Wettbewerbsdruck ausübten. Entgegen der Annahme der Vorinstanz könne nicht von einer überaus starken Position der Beschwerdeführerin auf dem Retail-Markt ausgegangen werden.

10.2.3 Die ComCom und das BAKOM betonen, dass eine Mobilfunkanbieterin auf ihrem Netz naturgemäss eine 100-prozentige Dominanz habe und die "Terminierungsgebühr" unabhängig von den anderen Marktteilnehmern festlegen könne (vgl. Stellungnahmen vom 6. bzw. 1. Juli 2005; Vorinstanz act. 245 f., 341 Beilagen 19 und 20). Jede Mobilfunkanbieterin habe bei der Terminierung in ihr Netz eine marktbeherrschende Stellung.

Der Argumentation der Vorinstanz, dass nur die Beschwerdeführerin marktbeherrschend sei, nicht aber Orange und Sunrise, könne man nicht folgen. Die meisten Regulierungsbehörden Europas und die EU-Kommission seien der Ansicht, dass jede Mobilfunkanbieterin mit eigenem Netz betreffend die Terminierung marktbeherrschend sei.

10.3 Eingrenzung der Fragestellung

10.3.1 Strittig und im Folgenden zu prüfen ist, ob die Beschwerdeführerin in dem der vorinstanzlichen Sanktion zugrunde gelegten Zeitraum (1. April 2004 bis 31. Mai 2005) auf dem für sie relevanten Markt über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügte oder aber, ob das Verhalten der Beschwerdeführerin auf dem relevanten Markt durch genügend Wettbewerbsdruck diszipliniert wurde.

10.3.2 Nicht Gegenstand der nachfolgenden Prüfung bildet die Frage, wie es sich mit der Marktbeherrschung der beiden Mobilfunkanbieterinnen Sunrise und Orange auf dem für sie jeweils relevanten Markt für die Terminierung von Sprachanrufen in ihr eigenes Mobilfunknetz verhält, da die Vorinstanz die Untersuchung gegenüber Orange und Sunrise für Sachverhalte bis zum 31. Mai 2005 ohne Auferlegung einer Sanktion eingestellt hat.

10.3.3 Das Bundesverwaltungsgericht hat die Darstellung der Vorinstanz auf ihre Vereinbarkeit mit Bundesrecht zu überprüfen und zu beurteilen, ob die Vorinstanz die angebliche marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführerin in ihren Erwägungen umfassend und klar begründet hat, d.h. ob der Entscheid der Vorinstanz hinsichtlich der Marktbeherrschungsfrage die (hohen) Anforderungen an die Begründungspflicht und -dichte erfüllt (vgl. vorstehend E. 10.1 sowie BVGE 2009/35 E. 7.4, m.w.H.). Geht es um die Beurteilung technischer oder wirtschaftlicher Spezialfragen, in denen die Vorinstanz über ein besonderes Fachwissen verfügt, ist nur bei erheblichen Grün-

den von der Auffassung der Vorinstanz abzuweichen (vgl. E. 5.6.4.2, m.w.H.).

10.4 Aktueller und potenzieller Wettbewerb

10.4.1 Die Vorinstanz führt aus (vgl. Verfügung Ziff. 141 ff.), dass sowohl Orange als auch Sunrise und die Beschwerdeführerin in den drei abgegrenzten Märkten jeweils einen Marktanteil von 100 % hätten und damit über eine Monopolstellung verfügten.

Um Verbindungen in alle drei Mobilfunknetze sicherstellen zu können, müsse eine Fernmeldedienstanbieterin alle Terminierungen (diejenige von Orange, Sunrise und der Beschwerdeführerin) einkaufen. Es bestehe daher kein aktueller Wettbewerb, der eine disziplinierende Wirkung auf das Verhalten der Mobilfunkanbieterinnen ausüben könnte.

Selbst wenn in der Schweiz eine neue Mobilfunkanbieterin auftreten würde, hätte dies in den abgegrenzten Märkten keinen Einfluss. Dann käme ein neuer "Wholesale-"Markt hinzu, in dem die neue Mobilfunkanbieterin ebenfalls einen Marktanteil von 100 % hätte. Die anderen vorhandenen Fernmeldedienstanbieterinnen müssten dann auch noch bei der neuen Mobilfunkanbieterin die Terminierung in deren Netz einkaufen. Es bestehe daher auch kein potenzieller Wettbewerb, welcher eine disziplinierende Wirkung auf das Verhalten der Mobilfunkanbieterinnen ausüben könnte.

10.4.2 Die Beschwerdeführerin stellt diese Darstellung zu Recht nicht in Abrede. Sie bringt nichts vor, gestützt darauf entgegen der Vorinstanz geschlossen werden müsste, dass die Beschwerdeführerin auf dem relevanten Markt einer ausreichend starken aktuellen oder potenziellen Konkurrenz ausgesetzt wäre.

10.4.3 Es trifft zu, dass die Beschwerdeführerin auf dem relevanten Markt für die Terminierung von Sprachanrufen in ihr eigenes Mobilfunknetz die alleinige Anbieterin ist. Die anderen Anbieterinnen von Fernmeldediensten müssen die Verbindung zum Mobilfunknetz der Beschwerdeführerin und damit die Terminierung in dieses Netz sicherstellen, ohne dass sie technisch über eine Ausweichmöglichkeit verfügen (vgl. die Erwägungen zu den [fehlenden] Substitutionsmöglichkeiten aus der Sicht der Marktgegenseite, E. 9.5.3).

Wie die Vorinstanz richtig festhält, verfügt die Beschwerdeführerin auf dem für sie relevanten Markt über einen Marktanteil von 100 %, d.h.

über eine "Monopolstellung" (gleiches gilt für Orange und Sunrise auf dem jeweiligen, das eigene Mobilfunknetz betreffenden Markt). Als "Monopolistin" ist die Beschwerdeführerin keinem aktuellen Wettbewerb ausgesetzt (vgl. HEIZMANN, a.a.O., Rz. 321).

10.4.4 In Bezug auf die potenzielle Konkurrenz auf einem Markt fragt sich, ob mit einiger Wahrscheinlichkeit neue Konkurrenten kurzfristig, d.h. innerhalb von 2-3 Jahren, und ohne grossen Aufwand in den Markt eintreten könnten, was in der Regel nicht der Fall ist, wenn der Markteintritt – wie hier – hohe Investitionen erfordert (vgl. statt vieler DAVID/JACOBS, a.a.O., Rz. 540; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 584).

Vorliegend bestehen jedoch weder Hinweise noch wird argumentiert, inwiefern andere Unternehmen in der Lage wären, in naher Zukunft als Wettbewerber neu in den für die Beschwerdeführerin relevanten Markt einzutreten. Voraussetzung dazu wären das Vorhandensein und die Möglichkeit, neue Technologien zu nutzen, mit welchen ein neuer Wettbewerber die Mobilterminierung im Mobilfunknetz der Beschwerdeführerin substituieren könnte. Da jedoch keine Hinweise vorliegen, dass entsprechende Technologien in den dem untersuchten Zeitraum folgenden Jahren greifbar waren, betont die Vorinstanz zu Recht, dass ein Auftritt einer neuen Mobilfunkanbieterin nichts anderes als das Hinzutreten eines weiteren relevanten Markts für die Terminierung von Sprachanrufen in das Mobilfunknetz der neuen Mobilfunkanbieterin zur Folge hätte (mangels Möglichkeiten, die Mobilterminierung im neuen Mobilfunknetz zu substituieren). Eine neue Mobilfunkanbieterin wäre im Übrigen mit erheblichen Marktzutrittsschranken konfrontiert (u.a. Erfordernis einer Mobilfunkkonzession, hohe Anfangsinvestitionen, [Grössen-]Vorteile der etablierten Anbieterinnen [vgl. in diesem Sinne das "Gutachten IC" vom 20. November 2006 Ziff. 70, veröffentlicht in: RPW 2006/4, S. 739]).

Damit ist auch die Folgerung der Vorinstanz, dass kein potenzieller Wettbewerb besteht, nicht in Frage zu stellen.

10.5 Zwischenergebnis

10.5.1 Als Zwischenergebnis steht fest, dass die Beschwerdeführerin im fraglichen Zeitraum auf dem relevanten Markt weder aktueller noch potenzieller Konkurrenz ausgesetzt war. Die beiden Prüfkriterien ergeben keine Hinweise auf einen allfälligen, den Verhaltensspielraum der Beschwerdeführerin einschränkenden Wettbewerbsdruck. Es han-

delt sich im Gegenteil um Indikatoren, die eine marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführerin nahelegen.

10.5.2 Die Praxis der Wettbewerbsbehörden schliesst verschiedentlich allein aufgrund von fehlendem aktuellen und potenziellen Wettbewerb darauf, dass das betreffende Unternehmen nach Art. 4 Abs. 2 KG marktbeherrschend sei (vgl. etwa die Gutachten der Wettbewerbskommission gemäss Art. 47 KG vom 23. Juni 2008 betreffend Mietleitungen [veröffentlicht in: RPW 2008, S. 751 ff.] und 7. Juli 2008 betreffend Kabelkanalisationen [veröffentlicht in: RPW 2008, S. 760 ff.]).

10.5.3 Unternehmen mit monopolartiger Stellung werden grundsätzlich ungeachtet ihrer Entstehungsart ohne Weiteres als marktbeherrschend beurteilt (vgl. in diesem Sinne auch BGE 132 II 257 E. 3.3.1 [wonach "bei der Swisscom Fixnet AG {...} diese faktische Marktbeherrschung {...} auf den früheren Vorrechten ihrer Rechtsvorgängerin als Monopolistin im Fernmeldewesen" gründet]; Heizmann, a.a.O., Rz. 321, m.w.H.; Peter R. Fischer/Oliver Sidler, Fernmelderecht, in: Weber [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht Bd. V [Informations- und Kommunikationsrecht, Teil 1], 2. Aufl., Basel/Genf/München 2003, Rz. 135 und 143, S. 169 ff.; BGer, Urteil 2A_142/2003 vom 5.9.2003 E. 4.2.3. [wonach sich die Cablecom GmbH bei der Übertragung von Fernsehsignalen über CATV-Netze mit einer Marktabdeckung von 46 % von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten könne, da de facto jeweils ein Gebietsmonopol bestehe, so dass es sich bei den zahlreichen übrigen grösseren und kleineren Kabelunternehmen nicht um eigentliche Konkurrenten der Cablecom handle]; Georg-Klaus de Bronett, in: Wiedemann [Hrsg.], a.a.O., § 22 Rz. 18, S. 906 und Gerhard Wiedemann, in: Wiedemann [Hrsg.], a.a.O., § 23 Rz. 16 f., S. 983 [wonach eine Monopolstellung in jedem Fall eine beherrschende Stellung im Sinne von Art. 82 EG-Vertrag begründe. Gemäss § 19 Abs. 2 erster Satz Nr. 1 des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB, sei ein Unternehmen marktbeherrschend, "soweit es als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen *ohne Wettbewerber oder keinem wesentlichen Wettbewerb* ausgesetzt ist {...}. Die Fälle, in denen das Unternehmen auf dem relevanten Markt ohne Wettbewerber – also Monopolist – ist", würden "regelmässig keine Subsumtionsprobleme" aufwerfen]).

10.5.4 Vorliegend scheint es jedoch durchaus vertretbar, dass die Vorinstanz die Prüfung *ausnahmsweise* – zur Gewährleistung einer

umfassenden Gesamtbetrachtung aller allenfalls zusätzlich massgebenden Umstände – trotz fehlenden aktuellen und potenziellen Wettbewerbs und der "Monopolstellung" der Beschwerdeführerin (wie auch von Sunrise und Orange) *zu Gunsten* der Beschwerdeführerin auf weitere in Frage kommende disziplinierende Einflüsse ausgedehnt hat.

10.5.5 Vor diesem Hintergrund fragt sich nachfolgend, ob die Schlussfolgerung – dass auch die geprüften weiteren Kräfte nicht ausreichend stark sind, um zu verhindern, dass sich die Beschwerdeführerin auf dem relevanten Markt im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG in wesentlichem Umfang unabhängig von anderen Marktteilnehmern verhalten konnte – hinlänglich begründet ist, oder aufgrund der Einwände der Beschwerdeführerin davon abgewichen werden muss.

10.6 Einfluss des nachgelagerten Markts

10.6.1 Darstellung der Vorinstanz

Nach der Vorinstanz ist eine Analyse des Einflusses des nachgelagerten Markts (Endkundenmarkt bzw. "Retail-Markt") notwendig, da jede im "Wholesale"-Markt beobachtete Minute von einem Retail-Kunden (Endkunde) ausgelöst werde. Wenn folglich eine Mobilfunkanbieterin im Retail-Markt schwach sei, so könne sie sich im "Wholesale"-Markt unter Umständen nicht unabhängig verhalten. Im vorliegenden Fall ergebe sich, dass die Beschwerdeführerin bis am 31. Mai 2005 eine starke Position auf dem nachgelagerten Markt eingenommen habe. Von diesem seien daher keine das Verhalten der Beschwerdeführerin auf dem relevanten Markt disziplinierenden Kräfte ausgegangen. Die Beschwerdeführerin sei deshalb für den Zeitraum bis zum 31. Mai 2005 als marktbeherrschend im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren (vgl. Verfügung Ziff. 172).

Zur Begründung stützt sich die Vorinstanz weitgehend auf Daten der Fernmeldestatistik des BAKOM und weist im Wesentlichen auf Folgendes hin:

<u>Vergleich Festnetz – Mobilfunk</u>

Ein Vergleich der Anzahl Anschlüsse und Verbindungen sowie der durchschnittlichen Dauer von Gesprächen im Fest- bzw. Mobilfunkbereich im Jahr 2004 zeige, dass der Mobilfunkbereich Ende 2004 deutlich mehr Anschlüsse aufgewiesen habe als der Festnetzbereich (6'274'763 gegenüber 4'008'460). Trotzdem habe es im Mobilfunk-

bereich weniger (3'579 gegenüber 5'766) und deutlich kürzere (1.51 gegenüber 3.39 Minuten) Gespräche als im Festnetzbereich gegeben.

Entwicklung der Anzahl Mobilfunkanschlüsse von 1998 - 2004

Die Entwicklung (bildlich dargestellt in der Ziff. 150/Abbildung B-3 der angefochtenen Verfügung) zeige ein abnehmendes Wachstum im Mobilfunkbereich. Der Endkundenmarkt scheine eine gewisse Sättigung erreicht zu haben. Für den Beginn einer Marktreife spreche auch die hohe Anzahl der Mobilfunkanschlüsse, welche bereits höher als im Festnetz sei.

Marktanteile und Marktanteilsentwicklung der drei Mobilfunkanbieterinnen im Endkundenmarkt von 1999 - 2004

Die Marktanteile der Beschwerdeführerin sowie von Sunrise und Orange seien etwa seit dem Jahr 2000 auf ähnlichem Niveau stehen geblieben, nämlich bei ca. 60 % (Beschwerdeführerin) bzw. je rund 20 % (Sunrise und Orange; bildlich dargestellt in der Ziff. 152/Abbildung B-4 der angefochtenen Verfügung).

Alle drei Anbieterinnen hätten folglich in ähnlichem Umfang vom Marktwachstum profitieren können. Entgegen ihrer früheren Annahme (vgl. Verfügung der Wettbewerbskommission vom 3. Dezember 2001, veröffentlicht in: RPW 2002/1, S. 97) sei der damals mutmasslich unmittelbar bevorstehende Markteintritt einer weiteren international tätigen Fernmeldedienstanbieterin (3G Mobile, Telefonica) nicht erfolgt. Auch sei es den beiden neu in den Markt eingetretenen Mobilfunkanbieterinnen Orange und Sunrise trotz teilweise deutlich tieferer Endkundenpreise und vergleichbarer Netzabdeckung nicht gelungen, ihre Marktanteile auszubauen. Aus heutiger Sicht sei daher in Frage zu stellen, ob im Retail-Markt für abgehende mobile Fernmeldedienste ein gewisser Wettbewerb bestehe.

Endkundenpreise der drei Mobilfunkanbieterinnen (Sprachkommunikation, per 31. Mai 2005)

Die Wettbewerbskommission habe sowohl die Abonnementsgebühren als auch die Minutenpreise sämtlicher Angebote der drei Mobilfunkanbieterinnen analysiert (ohne Subventionen der Endgeräte) und daraus für jede Mobilfunkanbieterin die sog. optimale Angebotskurve abgeleitet. Diese zeige die aus Endkundensicht preislich optimalen Angebote in Abhängigkeit der pro Monat telefonierten Minuten bzw. die jeweils optimale Mobilfunkanbieterin (bildlich dargestellt in den

Ziff. 154 und 157 [Abbildungen B-5 und B-6] der angefochtenen Verfügung).

Aus dem Preispfad gehe hervor, dass selbst ein Mobilfunkkunde, welcher 1000 Minuten pro Monat telefoniere, immer noch durchschnittlich ca. 30 Rappen pro telefonierte Minute bezahlen müsse. Die optimalen Angebotskurven würden für die drei Mobilfunkanbieterinnen insbesondere in den umsatzstarken Segmenten relativ gleichartig verlaufen und sich mit wachsender Minutenzahl angleichen.

Ausserordentlich hohe Gewinne und Margen der Beschwerdeführerin

Aus der Analyse der Geschäftsberichte der Beschwerdeführerin der Jahre 2001 bis 2005 gehe hervor, dass diese in den letzten Jahren ausserordentlich hohe Gewinne sowie einen hohen Betriebsgewinn vor Abschreibungen, Zinsen und Steuern (EBITDA) ausgewiesen habe (vgl. Ziff. 249/Tabelle B-8 der angefochtenen Verfügung, wonach die Beschwerdeführerin Margen zwischen 44.4 % bis 48.0 % erwirtschaftet habe). Bei der Masszahl "Einnahmen pro Mitarbeiter", welche auch andere Geschäftsfelder berücksichtige, sei die Swisscom Gruppe im Jahr 2003 mit Abstand weltweit führend gewesen.

Bessere Netzauslastung der Beschwerdeführerin

Die Beschwerdeführerin verfüge aufgrund der höheren Kundenzahl über eine bessere Netzauslastung als Orange und Sunrise.

Preisinduzierte Netzwerkeffekte als Vorteil der Beschwerdeführerin

Die Beschwerdeführerin habe als etablierte Mobilfunkanbieterin mit dem grössten Endkundenmarktanteil von ihren hohen Preisunterschieden zwischen on-net und off-net Anrufen profitiert, d.h. von sog. preisinduzierten Netzwerkeffekten. Bei einer grossen Preisdifferenz zwischen netzübergreifenden Anrufen (off-net) und solchen innerhalb des selben Netzes (on-net) sei aus Endkundensicht die Anbieterin mit dem grössten Endkundenmarktanteil am attraktivsten, weil bei dieser die Wahrscheinlichkeit eines relativ teuren off-net-Anrufs am kleinsten ausfalle.

Ein Kunde der Beschwerdeführerin tätige ca. 60 % seiner Anrufe innerhalb des Netzes der Beschwerdeführerin und nur ca. 20 % der Anrufe würden bei Orange und ca. 20 % bei Sunrise terminiert. Ein Kunde von Orange oder Sunrise müsse hingegen ca. 80 % seiner Anrufe in fremde Netze tätigen, so dass er nur bei ca. 20 % der Anrufe von den tieferen on-net-Tarifen profitieren könne. Betreibe ein Unter-

nehmen mit einem grossen Marktanteil eine Preisdifferenzierung zwischen on-net und off-net Anrufen, habe es gegenüber kleinen Anbietern allein aufgrund des Marktanteils einen Vorteil.

Die Beschwerdeführerin habe aufgrund der preisinduzierten Netzwerkeffekte ihre starke Position im Endkundenmarkt gegenüber den kleineren Mobilfunkanbieterinnen halten oder sogar verstärken können. Aufgrund ihres grossen Endkundenmarktanteils habe sie von einem erheblichen Wettbewerbsvorteil in der Form von preisinduzierten Netzwerkeffekten profitiert.

"First mover advantage"

Bei der Beurteilung der Marktstellung sei zudem zu berücksichtigen, dass Orange und Sunrise ihre Angebote erst ca. 21 Jahre (Natel A, 1978) bzw. 6 Jahre (Natel D, 1993) nach der Beschwerdeführerin lanciert hätten (vgl. Verfügung Ziff. 163 sowie im Sachverhalt unter A.a), als Letztere bereits über ca. 1.7 Mio. Mobilfunkanschlüsse und über einen Marktanteil im Endkundenmarkt von 100 % verfügt habe (sog. "first mover advantage"). Als erheblicher Vorteil des etablierten Anbieters sei ebenfalls anzusehen, dass sich bei diesem viele Fixkosten auf wesentlich mehr Kunden bzw. Minuten verteilen würden und viele Anschaffungen bereits hätten amortisiert werden können.

Insgesamt habe die Beschwerdeführerin auf dem nachgelagerten Markt bis am 31. Mai 2005 eine starke Stellung eingenommen. Vom nachgelagerten Markt seien daher keine das Verhalten der Beschwerdeführerin auf dem relevanten Markt disziplinierenden Kräfte ausgegangen.

10.6.2 Stellungnahme BAKOM/ComCom

Die ComCom und das BAKOM teilen die Einschätzung der Vorinstanz insofern, als zutreffe, dass die Beschwerdeführerin mit einem Marktanteil von ca. 60 % eine starke Stellung im Endkundenmarkt für Mobilfunkdienste einnehme. Der Endkundenmarktanteil beeinflusse jedoch nicht die Marktstellung im relevanten Markt (vgl. Vorinstanz act. 246 Ziff. 4). Jede Mobilfunkanbieterin sei betreffend die Terminierung in das eigene Netz marktbeherrschend, so dass sich die Wettbewerbsverhältnisse im Endkundenmarkt für Mobilfunkdienste grundsätzlich nicht disziplinierend auf das Verhalten einer Mobilfunkanbieterin im Terminierungsmarkt auswirken würden (vgl. Stellungnahmen vom 1. bzw. 6. Juli 2005, Vorinstanz act. 245 f.).

10.6.3 Stellungnahme der Beschwerdeführerin

a) Die Beschwerdeführerin wendet sich zunächst grundlegend gegen die Vorgehensweise der Vorinstanz: Sie macht geltend, die Marktstellung auf dem nachgelagerten Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen sei für die Beurteilung der Markstellung auf dem "Wholesale"-Markt für die Terminierung in ein Mobilfunknetz nicht ausschlaggebend (vgl. Beschwerde Ziff. 334 ff.).

Ausgehend von der Marktdefinition der Vorinstanz und unter der – gemäss Beschwerdeführerin falschen – Annahme, dass der regulatorische Rahmen keine disziplinierende Wirkung entfalte, hätten auch kleine Mobilfunkanbieterinnen Marktmacht in Bezug auf deren eigenen Netze. Die Vorinstanz setze sich in Widerspruch zu ihrer eigenen Marktdefinition. Zweitens hätten die Verhältnisse im Retail-Bereich keine Auswirkung auf die Preisbildung der "Mobilterminierungsgebühr" im mobile-to-mobile Verkehr (vgl. Beschwerde Ziff. 335). Drittens sei der Vorwurf, dass sich die Verhältnisse im Retail-Markt auf den "Wholesale"-Markt für Terminierung auf einem bestimmten Netz ausgewirkt hätten, an keiner Stelle substantiiert (vgl. Beschwerde Ziff. 336).

b) Damit macht die Beschwerdeführerin sinngemäss geltend, die Vorinstanz hätte – mangels einer relevanten Beeinflussung – auf die Prüfung des Einflusses des nachgelagerten Markts verzichten können. Was die Beschwerdeführerin hieraus für sich ableiten will, ist nicht ersichtlich.

Zwar sind zur Klärung der Stellung eines Unternehmens auf einem bestimmten relevanten Markt in erster Linie die Verhältnisse auf diesem Markt zu untersuchen, was die Beschwerdeführerin mit dem Hinweis zum Ausdruck bringt, die Vorinstanz setze sich in Widerspruch zur eigenen Marktdefinition. Die Beschwerdeführerin verkennt jedoch nicht nur, dass die Vorinstanz dies durchaus getan hat, sondern vor allem auch, dass der ergänzende Miteinbezug des Einflusses des nachgelagerten Markts in ihrem eigenen Interesse erfolgt, um allfällige "entlastende Gesichtspunkte" zu erkennen. Mit anderen Worten geht es um die Frage, ob von der nachgelagerten Marktstufe Wirkungen ausgehen, welche die Macht der Beschwerdeführerin als "Monopolistin" auf dem relevanten Markt einschränken, so dass eine marktbeherrschende Stellung auf dem relevanten Markt trotz fehlenden aktuellen und potenziellen Wettbewerbs verneint werden könnte.

Ein Befolgen der Auffassung der Beschwerdeführerin würde bedeuten, dass es ohne Weiteres bei der Feststellung sein Bewenden hätte, dass die Beschwerdeführerin mangels aktuellen und potenziellen Wettbewerbs bzw. als "Monopolistin" auf dem relevanten Markt marktbeherrschend war. Insofern und angesichts der engen Verflechtung des vorliegend relevanten Markts mit der nachgelagerten Endkundenebene – die Nachfrage nach der Mobilterminierung auf der Vorleistungsebene und die nachgelagerte Endkundennachfrage stehen in einer festen eins-zu-eins-Relation zueinander – ist die Prüfung allfälliger disziplinierender Einflüsse aus dem nachgelagerten Markt vorliegend durchaus angezeigt.

c) Im Übrigen entspricht die Vorgehensweise der Vorinstanz jener in ähnlich gelagerten Fällen.

So hat das Bundesverwaltungsgericht die Frage des Einflusses des nachgelagerten Markts auch in seinem (rechtskräftigen) Urteil vom 12. Februar 2009 (betr. Zugang zum schnellen Bitstrom) aufgenommen (BVGE 2009/35 E. 10.4.3) und das entsprechende Gutachten der Wettbewerbskommission vom 3. September 2007 (vgl. RPW 2008/1, S. 222 Rz. 62) bestätigt.

Auch erwies es sich im Gutachten der Vorinstanz gemäss Art. 47 KG vom 3. Juni 2008 betreffend Netzzugangsverfahren und Verrechnung von Teilnehmeranschlüssen (VTA) als angezeigt, zusätzlich zum aktuellen und potenziellen Wettbewerb zu prüfen, inwiefern aus dem nachgelagerten Markt für Breitbanddienste "genügend starker Wettbewerbsdruck besteht, welcher geeignet wäre, die Verhaltensspielräume von Swisscom auf der Wholesale-Ebene zu disziplinieren" (vgl. RPW 2008/4, S. 748 ff.).

Die Wettbewerbskommission setzte sich ebenso in der Untersuchung betreffend Swisscom ADSL mit dem Einfluss der Wettbewerbsverhältnisse auf dem nachgelagerten Markt auseinander (vgl. Verfügung vom 15. Dezember 2003, veröffentlicht in: RPW 2004/2, S. 407 ff., S. 436). Der dagegen ergangene Beschwerdeentscheid der REKO/WEF vom 30. Juni 2005 (veröffentlicht in: RPW 2005/3, S. 505 ff.) hält (in seiner E. 5.3) ausdrücklich fest, dass bei vorgelagerten Märkten neben der Beurteilung des aktuellen und potenziellen Wettbewerbs auch der Einfluss der Verhältnisse auf nachgelagerten Märkten zu veranschlagen sei. Die Beschwerdeführerin kann aus diesem Beschwerdeentscheid nichts zu ihren Gunsten ableiten (vgl. insbes. die von der Beschwerde-

führerin [in Beschwerde Ziff. 337] angerufene Erwägung 5.3.4 des Beschwerdeentscheids).

10.6.4 Einfluss des nachgelagerten Markts

a) In der Sache ist die Beschwerdeführerin der Auffassung, die Vorinstanz habe den Einfluss des nachgelagerten Markts auf den "Wholesale"-Markt falsch eingeschätzt. Entgegen der Vorinstanz könne nicht von einer überaus starken Position der Beschwerdeführerin im Retail-Markt ausgegangen werden. Die angeblich starke Position der Beschwerdeführerin im Retail-Markt sei in keiner Weise substantiiert worden. Allein aus dem Marktanteil der Beschwerdeführerin im Retail-Markt könne kein Schluss auf die Marktstellung der Beschwerdeführerin im relevanten Markt gezogen werden. Es sei eine Gesamtprüfung unter Berücksichtigung von Marktstruktur, Marktverhalten und Marktergebnis notwendig.

Die Beschwerdeführerin äussert sich indes nicht dazu, inwiefern entgegen der Darstellung der Vorinstanz anzunehmen wäre, dass das Verhalten der Beschwerdeführerin auf der Vorleistungsebene durch genügend Wettbewerbsdruck aus dem nachgelagerten Endkundenmarkt für Mobilfunkdienstleistungen diszipliniert worden sei.

b) Dass die Vorinstanz die starke Position der Beschwerdeführerin auf dem Retail-Markt in keiner Weise substantiiert habe, trifft nicht zu. Insbesondere lässt sich nicht von der Hand weisen, dass die Beschwerdeführerin im fraglichen Zeitraum dank grossen Gewinnen und Margen im Endkunden-Bereich über eine hohe Finanzkraft verfügte, was – wie der konstant hohe Marktanteil von 60 % im Endkundenmarkt und die beschriebenen Startvorteile als erste und etablierte Anbieterin ("first mover", vgl. E. 10.6.1) – unbestritten auf eine starke Stellung der Beschwerdeführerin im Endkundenmarkt hinweist.

Aus welchen Gründen die Beschwerdeführerin ihren hohen Endkundenmarktanteil halten konnte, d.h. inwiefern dies auf sog. preisinduzierte Netzwerkeffekte zurückzuführen ist, spielt für die Frage, ob vom nachgelagerten Markt disziplinierende Kräfte ausgingen, letztlich keine Rolle. Unahbhängig davon weist der hohe Marktanteil der Beschwerdeführerin auf eine gewichtige Stellung auf dem nachgelagerten Markt hin (vgl. zur Bedeutung des Marktanteils bei der Beurteilung der Marktstellung etwa die Ausführungen von HEIZMANN, a.a.O., Rz. 309 ff.).

Im vorliegenden Zusammenhang ist letztlich auch nicht von Interesse, ob die Beschwerdeführerin unterschiedlich hohe Endkundenpreise im on- und off-net-Bereich (sog. On-/Off-net-Preisdifferenzierung) unabhängig von den erhobenen Terminierungspreisen als blosses "Ergebnis einer Marketingstrategie" erhoben hat (vgl. die Ausführungen der Beschwerdeführerin unter Beschwerde Ziff. 198, 330). Ohne darauf eingehen zu müssen, steht gestützt auf die von der Vorinstanz beigezogenen Daten fest, dass die Beschwerdeführerin im nachgelagerten Markt einen erheblichen Markterfolg verzeichnete.

Die Beschwerdeführerin ist auch nicht zu hören, wenn sie argumentiert, auf dem Retail-Markt habe intensiver Preis- und Innovationswettbewerb (vgl. Beschwerde Ziff. 342 ff.) geherrscht, oder es seien ihre Verhaltensspielräume auf dem nachgelagerten Markt wirkungsvoll durch Konkurrentinnen wie Orange und Sunrise und andere Anbieterinnen eingeschränkt worden, so dass sie sich im Retail-Markt nicht unabhängig habe verhalten können (vgl. Beschwerde Ziff. 347 f.). Die Darstellung der Vorinstanz hat nicht die Verhaltensspielräume der Beschwerdeführerin auf dem nachgelagerten Markt für Mobilfunkdienstleistungen zum Gegenstand, d.h. sie äusserte sich nicht dazu, ob die Beschwerdeführerin auf dem nachgelagerten Markt marktbeherrschend war, sondern sie hält einzig fest, dass von diesem keine die Beschwerdeführerin im relevanten Markt disziplinierenden Kräfte ausgingen. Dagegen bringt die Beschwerdeführerin nichts Stichhaltiges vor.

10.6.5 Ergebnis

Insgesamt besteht für das Bundesverwaltungsgericht keine Veranlassung, von der Schlussfolgerung der Vorinstanz, welche letztlich selbst von der Beschwerdeführerin nicht bestritten wird (vgl. E. 10.6.3), abzuweichen: Es sind keine Einflüsse des nachgelagerten Markts ersichtlich, welche die Macht der Beschwerdeführerin als "Monopolistin" auf dem relevanten Markt einschränken könnten.

10.7 Stellung der Marktgegenseite

10.7.1 Darstellung der Vorinstanz

a) Nach der Vorinstanz (vgl. Verfügung Ziff. 173-194) hätten Orange und Sunrise weder über Möglichkeiten verfügt, ihre "Terminierungsgebühren" unilateral zu senken noch diese zu erhöhen. Sunrise und Orange seien vielmehr gezwungen gewesen, ihre "Terminierungs-

gebühren" an das von der Beschwerdeführerin festgelegte Preisniveau anzugleichen.

Zum einen wäre eine *Senkung* für eine kleine Anbieterin finanziell verheerend gewesen: Da von allen Anrufen auf das Netz von Orange bzw. Sunrise ca. 90 % von fremden Netzen und nur etwa 10 % von eigenen Kunden stammten, würden bei einer Senkung der "Terminierungsgebühr" die Einnahmen der Anrufe aus anderen Netzen bei Orange und Sunrise massiv zurückgehen, nicht aber bei ihren unmittelbaren Konkurrentinnen. Eine Senkung der "Terminierungsgebühr" von Orange und Sunrise hätte eine Verringerung der Kosten ihrer unmittelbaren Konkurrentinnen zur Folge, welche dadurch ihre jeweiligen Endkundenpreise senken könnten, wodurch Sunrise und Orange Marktanteile verlieren würden. Bei einer grossen Anbieterin wie der Beschwerdeführerin hätte eine Senkung der "Terminierungsgebühr" demgegenüber andere Folgen gezeigt. Anders als bei den beiden kleinen Mobilfunkanbieterinnen komme hier der grösste Teil der Anrufe vom eigenen Mobilfunknetz (on-net-Anrufe), wobei zusätzlich ein zweiter grosser Block vom konzerninternen Festnetz stamme. Hingegen seien auf dem Mobilfunknetz der Beschwerdeführerin nur kleinere Teile für Orange und Sunrise sowie weitere Anbieterinnen terminiert worden (vgl. Ziff. 176/Tabelle B-2 der angefochtenen Verfügung, mit Angabe der je terminierten Minuten in der Zeit vom 1. Juni 2004 bis 31. Mai 2005). Eine Senkung der "Terminierungsgebühr" der Beschwerdeführerin würde folglich zu Kostensenkungen bei der grössten Festnetzanbieterin der Schweiz (Swisscom Fixnet) führen, die dadurch mit entsprechendem Mehrverkehr wieder mehr Einnahmen generieren könnten.

Zum anderen erscheine in Anbetracht der Marktverhältnisse glaubhaft, dass auch eine unilaterale *Erhöhung* der "Terminierungsgebühr" von Sunrise und Orange kaum möglich gewesen sei, da aufgrund der vielschichtigen bilateralen Geschäftsbeziehungen mit anderen Anbieterinnen von Fernmeldediensten einer gewissen Grösse Kündigungen von Backbone- oder Transitdiensten hätten befürchtet werden müssen.

Bei der Frage, ob sich Orange und Sunrise unabhängig hätten verhalten können, sei ebenfalls deren deutlich schwächere Position auf dem Retail-Markt zu berücksichtigen, gäben doch – im Sinne der bereits erwähnten preisinduzierten Netzwerkeffekte – hohe "Terminierungsgebühren" der etablierten Anbieterin mit dem grössten Marktanteil die Möglichkeit, durch das Festlegen hoher Preisunterschiede zwischen on-net und off-net Anrufen deren starke Marktposition ge-

genüber den kleinen Mobilfunkanbieterinnen zu halten oder sogar zusätzlich zu verstärken. Zudem hätten sich die beiden kleineren Anbieterinnen an der von der ComCom im Entscheid vom 3. April 2001 zugestandenen Preisdifferenz von 10 % bei den "Terminierungsgebühren" gegenüber der historischen Anbieterin orientiert.

Wie grundlegend sich die Positionen der Beschwerdeführerin von denjenigen der kleineren Mobilfunkanbieterinnen Orange und Sunrise unterscheiden würden, werde auch daraus ersichtlich, dass der Orange- bzw. Sunrise-Verkehr auf dem Mobilfunknetz der Beschwerdeführerin nur rund 10 % ausmache, während der Swisscom-Verkehr bei Sunrise und Orange jeweils etwa 70 % der terminierten Minuten ausmache. Auch aufgrund dieser starken Position der Beschwerdeführerin (Swisscom Mobile und Swisscom Fixnet) als Hauptnachfrager von Terminierungsleistungen sei insgesamt davon auszugehen, dass Orange und Sunrise bis zum 31. Mai 2005 ihre "Terminierungsgebühren" nicht unabhängig hätten festlegen können.

b) Davon ausgehend schliesst die Darstellung der Vorinstanz mit der Feststellung, dass die beiden kleineren Mobilfunkanbieterinnen in der Zeit bis zum 31. Mai 2005 in deren jeweiligen "Wholesale"-Märkten ihre "Terminierungsgebühren" nicht hätten unabhängig festlegen können.

Was die marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführerin betrifft, bleibt die Vorinstanz – ohne dies näher auszuführen – dabei, dass die Beschwerdeführerin auch unter Einbezug des Einflusses der Marktgegenseite als marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren sei (vgl. Verfügung Ziff. 195).

10.7.2 Überprüfung der Marktstellung von Orange und Sunrise im Beschwerdeverfahren?

a) Die Beschwerdeführerin macht zunächst geltend, zur Beurteilung ihrer Marktstellung sei es unabdingbar, dass auch die Marktstellung von Orange und Sunrise geprüft werde.

Ohne Prüfung der gesamten Wettbewerbssituation könne die Marktstellung eines einzelnen Wettbewerbers nicht beurteilt werden. Daher könne auf diese Prüfung – unabhängig von einer Einstellung des Verfahrens gegen Orange und Sunrise – nicht verzichtet werden. Sollte am Vorwurf einer Ausbeutung der Endkunden der anderen Fernmeldedienstanbieterinnen durch die Beschwerdeführerin festgehalten werden, sei auch die Frage zu prüfen, ob Orange und Sunrise ihrerseits

die Endkunden der anderen Fernmeldedienstanbieterinnen (einschliesslich der Beschwerdeführerin) ausbeuteten. Zuvor sei notwendigerweise zu prüfen, ob Orange und Sunrise marktbeherrschend seien.

b) Dem kann nur insofern gefolgt werden, als die Frage der Marktbeherrschung der Beschwerdeführerin, wie erwähnt (vgl. E. 10.1), im Sinne einer Gesamtprüfung der Verhältnisse unter Einbezug von allen relevanten Beurteilungskriterien zu erörtern ist.

Zur Untersuchung der Macht der Beschwerdeführerin auf dem relevanten Markt sind auch die sog. "marktstrukturbezogenen" Kriterien heranzuziehen. Unter diesem Titel muss namentlich hinlänglich begründet sein, wer Wettbewerber ist und wie das Kräfteverhältnis zwischen diesen Wettbewerbern beschaffen ist. Für die Stellung eines Unternehmens macht es einen Unterschied, ob es mit vielen schwachen oder wenigen starken Unternehmen auf der Marktgegenseite bzw. als Mitbewerber konfroniert ist (Kriterium der vertikalen bzw. horizontalen Gegenmacht; vgl. HEIZMANN, a.a.O., Rz. 339 ff.).

Dies ändert aber nichts daran, dass im Ergebnis einzig zu beantworten ist, ob die Vorinstanz die *Beschwerdeführerin* zu Recht als marktbeherrschend qualifiziert. Die Frage, ob auch Sunrise und Orange auf dem für sie jeweils relevanten Markt im fraglichen Zeitraum über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügten, ist vorliegend entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht zu entscheiden (vgl. E. 10.3).

10.7.3 Einfluss der Marktgegenseite auf die Marktstellung der Beschwerdeführerin?

a) Was den vorliegend interessierenden Einfluss der Marktgegenseite auf die Marktstellung der Beschwerdeführerin betrifft, bringt diese nichts Stichhaltiges vor. Die Beschwerdeführerin wendet sich nicht grundsätzlich gegen die Auffassung der Vorinstanz, dass der Einbezug dieses Kriteriums an der marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdeführerin nichts zu ändern vermag. Die (implizit gezogene) Schlussfolgerung der Vorinstanz, dass der Einfluss der Marktgegenseite ihre gestützt auf den fehlenden aktuellen und potenziellen Wettbewerb und den ebenfalls fehlenden Einfluss des nachgelagerten Markts getroffene Einschätzung nicht umstösst, die Beschwerdeführerin also auch unter Einbezug dieser ergänzenden Analyse als marktbeherrschend zu qualifizieren sei, bleibt seitens der Beschwerdeführerin unbestritten.

Die Darstellung der Beschwerdeführerin beschränkt sich auf den Vorwurf, die Vorinstanz habe den Handlungsspielraum und die Marktstellung von Orange und Sunrise falsch eingeschätzt (vgl. Beschwerde Ziff. 360 ff.). Dies u.a. insofern, als Orange und Sunrise ein eigenes Interesse an hohen "Terminierungsgebühren" hätten. Ihr Verhalten nach dem 1. Juni 2005 zeige, dass sie kein Interesse daran gehabt hätten, die "Terminierungsgebühren" zu senken. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz hätten Sunrise und Orange ihre "Terminierungsgebühren" theoretisch jederzeit senken und eine Anpassung der "Terminierungsgebühren" der Beschwerdeführerin verlangen können. Die Vorinstanz stelle im Zusammenhang mit ihrer Schlussfolgerung, dass Orange und Sunrise nicht in der Lage gewesen seien, ihre "Terminierungsgebühren" unabhängig von der Beschwerdeführerin und den anderen Anbieterinnen von Fernmeldediensten festzulegen, und der dazu vorgenommenen Prüfung, ob Sunrise und Orange ihre Gebühren hätten senken können, eine Reihe unsubstantiierter Thesen auf. Keine dieser Thesen könne widerlegen, dass Orange und Sunrise ein eigenes Interesse an hohen "Terminierungsgebühren" gehabt hätten und nach wie vor hätten.

b) Damit wendet sich die Beschwerdeführerin jedoch nicht gegen die Bejahung der marktbeherrschenden Stellung ihr gegenüber, sondern macht nur geltend, die Vorinstanz hätte auch Sunrise und Orange als marktbeherrschend qualifizieren müssen, was, wie erwähnt, nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist.

Abgesehen von den die telekommunikationsrechtliche Rahmenordnung betreffenden und noch zu beurteilenden Argumenten (vgl. E. 10.8, E. 11 ff.) führt die Beschwerdeführerin nicht an, inwiefern die Marktgegenseite ein Gegengewicht zu ihrer Marktmacht (im Sinne einer hinlänglichen ausgleichenden Nachfragemacht) auf sie erzeugt haben soll, so dass die Marktbeherrschung entgegen der Vorinstanz zu verneinen wäre.

c) Zwar legt auch die angefochtene Verfügung den Schwerpunkt auf die Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung von Sunrise und Orange, ohne sich im Detail zu deren Einfluss auf die Marktstellung der Beschwerdeführerin zu äussern. Die Darstellung der Vorinstanz zeigt aber gleichwohl hinlänglich auf, mit was für Unternehmen die Beschwerdeführerin auf der Marktgegenseite konfrontiert ist und wie das Kräfteverhältnis untereinander beschaffen ist. Demnach muss die der Beschwerdeführerin bzw. der damaligen Swisscom Mobile im vor-

liegend relevanten Zeitraum gegenüberstehende Marktgegenseite zweifellos als vergleichsweise klein bezeichnet werden.

Anhaltspunkte, gestützt auf welche entgegen der Darstellung der Vorinstanz anzunehmen wäre, die Marktgegenseite habe einen nennenswerten Einfluss auf das Verhalten der Beschwerdeführerin auf dem für sie relevanten Markt ausüben können, bestehen keine.

Damit bleibt es bei der Schlussfolgerung der Vorinstanz, dass die Beschwerdeführerin auch unter Einbezug des Einflusses der Marktgegenseite als marktbeherrschend im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren ist.

10.7.4 Verletzung des Gleichbehandlungsgebots?

a) Die Vorbringen der Beschwerdeführerin bilden – wie die Aufzählung in Ziff. 324 der Beschwerdeschrift deutlich macht – Bestandteil ihrer Auffassung, dass die Vorinstanz versuche, "mittels waghalsiger Argumentationen" eine Gleichbehandlung der Mobilfunkanbieterinnen zu Ungunsten der Beschwerdeführerin zu vermeiden (vgl. Beschwerde Ziff. 321).

Die Vorinstanz begründe nicht stichhaltig, weshalb einzig die Beschwerdeführerin marktbeherrschend sein solle. Keines der Vorbringen, mit welchen die Vorinstanz zu begründen versuche, dass sich die Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung bezüglich Sunrise und Orange nicht erhärtet hätten, sei geeignet, eine unterschiedliche Behandlung der Beschwerdeführerin und von Orange und Sunrise zu rechtfertigen. Insbesondere könne die Theorie der preisinduzierten Netzwerkeffekte nicht zur Rechtfertigung einer unterschiedlichen Behandlung der Beschwerdeführerin und von Sunrise und Orange bezüglich der Feststellung der Marktposition vorgeschoben werden. Verfehlt sei auch die These, dass die Beschwerdeführerin (bzw. Swisscom Mobile und Swisscom Fixnet) als Hauptnachfrager von Terminierungsleistungen von Orange und Sunrise eine Marktbeherrschung von Orange und Sunrise verhindern würden.

Es bestünden keine Unterschiede, die eine Ungleichbehandlung rechtfertigen könnten. Aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz ergebe sich, dass die Beschwerdeführerin, Orange und Sunrise gleich zu behandeln seien. Die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse seien für alle die gleichen. Werde die Beschwerdeführerin als marktbeherrschend betrachtet und ihre Verhaltensweise auf Missbräuchlichkeit untersucht, könnten Orange und Sunrise diesbezüglich nicht anders

behandelt werden. Die Vorinstanz betreibe ein eigentliches "Cherry-picking", indem sie hinsichtlich der Marktstellung von Orange und Sunrise andere Massstäbe anwende als in Bezug auf die Beschwerdeführerin (vgl. Beschwerde Ziff. 319 ff.).

b) Nach dem von der Beschwerdeführerin angerufenen Art. 8 Abs. 1 BV sind "alle Menschen [...] vor dem Gesetz gleich". In der Rechtsanwendung verbietet das daraus hervorgehende allgemeine Gleichbehandlungsgebot den rechtsanwendenden Behörden, zwei tatsächlich gleiche Situationen ohne sachlichen Grund rechtlich unterschiedlich zu behandeln (Gebot der rechtsgleichen Rechtsanwendung; vgl. PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 23 Rz. 3, 11).

Die Problematik für die Beurteilung, ob vorliegend zwei tatsächlich gleiche Situationen und gegebenenfalls sachliche Gründe für eine unterschiedliche Behandlung der Beschwerdeführerin und der beiden kleineren Mobilfunkanbieterinnen hinsichtlich der Frage der Marktbeherrschung vorliegen, scheint darin zu bestehen, dass das Bundesverwaltungsgericht im vorliegenden Beschwerdeverfahren ohne Überprüfung der entsprechenden vorinstanzlichen Ausführungen offen lassen muss, ob die Vorinstanz Sunrise und Orange in der angefochtenen Verfügung zu Recht als nicht marktbeherrschend bezeichnet hat oder darin eine fehlerhafte Rechtsanwendung liegt (vgl. E. 10.3, E. 10.7.2).

Diese Bedenken erweisen sich allerdings als unbegründet, da sich zeigt, dass die Beschwerdeführerin aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgebot weder im einen noch im anderen Fall etwas für sich ableiten kann:

Variante 1: Sunrise und Orange zu Recht nicht marktbeherrschend

Geht man nämlich unpräjudiziell von der Variante aus, dass die Vorinstanz Sunrise und Orange bis zum 31. Mai 2005 *zu Recht* als nicht marktbeherrschend betrachtet, hätte die Vorinstanz die tatsächliche und rechtliche Situation bezüglich Sunrise und Orange richtig eingeschätzt.

Es erwiese sich folglich im Sinne der Darstellung der Vorinstanz als zutreffend, dass Sunrise und Orange aufgrund ihrer spezifischen Situation und Einbettung in das Marktumfeld nicht über Möglichkeiten verfügten, ihren Terminierungspreis unilateral zu senken oder diesen zu erhöhen, sondern gezwungen waren, ihre Terminierungspreise an

das Preisniveau der Beschwerdeführerin anzugleichen. Andererseits haben die bisherigen Erwägungen unabhängig von der vorstehenden Annahme bestätigt, dass sich die Beschwerdeführerin weder aktueller noch potenzieller Konkurrenz gegenübersieht und auch vom nachgelagerten Markt und der Marktgegenseite keine disziplinierenden Kräfte auf sie eingewirkt haben.

Insofern lägen bei dieser Variante keine tatsächlich gleichartigen, sondern voneinander abweichende Situationen vor. Eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots wäre zu verneinen, da die unterschiedliche rechtliche Beurteilung der jeweiligen Marktstellung sachlich begründet und nicht zu beanstanden wäre.

Variante 2: Sunrise und Orange zu Unrecht nicht marktbeherrschend

Geht man von der zweiten denkbaren Möglichkeit aus und nimmt mit der Beschwerdeführerin und wiederum unpräjudiziell an, die Begründung der Vorinstanz überzeuge nicht, was die Beurteilung der Marktstellung von Sunrise und Orange betrifft, hätte die marktbeherrschende Stellung korrekterweise nicht nur mit Bezug auf die Beschwerdeführerin, sondern auch bezüglich den beiden kleineren Mobilfunkanbieterinnen bejaht und im Verfügungsdispositiv festgestellt werden müssen. Die Vorinstanz hätte Sunrise und Orange bei dieser Annahme zu Unrecht als nicht marktbeherrschend qualifiziert.

So argumentiert die Beschwerdeführerin, indem sie vorbringt, konsequenterweise müssten *alle* Mobilfunkanbieterinnen für die Terminierung in deren eigenes Netz marktbeherrschend sein, wenn die Beschwerdeführerin unzutreffenderweise als marktbeherrschend betrachtet werde. Die Beschwerdeführerin unterstützt ihren Standpunkt durch Hinweise auf die fernmelderechtliche Praxis der EU, die Ansicht von BAKOM und ComCom, die ökonomische Literatur, auf die sich die Vorinstanz selber selektiv berufe, sowie das "Gutachten IC" der Vorinstanz vom 20. November 2006, in welchem die Vorinstanz Sunrise und Orange für die Periode nach dem 1. Juni 2005 ebenfalls als marktbeherrschend qualifiziert hat (vgl. RPW 2006/4, S. 739, S. 752).

Mit dieser Argumentation übersieht die Beschwerdeführerin, dass im vorliegenden Kontext nicht die Korrektur der möglicherweise zu Unrecht verneinten Marktbeherrschung von Sunrise und Orange zur Diskussion steht. Unter dem hier interessierenden Aspekt der rechtsgleichen Behandlung der Beschwerdeführerin nach Art. 8 BV fragt sich vielmehr einzig, ob mangels sachlicher Gründe für eine unterschied-

liche Behandlung auch die Beschwerdeführerin gleich wie Sunrise und Orange als nicht marktbeherrschend hätte bezeichnet werden müssen. Unter der Annahme, dass die Vorinstanz Sunrise und Orange zu Unrecht als nicht marktbeherrschend eingeschätzt hat, käme dies jedoch einer Gleichbehandlung im Unrecht gleich, worauf grundsätzlich kein Anspruch besteht.

Dass das Gesetz in einem Fall nicht oder nicht richtig angewendet wird, vermittelt kein Recht, in einem ähnlich gelagerten Fall ebenfalls gesetzwidrig begünstigt zu werden. Ein Anspruch auf eine gesetzeswidrige Gleichbehandlung wird ausnahmsweise nur anerkannt, falls die Behörde in ständiger Praxis vom Gesetz abweicht, zudem zu erkennen gibt, dass sie auch in Zukunft nicht gesetzeskonform entscheiden wird sowie keine überwiegenden Gesetzmässigkeitsinteressen bestehen (vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 23 Rz. 18 f.).

Da von diesen (kumulativ geforderten) Voraussetzungen vorliegend offensichtlich keine erfüllt ist, liegt auch – falls die Vorinstanz Sunrise und Orange zu Unrecht als nicht marktbeherrschend eingeschätzt hat – keine Verletzung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes gemäss Art. 8 BV vor.

c) Die Beschwerdeführerin beruft sich ergänzend auf die Praxis der REKO/WEF, nach welcher schon eine Ungleichbehandlung zwischen marktbeherrschenden Unternehmen, die ihr missbräuchliches Verhalten eingestellt haben und marktbeherrschenden Unternehmen, deren Verhalten rechtmässig sei, den Gleichbehandlungsgrundsatz von Art. 8 BV verletze (mit Hinweis auf den Entscheid der REKO/WEF FB/2005-2 vom 25. Oktober 2006 i.S. *Swisscom Directories AG/ WEKO*, veröffentlicht in: RPW 2006/4, S. 698 ff., 715).

Dem ist entgegenzuhalten, dass der im angesprochenen Entscheid zu beurteilende Sachverhalt mit dem vorliegenden nicht zu vergleichen ist. So lagen in jenem Fall unbestrittenermassen zwei tatsächlich gleiche Situationen vor, dies insofern, als abweichend vom vorliegenden Fall unbestritten war, dass alle betroffenen Unternehmen marktbeherrschend waren. Unter dem Aspekt der Gleichbehandlung war "nur" zu beurteilen, ob es gerechfertigt war, die Marktbeherrschung beim einen Unternehmen im Verfügungsdispositiv festzustellen und beim anderen nicht, was der Entscheid aufgrund von fehlenden sachlichen Gründen für eine unterschiedliche Behandlung der tatsächlich gleichen Situation verneint.

Im Gegensatz dazu hat sich vorliegend gezeigt, dass unabhängig davon, ob die Vorinstanz Sunrise und Orange zu Recht oder zu Unrecht als nicht marktbeherrschend betrachtet hat, in der Bejahung der Marktbeherrschung gegenüber der Beschwerdeführerin keine Verletzung des allgemeinen Gleichbehandlungsgebots gemäss Art. 8 BV liegt. Die Argumentation mit dem angerufenen Entscheid stösst damit ebenfalls ins Leere.

d) Denkbar wäre noch, in der unterschiedlichen Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung gegenüber den beiden kleineren Mobilfunkanbieterinnen und der Beschwerdeführerin allenfalls einen Verstoss gegen den in der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV verankerten und das allgemeine Gleichbehandlungsgebot gemäss Art. 8 BV ergänzenden Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrentinnen und Konkurrenten zu erblicken (vgl. KLAUS A. VALLENDER/PETER HETTICH/JENS LEHNE, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung – Grundzüge des Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrechts, 4. Aufl., Bern 2006, S. 143 ff., m.w.H., u.a. auf BGE 121 I 129 ["Taxileitentscheid"]).

Die Beschwerdeführerin scheint in der unterschiedlichen Beurteilung der Marktstellung durch die Vorinstanz jedoch einzig eine Verletzung des allgemeinen Gleichbehandlungsgebots gemäss Art. 8 BV zu sehen, macht sie doch keine Ausführungen und Angaben, inwiefern eine unzulässige Wettbewerbsverzerrung vorliegen bzw. die Wettbewerbsneutralität betroffen und das Gebot der Gleichbehandlung der Konkurrentinnen und Konkurrenten verletzt sein sollte.

Das Bundesverwaltungsgericht prüft die Rechtslage zwar frei, ohne in irgendeiner Weise an die in den Parteieingaben vorgetragene Rechtsauffassung gebunden zu sein. Das Rügeprinzip, gemäss welchem das Gericht sich grundsätzlich nur mit der in der Beschwerdebegründung vorgetragenen Kritik an der angefochtenen Verfügung auseinanderzusetzen hätte, ohne von sich aus zu prüfen, ob diese an anderen Mängeln leidet, gilt im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht (vgl. THOMAS HÄBERLI, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], a.a.O., N. 37 f. zu Art. 62 VwVG). Andererseits hat die Prüfung im Rechtsmittelverfahren primär die in den Parteieingaben vorgetragenen Rügen zum Gegenstand.

Gerade vorliegend kann die durch einen ausgewiesenen und im Kartellrecht erfahrenen Rechtsanwalt vertretene Beschwerdeführerin nicht damit rechnen, dass ihre zahlreichen, in diversen umfangreichen

Rechtsschriften vorgetragenen Vorbringen in jede zusätzlich denkbare Richtung geprüft werden (vgl. FRANK SEETHALER/FABIA BOCHSLER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], a.a.O., N. 69 zu Art. 52 VwVG).

Unter diesen Umständen lässt sich auch aus dem Aspekt der Gleichbehandlung der Konkurrenten nichts zu Gunsten der Beschwerdeführerin ableiten. Dies erscheint erst recht als sachgerecht, nachdem im Sinne der Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 8. Mai 2007 weder Sunrise noch Orange als Parteien in das Beschwerdeverfahren miteinbezogen wurden.

10.7.5 Ergebnis

Im Ergebnis ist die Schlussfolgerung der Vorinstanz nicht zu beanstanden, dass die Beschwerdeführerin auch unter Einbezug des Einflusses der Marktgegenseite als marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren ist.

10.8 Einfluss der fernmelderechtlichen Rahmenordnung

a) Die Beschwerdeführerin beruft sich des Weiteren auf die fernmelderechtliche Einbettung der abgegrenzten relevanten Märkte und macht geltend, die von der fernmelderechtlichen Rahmenordnung ausgehenden Kräfte (Interkonnektionszwang, Disziplinierung durch den regulatorischen Rahmen, Reziprozitätsbeziehung, vgl. ausführlicher im Sachverhalt unter D.d und E. 10.2.2) seien disziplinierend und würden eine marktbeherrschende Stellung aller Fernmeldedienstanbieterinnen ausschliessen.

b) Die Vorinstanz widerspricht und macht geltend, das schweizerische ex-post-Regulierungssystem habe im Untersuchungszeitraum nicht vermocht, das Verhalten der Beschwerdeführerin im relevanten Markt zu disziplinieren. In ihrer Vernehmlassung weist die Vorinstanz ergänzend darauf hin, dass aus dem Vergleich der Bestimmungen in aArt. 11 FMG und Art. 7 KG hervorgehe, dass die Interkonnektionsregulierung in aArt. 11 FMG grundsätzlich nicht bei der Analyse der Frage der Marktbeherrschung, sondern in erster Linie bei der Frage eines Missbrauchs nach Art. 7 KG zu berücksichtigen sei (vgl. Vernehmlassung Ziff. 9; ähnlich auch Verfügung Ziff. 166, 167, je am Schluss).

c) Dieser Ergänzung ist entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin in Ziff. 16 ihrer Replik zuzustimmen.

Zwar liegt es auf der Hand, dass die gegenseitige Koordination und Kooperation, mit welcher die Anbieterinnen von Fernmeldediensten die Zusammenschaltung der Netze nach Massgabe der fernmelderechtlichen Rahmenordnung verwirklichen müssen, und die in diesem Zusammenhang spezialgesetzlich geschaffenen regulatorischen Pflichten und Klagemöglichkeiten einen Einfluss auf das Verhalten der Fernmeldedienstanbieterinnen und ihren Verhaltensspielraum ausüben.

Es liegt per definitionem im Wesen jeder Regulierungsordnung, dass deren Normen geeignet sind, den freien Handlungsspielraum der Rechtssubjekte zu beschränken (vgl. AMGWERD, a.a.O., RZ. 87 Fn. 194, mit Verweis auf ROLF H. WEBER, Wirtschaftsregulierung in wettbewerbspolitischen Ausnahmebereichen, Baden-Baden 1986, S. 30 ff.). Die Interkonnektionspflicht gemäss aArt. 11 Abs. 1 FMG, welche die Beschwerdeführerin anruft, will marktbeherrschende Anbieterinnen aus wettbewerbstheoretischer Sicht gerade – anstelle des fehlenden Wettbewerbs – disziplinieren, um einen Machtmissbrauch zu verhindern und den freien Netzzugang zu gewährleisten (vgl. AMGWERD, a.a.O., Rz. 239, 344).

Bei der Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung nach Art. 4 Abs. 2 KG kann es jedoch nicht darum gehen zu prüfen, inwiefern der freie Handlungsspielraum der betroffenen Unternehmen durch wirtschaftspolitisch motivierte Eingriffe des Staates in den Marktmechanismus in Form der fernmelderechtlichen ex-post-Marktregulierung eingeschränkt wird. Massgeblich nach Art. 4 Abs. 2 KG kann vielmehr nur sein, inwiefern der *Wettbewerb* eine disziplinierende Wirkung auf das individuelle Vorteilsstreben der Wirtschaftssubjekte hat. Dazu hat eine Analyse der Wettbewerbssituation auf dem definierten Markt zu erfolgen, d.h. es ist zu prüfen, ob das fragliche Unternehmen in genügendem Masse disziplinierendem *Wettbewerb* ausgesetzt ist und sich folglich nicht unabhängig verhalten kann (vgl. zur Gewährleistung von freiem Wettbewerb als *Zweck* des Kartellgesetzes ROGER ZÄCH, Wettbewerbsfreiheit oder Konsumentenwohlfahrt als Zweck des Kartellgesetzes?, Schranken des Rechts, in: Zäch [Hrsg.], Schweizerisches Kartellrecht – an Wendepunkten?, Zürich/ St. Gallen 2009, S. 1 ff.).

Die Frage ist, ob tatsächlich oder potenziell konkurrierende Unternehmen in der Lage sind, das betreffende Unternehmen unter *Wettbewerbsdruck* zu setzen und dadurch zu verhindern, dass es sich in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten kann. Entsprechend sind die *Wettbewerbskräfte* zu ermitteln, um beurteilen zu können, ob diese

genügen, um dem betroffenen Unternehmen Schranken zu setzen, d.h. zu verhindern, dass es sich einem wirksamen Wettbewerbsdruck entziehen kann (so ausdrücklich ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 532, 572, und AMGWERD, a.a.O., Rz. 59, 226, 231; sinngemäss auch SCHMIDHAUSER [a.a.O., Rz. 69, 73 zu Art. 4 KG], der bei den Ausführungen zum Begriff der Marktbeherrschung bzw. Marktmacht ebenfalls an den Wettbewerbsbegriff anknüpft, indem von "*wettbewerbs*armem" bzw. "*wettbewerbs*losem" Zustand und der "Fähigkeit, wirksamen *Wettbewerb* zu verhindern", gesprochen wird).

Davon abweichend sind die von der Beschwerdeführerin angerufenen Einflüsse der fernmelderechtlichen Rahmenordnung auf ihren Verhaltensspielraum nicht auf das freie Spiel der Marktkräfte, sondern auf die sektorspezifisch vorgesehene staatliche Einflussnahme und Lenkung im Bereich der wechselseitig funktionierenden Telekommunikationsnetze zurückzuführen und bilden in diesem Sinne kein Kriterium für die Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung nach Art. 4 Abs. 2 KG.

Auch um Wertungswidersprüche mit dem fernmelderechtlichen Zugangsregime zu vermeiden, welches an die Marktbeherrschung ebenfalls bestimmte Wirkungen knüpft (*kostenorientierte* Festlegung der Interkonnektionsbedingungen gemäss aArt. 11 Abs. 1 FMG), ist die marktbeherrschende Stellung aus kartellrechtlicher Sicht ohne Weiteres zu bejahen, wenn, wie vorliegend, feststeht, dass auf dem relevanten Markt angesichts des Angebotsmonopols und der fehlenden technischen Alternativen kein Wettbewerb bzw. Wettbewerbsdruck besteht und auch von der Marktgegenseite und dem nachgelagerten Markt keine disziplinierenden Einflüsse ausgehen. Dies bedeutet vorerst einmal nur, dass auf die Beschwerdeführerin Art. 7 KG anwendbar ist, mithin die Eingriffsschwelle für die materiellrechtliche Beurteilung nach dieser Bestimmung gegeben ist.

Dies erweist sich durchaus als sachgerecht, da der geltend gemachte Einfluss der fernmelderechtlichen Rahmenordnung bei korrekter Optik ohnehin nicht den Aspekt der Marktbeherrschung, sondern die Frage betrifft, ob die Beschwerdeführerin trotz gegebenen staatlichen ex-post-Regulierungssystems in der Lage war, der Marktgegenseite als Marktbeherrscherin ihren Willen aufzuzwingen, nämlich von dieser im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c (i.V.m. Abs. 1) KG in unzulässiger Weise unangemessene Terminierungspreise zu erzwingen.

Diese Möglichkeit, "unangemessene Preise erzwingen zu können", ist im Rahmen der nachfolgenden Würdigung der Missbrauchsfrage als Tatbestandsvoraussetzung zu prüfen. Dabei wird sich u.a. die zentrale Rechtsfrage stellen, ob sich die beanstandete angeblich kartellgesetzverletzende Erzwingung eines unangemessenen Terminierungspreises von 33.5 Rappen pro terminierter Minute von einer Marktgegenseite, die eine amtliche Preisfestsetzung verlangen könnte bzw. darauf verzichtet (und sich mit dem "aufgezwungenen" Preis abfindet), unter Art. 7 Abs. 1 (i.V.m. Art. 2 Bst. c) KG subsumieren lässt (vgl. E. 11 f., insbes. E. 12.3 ff.).

10.9 Verlust im Terminierungsverkehr zwischen Mobilfunknetzen?

10.9.1 Darstellung der Beschwerdeführerin

a) Schliesslich argumentiert die Beschwerdeführerin mit Verweis auf die von ihr eingereichten Ausführungen von Prof. Dr. phil. CARL CHRISTIAN VON WEIZSÄCKER (vgl. Beschwerde Beilagen 11-15, insbes. C. C. VON WEIZSÄCKER, Gutachten, S. 9 ff., 24 ff. [Beschwerde Beilage 11]), sie sei nicht marktbeherrschend gewesen, weil sie bzw. die damalige Swisscom Mobile eine tiefere "Mobilterminierungsgebühr" als Orange und Sunrise verlangt habe und deshalb Nettozahlungen in Millionenhöhe an Orange und Sunrise geleistet habe. Es habe für Swisscom Mobile ein Verlust aus dem Terminierungsgeschäft im mobile-to-mobile (M2M) Bereich, d.h. im Terminierungsverkehr zwischen Mobilfunknetzen, resultiert. Dass die Beschwerdeführerin ihre "Mobilterminierungsgebühr" nicht auf einem profitablen Niveau habe festlegen können, zeige, dass sie nicht marktbeherrschend gewesen sei. Als marktbeherrschendes Unternehmen hätte sie eine derartige Verlustsituation nicht akzeptiert.

b) Der Verlust von Swisscom Mobile aus der Terminierung mit den anderen Mobilfunkanbieterinnen (M2M) liesse sich konkret wie folgt aufzeigen:

Nach dem *Prinzip der ausgeglichenen Gesprächsströme* seien die Gesprächsströme zwischen zwei Netzen verschiedener Anbieterinnen von Fernmeldediensten in beide Richtungen jeweils gleich hoch. Jede Fernmeldedienstanbieterin könne vernünftigerweise davon ausgehen, dass die Anzahl Minuten, welche ihre Endkunden im Netz einer anderen Fernmeldedienstanbieterin terminieren, in etwa der Anzahl Minuten entspreche, welche die Endkunden der anderen Anbieterin in

ihrem Netz terminieren. Aufgrund dieses Prinzips sei die Terminierung in Bezug auf die "Terminierungsgebühren" dann ein *Nullsummenspiel*, falls die "Terminierungsgebühren" verschiedener Anbieterinnen *gleich hoch* seien.

Würden in beide Richtungen gleich viele Gesprächsminuten terminiert und für eine terminierte Minute jeweils der gleiche Betrag in Rechnung gestellt, würden sich die beiden Rechnungsbeträge gegenseitig aufheben. Die "Terminierungsgebühren" seien dann kostenneutral. Seien die "Terminierungsgebühren" zweier Fernmeldedienstanbieterinnen hingegen – wie im Verhältnis von Swisscom Mobile zu Sunrise und Orange – *unterschiedlich hoch*, führe das Terminierungsgeschäft zu Gewinnen und Verlusten. Grundsätzlich erziele diejenige Fernmeldedienstanbieterin mit den höheren "Terminierungsgebühren" (d.h. Sunrise und Orange) einen Gewinn. Die Fernmeldedienstanbieterin mit der tieferen "Terminierungsgebühr" (d.h. Swisscom Mobile) leiste dagegen *Nettozahlungen* an die anderen Fernmeldedienstanbieterinnen.

Die Höhe des Gewinns bzw. Verlusts berechne sich aus der Differenz zwischen den "Terminierungsgebühren" der betroffenen Anbieterinnen. Je grösser diese sei, desto grösser sei auch der zu tragende negative Saldo bei gleichzeitig grösserem positivem Saldo der Anbieterin mit der höheren "Terminierungsgebühr". Während sich aufgrund der ausgeglichenen Gesprächsströme die Zahlungen für die Terminierung bei *gleichen* "Terminierungsgebühren" gegenseitig aufheben würden, sei bei *ungleichen* "Terminierungsgebühren" einzig die Differenz zwischen den "Terminierungsgebühren" und nicht deren absolute Höhe relevant.

Aufgrund der im Vergleich zu Swisscom Mobile höheren "Mobilterminierungsgebühren" von Orange und Sunrise und der leicht höheren Anzahl der von Swisscom Mobile auf die Netze von Orange und Sunrise terminierten Minuten ergäben sich für den M2M-Verkehr zwischen Swisscom Mobile und Orange bzw. Sunrise Transferzahlungen von Swisscom Mobile an Orange und Sunrise in Millionenhöhe. Daher sei die M2M-Terminierung für Swisscom Mobile ein Verlustgeschäft (in der Beschwerde unter Ziff. 128 f. entsprechend mit einer tabellarischen Darstellung "Saldi aus MF-Terminierung durch SCM und Orange bzw. Sunrise" 2004 - 2006 beziffert).

Im Verhältnis zu den Gesamtkosten von Swisscom Mobile seien die Nettozahlungen allerdings minim. Der Einfluss der Terminierungszahlungen auf die Gesamtkosten und letztlich auf die Retail-Tarife von

Swisscom Mobile sei vernachlässigbar. Die "Terminierungsgebühren" würden sich im M2M-Bereich gegenseitig praktisch vollständig aufheben (vgl. Beschwerde Ziff. 130, Replik Ziff. 43).

c) Was den Terminierungsverkehr zwischen Mobil- und Festnetzen betrifft (Fix-to-Mobile [F2M] und Mobile-to-Fix [M2F]), welchen die Beschwerdeführerin in der oben dargestellten "Verlustrechnung" zur Begründung der angeblich fehlenden Marktbeherrschung ausschliesst, läge eine differenziert zu beurteilende Situation vor:

Im Gegensatz zu den "Terminierungsgebühren" der Mobilfunkanbieterinnen habe der Regulator die "Terminierungsgebühren" der Festnetzanbieterinnen festgelegt, und dies auf tiefem Niveau. Aufgrund dieser Regulierung habe der Preis für die Terminierung in das Netz von Swisscom Fixnet in den Jahren 2004 und 2005 durchschnittlich (nur) 1.504 bzw. 1.435 Rp./Min. betragen. Während der Zeit, als Swisscom Mobile eine "Mobilterminierungsgebühr" von 33.5 Rp./Min. erhoben habe, habe sich im F2M-Verkehr dadurch eine Differenz von 31.996 bzw. 32.065 Rp./Min. zu Gunsten von Swisscom Mobile, eine Differenz von 35.446 bzw. 35.515 Rp./Min. zu Gunsten von Orange und eine solche von 35.346 bzw. 35.415 Rp./Min. zu Gunsten von Sunrise ergeben (vgl. Beschwerde Ziff. 175, mit Verweis auf OVUM, Durchschnittliche Festnetz-Terminierungsgebühren 1998-2006, Beschwerde Beilage 19).

Aufgrund dieser regulierungsbedingt grossen Differenz zu den "Terminierungsgebühren" der Mobilfunkanbieterinnen im Untersuchungszeitraum (Swisscom Mobile 33.5, Sunrise 36.85, Orange 36.95 Rp./Min.) würden die Festnetzanbieterinnen erhebliche Nettozahlungen an *alle* Mobilfunkanbieterinnen leisten. Swisscom Fixnet habe im Jahr 2004 und 2005 für F2M-"Terminierungsgebühren" insgesamt einen dreistelligen Millionenbetrag an die Mobilfunkanbieterinnen Swisscom Mobile, Orange und Sunrise bezahlt (vgl. Beschwerde Ziff. 133 f.).

Von diesen Nettozahlungen aus der F2M-Terminierung würden sämtliche Mobilfunkanbieterinnen profitieren, Orange und Sunrise aufgrund ihrer höheren "Mobilterminierungsgebühr" jedoch noch mehr als Swisscom Mobile. Swisscom Mobile generiere zwar Einnahmen aus der Terminierung im F2M-Bereich. Es sei jedoch davon auszugehen, dass Orange und Sunrise aus dem F2M-Verkehr pro Kunde mehr Terminierungseinnahmen generierten als Swisscom Mobile. Die Mobilfunkanbieterinnen würden deren Gewinne aus der F2M-Terminierung

zur Finanzierung des Mobilfunkgeschäfts verwenden. Die F2M-Terminierungseinnahmen seien für alle Mobilfunkanbieterinnen von grosser Bedeutung, da sie die Verbilligung der Mobilfunk-Retail-Tarife und die Gewährung von Preisnachlässen auf Endgeräten auf der Retail-Ebene ermöglichten und den Mobilfunk als Ganzes förderten.

Aufgrund der unterschiedlichen regulatorischen Eingriffe der ComCom und weil daraus auch unterschiedliche Verhandlungspositionen von Mobil- und Festnetzanbieterinnen entstünden, seien M2M- und F2M-Sachverhalte entgegen der Vorinstanz, welche diese Sachverhalte vermische, differenziert zu beurteilen.

10.9.2 Darstellung der Vorinstanz

Die Vorinstanz entgegnet – zusammengefasst – Folgendes: Eine "allfällige Symmetrie unter den Verkehrsströmen der MFA" (Mobilfunkanbieterinnen) könne an der marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdeführerin nichts ändern. Die Argumentation übersehe, dass – wie bereits aus der Marktanteilsverteilung hervorgehe – trotz ausgeglichenen Verkehrs auf dem Netz von Swisscom Mobile wesentlich mehr Minuten terminiert würden als auf allen anderen Mobilfunknetzen zusammen. Insbesondere die vom Festnetz her kommenden Minuten würden den zweitgrössten Teil der auf dem Netz von Swisscom Mobile terminierten Minuten ausmachen. Es sei ferner inkohärent, dass die Beschwerdeführerin im Widerspruch zum abgegrenzten relevanten Markt eine Unterscheidung des eingehenden Verkehrs nach der Herkunft der Anrufe mache (Festnetz- und Mobilnetz), während sie gleichzeitig geltend mache, die Marktabgrenzung sei zu eng (vgl. Verfügung Ziff. 169).

Die Aussage, das Terminierungsgeschäft sei ein Verlustgeschäft, treffe offensichtlich nicht zu. Zwar sei es richtig, dass aufgrund des sog. "balanced traffic" und der tieferen "Terminierungsgebühren" von Swisscom Mobile Nettozahlungen von Swisscom Mobile an die beiden kleineren Anbieterinnen stattfänden (vgl. Verfügung Ziff. 170). Diese Argumentation sei aber nicht sachdienlich, weil aus der Tatsache, dass Orange und Sunrise höhere "Terminierungsgebühren" verlangten als Swisscom Mobile, nicht geschlossen werden könne, dass Swisscom Mobile nicht über eine marktbeherrschende Stellung verfüge. Die höheren "Terminierungsgebühren" von Orange und Sunrise seien auch auf die Interpretation des Entscheids der ComCom vom 3. April 2001

durch die Mobilfunkanbieterinnen zurückzuführen und liessen keinen Schluss auf die Marktstellung von Swisscom Mobile zu.

Ferner sei die Argumentation der Beschwerdeführerin irreführend, weil sie verschweige, dass bei Swisscom Mobile die Einnahmen aus der Terminierung vom Festnetz her um ein Vielfaches höher als bei allen anderen Mobilfunkanbieterinnen zusammen seien (vgl. Verfügung Ziff. 170). Die Beschwerdeführerin konstruiere eine hypothetische Marge, indem sie zwei verschiedene Dienstleistungen miteinander vermische, die bei Swisscom Mobile jeweils unterschiedliche Einnahmen und unterschiedliche Ausgaben generierten. Die Beschwerdeführerin verschweige, dass für die Terminierung auf fremde Netze von den Endkunden, welche diese Minuten durch ihre Anrufe auslösten, direkt Einnahmen generiert würden (vgl. Vernehmlassung Ziff. 28). Die Beschwerdeführerin vermische im Bereich der M2M-Terminierung zwei verschiedene Kostenarten und die daraus zu berechnenden Margen, die jedoch klar zu unterscheiden seien:

Auf der einen Seite seien (1.) die Kosten einer von einem anderen Netz her kommenden Minute, welche Swisscom Mobile auf ihrem Netz terminiere, zu berücksichtigen. Da die Beschwerdeführerin diese Kosten nicht offenlege, habe die Vorinstanz auf Kostenschätzungen ausländischer Unternehmen zurückgreifen müssen, welche ergeben hätten, dass die effektiven Kosten einer terminierten Minute bei höchstens 10 Rappen anzusiedeln seien. Daraus ergebe sich für jede auf dem Netz von Swisscom Mobile terminierte Minute unabhängig von deren Herkunft, also auch im M2M-Verkehr, eine sehr hohe Gewinnmarge (vgl. Vernehmlassung Ziff. 26).

Klar zu unterscheiden von diesen Kosten seien (2.) die Zahlungen, welche Swisscom Mobile an ihre Wettbewerber leiste, wenn die Swisscom Mobile-Kunden auf die Netze von Orange und Sunrise anriefen und Swisscom Mobile dann deren "Terminierungsgebühren" bezahlen müsse. Die dort entstehenden Margen entsprächen der Differenz aus den Endkundenpreisen, welche Swisscom Mobile ihren Endkunden verrechne und den Kosten der Originierung, allenfalls eines Transits und der "Terminierungsgebühren" der anderen Anbieterinnen (vgl. Vernehmlassung Ziff. 27).

Eine korrekte Berechnung der beiden Margen, diejenige von eingehendem und diejenige von ausgehendem Verkehr, komme zwangsläufig zum Schluss, dass die Terminierung kein Verlustgeschäft sein

könne. Das Gegenteil sei der Fall: Es würden in diesem Bereich hohe Margen erzielt (vgl. Vernehmlassung Ziff. 28). Abgesehen davon seien ausgehende Minuten Teil eines anderen Markts und daher bei der Kostenberechnung von eingehenden Minuten nicht zu berücksichtigen (vgl. Verfügung Ziff. 354).

10.9.3 Beurteilung

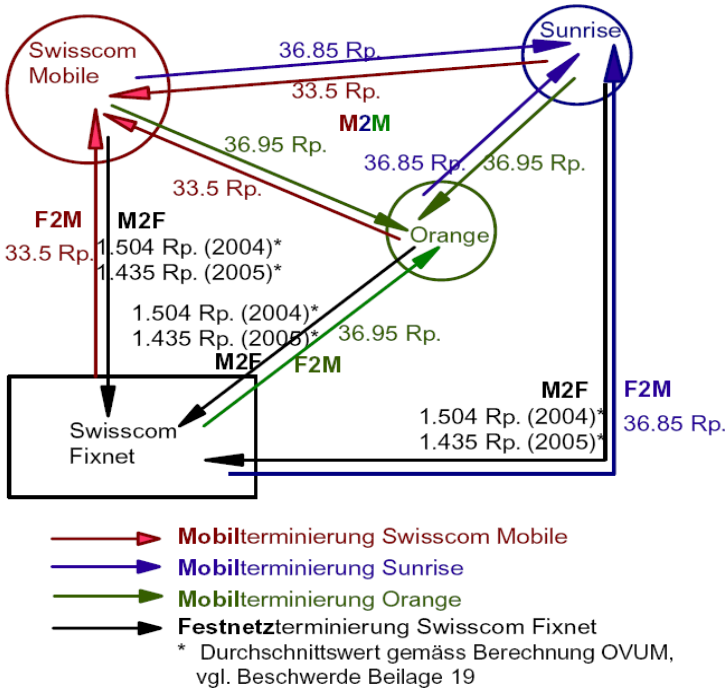
a) Die Darstellung der Beschwerdeführerin ist lediglich zutreffend, soweit sie sich zur Höhe der Terminierungspreise der drei Mobilfunkanbieterinnen (Mobilterminierung) und von Swisscom Fixnet (Festnetzterminierung) im vorliegend relevanten Zeitraum äussert:

Orange verlangte von der Beschwerdeführerin sowie von Sunrise und Swisscom Fixnet je einen Mobilterminierungspreis von 36.95 Rp./Min.. Der Mobilterminierungspreis von *Sunrise* gegenüber den erwähnten Anbieterinnen betrug 36.85 Rp./Min., während die *Beschwerdeführerin* Orange, Sunrise und Swisscom Fixnet 33.5 Rappen pro Minute berechnete. Diese Mobilterminierungspreise blieben im Zeitraum vom 1. Oktober 2002 bis 31. Mai 2005 konstant. Insofern trifft es zu, dass die Mobilterminierungspreise von Swisscom Mobile stets tiefer als diejenigen von Sunrise und Orange waren (vgl. Beschwerde Ziff. 42, 468, sowie im Sachverhalt unter A.i).

Auch steht im Sinne der Ausführungen der Beschwerdeführerin fest, dass die ComCom den Festnetz-Terminierungspreis von Swisscom Fixnet rückwirkend per 1. Januar 2000 festgelegt hat, und dies auf einem deutlich tieferen Niveau als die genannten Mobilterminierungspreise (vgl. Medienmitteilung der ComCom vom 31. August 2006, Beschwerde Beilage 7).

Bildlich ergibt dies folgende Situation:

Abb. 6: Übersicht Fest- und Mobilterminierungspreise



Abgesehen von dieser nicht zu beanstandenden Ausgangslage überzeugt das Modell, mit dem die Beschwerdeführerin darzulegen versucht, wegen eines Verlusts im Terminierungsverkehr im M2M-Bereich nicht marktbeherrschend zu sein, jedoch nicht. Unabhängig davon, dass die Vorinstanz gemäss ihrem Hinweis auf den "balanced traffic" (vgl. Verfügung Ziff. 170) mit der Beschwerdeführerin von grundsätzlich gegenseitig ausgeglichenen Gesprächsströmen auszugehen scheint, vermögen die Ausführungen der Beschwerdeführerin an der bisherigen Beurteilung ihrer Marktstellung nichts zu ändern:

b) Die Modellrechnung der Beschwerdeführerin ist bereits deshalb nicht stichhaltig, weil sie dem vorliegend relevanten Markt für die Terminierung von *in* das Mobilfunknetz der Beschwerdeführerin *eingehenden* Sprachanrufen widerspricht. Da die marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführerin nur auf dem relevanten Markt und nicht anderswo zu bejahen oder zu verneinen ist, könnte die bisherige Einschätzung höchstens dann fraglich sein, wenn die Beschwerdeführerin den geltend gemachten Verlust auf diesem relevanten Markt einfahren würde, ohne daran etwas ändern zu können. Dies behauptet die Beschwerdeführerin jedoch überhaupt nicht. Vielmehr weitet sie die Sicht mit ihrem "Nettozahlungsmodell" entgegen der korrekten Markt-

abgrenzung – welche einzig die auf das Mobilfunknetz der Beschwerdeführerin *eingehenden*, von einem *Mobilfunknetz* oder einem *Festnetz* herkommenden Gespräche umfasst – nach ihrem freien Dafürhalten aus bzw. ein:

Zusätzlich zu den auf das Mobilfunknetz der Beschwerdeführerin eingehenden *Mobil*anrufen (M2M) berücksichtigt das Berechnungsmodell jene *Mobil*gespräche, welche von ihrem Mobilfunknetz auf ein anderes Mobilfunknetz geführt werden, und bezieht so den *bilateralen Mobil*terminierungsverkehr zwischen der Beschwerdeführerin und Orange bzw. Sunrise mit ein.

Wie ausführlich dargelegt wurde (vgl. E. 9.5.4.2), bilden *ausgehende* Gespräche jedoch ausdrücklich nicht Teil des relevanten Markts. Der neuerlich vorgebrachte Einwand der Beschwerdeführerin – die Gewinnberechnung der Vorinstanz (Multiplikation aller im Netz von Swisscom Mobile terminierten Minuten mit dem angeblich unrechtmässigen Gewinn von 13.5 Rappen pro terminierter Minute) gehe fälschlicherweise davon aus, ein Abonnent der Beschwerdeführerin erhalte nur Anrufe und betrachte damit nur die eine Seite der Rechnung, obwohl den *Einnahmen* aus den "Terminierungsgebühren" immer auch *Ausgaben* für die Terminierung in andere Netze gegenüberstünden – vermag daran nichts zu ändern. Die Unterscheidung zwischen ein- und ausgehenden Anrufen ist nicht nur für die korrekte Marktabgrenzung, sondern auch für die auf dieser Basis vorzunehmende Beurteilung der Marktstellung sachgerecht. Die Vorinstanz weist zu Recht darauf hin, dass *ausgehende* Minuten als Teil eines anderen Markts bei der Kostenberechnung von eingehenden Minuten nicht zu berücksichtigen sind.

Das Modell der Beschwerdeführerin zieht damit abweichend vom relevanten Markt zusätzlich die beiden jeweils für Sunrise und Orange relevanten Mobilterminierungsmärkte in die Betrachtung mit ein (vgl. dazu Abb. 6 betr. Übersicht Fest- und Mobilterminierungspreise). Selbst wenn man dieser fiktiven Marktabgrenzung folgen würde, stellt man fest, dass die Beschwerdeführerin diesen Schritt aber nicht vollständig vollzieht, sondern nur insoweit, als die Mobilterminierung durch einen von einem anderem *Mobilfunknetz* her kommenden Anruf ausgelöst wird (M2M). Obwohl die Beschwerdeführerin den Fokus ausdrücklich auf die (gegenseitige) Mobilterminierung legt, klammert ihre Berechnung die ebenfalls eine Mobilterminierung auslösenden

und zu den Mobilterminierungsmärkten gehörenden Anrufe von einem *Festnetz* auf ein Mobilfunknetz (F2M) und die hier als Mobilterminierungspreise anfallenden Einnahmen aus.

Dass die Beschwerdeführerin diesen Bereich nach eigenem Gutdünken aus der Berechnung ausschliesst, erscheint willkürlich, umfasst der relevante Markt doch – ohne, dass nach der Herkunft der Anrufe (von einem Mobil- oder Festnetz) zu unterscheiden wäre – *alle* auf dem betreffenden Mobilfunknetz durch netzübergreifende Sprachanrufe ausgelösten Terminierungen. Eine Beurteilung der Stellung der Beschwerdeführerin auf dem abgegrenzten relevanten Markt, basierend einzig auf den terminierten Minuten mit Herkunft in den *Mobilfunknetzen,* kann nicht angehen. Bei einer Nichtberücksichtigung der von den *Festnetzen* ausgelösten Mobilterminierungen (F2M), die einen grossen Anteil an der Gesamtmenge der im Mobilfunknetz der Beschwerdeführerin terminierten Minuten ausmachen, würde ein bedeutender Teil des relevanten Markts ausgeblendet. Da die Beschwerdeführerin zudem die Gespräche von den Mobilfunknetzen auf ein *Festnetz* (M2F, Festnetzterminierung) nicht beachtet, bleiben bei ihrer Berechnung das Verhältnis zwischen den Mobilfunknetzen und den Festnetzen (insbes. Swisscom Fixnet) und damit die hier gemäss eigenen Angaben der Beschwerdeführerin für alle Mobilfunkanbieterinnen resultierenden erheblichen Profite gänzlich unberücksichtigt.

Was die Beschwerdeführerin zur Rechtfertigung vorbringt, überzeugt nicht. Ihre Argumentation, dass zwischen Mobilfunkanbieterinnen eine Reziprozitätsbeziehung bestehe, wogegen dies im Verhältnis "Festnetzanbieter-Mobilfunkanbieter" aufgrund des "asymmetrischen" Eingriffs des Regulators im Festnetzbereich nicht der Fall sei, steht in keinem Zusammenhang zu der hier zur Debatte stehenden Gewinn- bzw. Verlustrechnung, nach welcher die damalige Swisscom Mobile über keine marktbeherrschende Stellung verfügt haben soll.

Mit dem gewählten "Nettozahlungsmodell" konstruiert die Beschwerdeführerin faktisch einen fiktiven, nicht existierenden "Markt" für die Terminierung von ein- und ausgehenden Mobilfunkgesprächen, allerdings unter Ausschluss der durch ein Festnetz ausgelösten Mobilterminierungen (F2M) und der Gespräche von einem Mobilfunknetz auf ein Festnetz (M2F, Festnetzterminierung), um im Ergebnis *auf diesem fiktiven* "*Markt*" gezielt einen Verlust ausweisen zu können. Es geht nicht

an, aus einer derart zurecht gelegten und den tatsächlich relevanten Markt ignorierenden Berechnung herleiten zu wollen, die Beschwerdeführerin habe sich auf dem *relevanten* Markt nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können.

Dies umso weniger, als auf dem *relevanten* Markt offensichtlich eine *Gewinnsituation* vorliegt: Denn es ist augenfällig, dass die Beschwerdeführerin aus der Terminierung von Anrufen auf ihr Mobilfunknetz keine Verluste machte, sondern mit jeder in ihrem Mobilfunknetz terminierten Minute eine Gewinnmarge realisierte. Davon muss ausgegangen werden, weil der Terminierungspreis, den Swisscom Mobile im vorliegend relevanten Zeitraum von den anderen Mobilfunkanbieterinnen und auch von Swisscom Fixnet für jede terminierte Minute *einnahm* (33.5 Rp./Min.), ohne jeden Zweifel *höher* war als die *Ausgaben*, welche der Beschwerdeführerin jeweils für die Erstellung einer Minute Terminierung anfielen. Die genaue Höhe dieser Terminierungskosten und die – sich daraus und den insgesamt im Mobilfunknetz der Beschwerdeführerin terminierten Minuten ergebende – Höhe des Gewinns dürfen an dieser Stelle offen bleiben.

Relevant ist hier einzig, dass keine Anhaltspunkte dafür bestehen und auch nicht geltend gemacht wird, dass die Terminierungskosten der Beschwerdeführerin ihren Mobilterminierungspreis von 33.5 Rp./Min. überschritten hätten, weshalb feststeht, dass die Beschwerdeführerin auf dem relevanten Markt keinen Verlust, sondern einen Gewinn erwirtschaftete. Die Argumentation der Beschwerdeführerin geht bereits aus diesen Überlegungen fehl.

c) Ihr Berechnungsmodell erweist sich jedoch auch losgelöst von einer strengen Bindung an den relevanten Markt als unhaltbar.

Soll der von der Beschwerdeführerin erwirtschaftete Gewinn bzw. Verlust nämlich, wie von der Beschwerdeführerin verlangt, unter Einbezug der *ein- und ausgehenden* Gespräche berechnet werden, wären nicht nur einfach isoliert die von der Beschwerdeführerin im M2M-Bereich eingenommenen und bezahlten Terminierungspreise miteinander zu verrechnen, worauf sich die Beschwerdeführerin beschränkt. Für ein den wirtschaftlichen Verhältnissen im "*gegenseitigen* Terminierungsgeschäft" gerecht werdendes Ergebnis müssten vielmehr *alle* Einnahmen und Ausgaben*,* welche der Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit den auf ihrem Mobilfunknetz *eingehenden* und von

ihrem Mobilfunknetz *ausgehenden* netzübergreifenden Gesprächen anfallen, einander gegenübergestellt werden.

Im Sinne des bisher Ausgeführten (vgl. vorstehend Bst. b) wären vorerst auch all jene Einnahmen und Ausgaben zu beachten, die mit den Gesprächen vom Mobilfunknetz der Beschwerdeführerin auf ein *Festnetz* und umgekehrt verbunden sind (F2M, M2F). Das Berechnungsmodell der Beschwerdeführerin klammert diesen Bereich (und damit namentlich die Einnahmen aus der Terminierung von den Festnetzen her) trotz dessen nach eigener Beschreibung grossen wirtschaftlichen Bedeutung auch für die damalige Swisscom Mobile in nicht überzeugender Weise aus.

Auch schenkt das "Nettozahlungsmodell" weder den Kosten Beachtung, welche die Beschwerdeführerin selber für die Terminierung der auf ihrem Mobilfunknetz *eingehenden* Anrufe aufwendet (Erstellungskosten), noch jenen, welche der Beschwerdeführerin bei den von ihrem Mobilfunknetz *abgehenden* Gesprächen für die Originierung anfallen (Originierungskosten); ebenso unberücksichtigt sind die Kosten eines abgehenden Gesprächs für einen allfälligen Transit über ein Drittnetz.

Vor allem weist die Vorinstanz aber zu Recht darauf hin, das "Nettozahlungsmodell" verschweige, dass jedes vom Mobilfunknetz der Beschwerdeführerin *abgehende* Gespräch nicht nur den der anderen Mobil- bzw. Festnetzanbieterin geschuldeten (Mobil- bzw. Festnetz-) Terminierungspreis (sowie Originierungs- und ev. Transitkosten als weitere *Ausgaben*) auslöst, sondern direkt auch *Einnahmen* generiert, und dies in Form der Endkundenpreise, welche die Beschwerdeführerin (damalige Swisscom Mobile) von ihren Endkunden gemäss den Konditionen des jeweiligen Abonnements für die von diesen initiierten Gespräche verlangt (vgl. Vernehmlassung Ziff. 28). Bei einer Berechnung, welche sich (fälschlicherweise) nicht am relevanten Markt, sondern dem "gegenseitigen Terminierungsgeschäft" orientiert, wären diese – erst und nur durch die Ausdehnung der Betrachtung auch auf *ausgehende* Gespräche ins Spiel kommenden – Einnahmen ebenfalls zu beachten. Für die hier gemachte wirtschaftliche Betrachtungsweise erwiese sich alles andere als verfehlt und im Widerspruch zur eigenen Darstellung der Beschwerdeführerin, welche selber wiederholt mit dem (zutreffenden) Umstand argumentiert, dass es sich bei der Terminierung "nur" um eine durch die Nachfrage auf

der Endkundenebene ausgelöste Vorleistung zur Erbringung der damit in einer unverrückbaren 1:1-Relation stehenden Telekommunikationsdienstleistung auf der Endkundenebene handeln würde.

Unter diesen Umständen bietet das "Nettozahlungsmodell" keine Basis für eine nachvollziehbare Gewinn- bzw. Verlustrechnung. Durch die Gegenüberstellung nicht aller, sondern nur bestimmter willkürlich ausgewählter Einnahmen- und Ausgabenfaktoren (nur die von Swisscom Mobile von den anderen *Mobil*funkanbieterinnen eingenommenen [mit 33.5 Rp./Min. tieferen] und an diese bezahlten [mit 36.85 bzw. 36.95 Rp./Min. höheren] Mobilterminierungspreise) wird die wirtschaftliche Bedeutung des "gegenseitigen Terminierungsgeschäfts" für die Beschwerdeführerin (damalige Swisscom Mobile) auf unzulässige Weise verfälscht.

Bilden entgegen der konstruierten Betrachtungsweise der Beschwerdeführerin *alle* anfallenden Einnahmen und Ausgaben (inklusive der Einnahmen aus der Terminierung von den Festnetzen her und der von den eigenen Endkunden für die ausgehenden Gespräche bezahlten Beträge) Gegenstand der Berechnung, besteht kein Grund zur Annahme, dass das "gegenseitige Terminierungsgeschäft" für die Beschwerdeführerin zu Verlusten führte:

Einerseits ist nach dem Gesagten bei richtiger Betrachtung nicht daran zu zweifeln, dass Swisscom Mobile mit Bezug auf die von ihrem Mobilfunknetz *ausgehenden* Gesprächsströme gewinnbringend wirtschaftete. Andererseits steht fest, dass auch auf dem relevanten Markt, d.h. dem die *eingehenden* Gespräche umfassenden Bereich, eine Gewinnsituation besteht (vgl. oben Bst. b).

Damit ist entgegen der Beschwerdeführerin und mit der Vorinstanz festzuhalten, dass eine korrekte Berechnung der Margen des eingehenden *und* ausgehenden Verkehrs zum Schluss führt, dass die Terminierung kein Verlustgeschäft sein kann.

d) Die Beschwerdeführerin bringt nichts vor, was die aufgezeigten Schwächen ihres "Nettozahlungsmodells" widerlegen und rechtfertigen würde, dieses zur Anwendung zu bringen.

Dies gilt auch für die Auffassung, das Verhalten von Orange und Sunrise nach der Senkung des Terminierungspreises durch die Beschwerdeführerin am 1. Juni 2005 beweise, dass ihr Nettozahlungs-

modell stimme. Orange und Sunrise hätten nach der Senkung der "Terminierungsgebühr" durch die Beschwerdeführerin ihre eigenen "Terminierungsgebühren" nicht freiwillig angemessen gesenkt, weil sie ein eigenes Interesse an hohen "Terminierungsgebühren" bzw. an einer möglichst grossen Differenz zwischen der eigenen "Terminierungsgebühr" und derjenigen der Beschwerdeführerin gehabt hätten. Die Vorinstanz bestätige in Ziff. 80 und 111 ihres "Gutachtens IC" vom 20. November 2006 (vgl. RPW 2006/4, S. 739) selber, dass Orange und Sunrise infolge der Preissenkung der Beschwerdeführerin in der Lage gewesen seien, durch ein hohes Delta von der Beschwerdeführerin monatliche Zahlungen in Millionenhöhe zu erzielen (vgl. Beschwerde Ziff. 70 ff., 261, 307, 360 ff.; Replik Ziff. 99).

All dies ändert an der im Ansatz falschen Berechnungsmethode der Beschwerdeführerin nichts. Die Senkung des Mobilterminierungspreises von Swisscom Mobile führte aus der Sicht von Orange und Sunrise zwar zweifellos insofern zu einem finanziellen Vorteil, als sich dadurch deren *Ausgaben* für die Terminierung in das Mobilfunknetz der Beschwerdeführerin erheblich verringerten. Dies stösst jedoch die Tatsache nicht um, dass die Beschwerdeführerin im vorliegend relevanten Zeitraum, d.h. *vor* der Senkung ihres Mobilterminierungspreises, sowohl auf dem relevanten Markt als auch im "gegenseitigen Terminierungsgeschäft" entgegen ihrer Darstellung Gewinne machte.

Wie sich die Senkung des Mobilterminierungspreises von 33.5 auf 20 Rp./Min. auf die "Bilanz" der Beschwerdeführerin und von Orange und Sunrise auswirkten, steht hier nicht zur Diskussion, müsste aber wiederum nicht nach dem "Nettozahlungsmodell", sondern für jedes Unternehmen separat unter Berücksichtigung der je individuellen Einnahmen- und Kostenstruktur geprüft werden.

e) Im Übrigen scheint auch die Beschwerdeführerin ihr gezielt arrangiertes "Verlustgeschäft" für nicht besonders gravierend zu halten. Nur so kann ihre Aussage interpretiert werden, die Nettozahlungen seien – im Verhältnis zu den Gesamtkosten – "minim" bzw. "vernachlässigbar"; die Terminierungspreise würden sich im M2M-Bereich "gegenseitig praktisch vollständig" aufheben (vgl. Beschwerde Ziff. 130, Replik Ziff. 43).

f) Worin die Beschwerdeführerin unter diesen Umständen eine Situation erblickt, welche ein marktbeherrschendes Unternehmen umgehend durch Ausübung von Marktmacht korrigiert hätte, ist nicht ersicht-

lich. Eine Einschränkung ihres Verhaltensspielraums auf dem relevanten Markt vermag die Beschwerderführerin mit dem "Nettozahlungsmodell" jedenfalls nicht darzulegen. Die vorstehenden Ausführungen machen vielmehr deutlich, dass es auch unter Berücksichtigung dieses Einwands bei der bisherigen, die marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführerin bejahenden Einschätzung bleibt.

10.10 Weitere Einwände

Weitere Einwände, aus welchen die Beschwerdeführerin etwas zur Beurteilung ihrer Stellung auf dem relevanten Markt für sich ableiten könnte, sind nicht ersichtlich.

Weder aus dem "Gutachten IC" der Vorinstanz vom 20. November 2006 (vgl. RPW 2006/4, S. 739), den Stellungnahmen von ComCom und BAKOM (vgl. Stellungnahmen vom 6. bzw. 1. Juli 2005; Vorinstanz act. 245 f., 341, Beilagen 19 und 20, vgl. E. 10.2.3) noch der fernmelderechtlichen Praxis der EU (vgl. Beschwerde Ziff. 319, 320, 322) ergeben sich von den bisherigen Ausführungen abweichende Erkenntnisse. Dies gilt namentlich hinsichtlich dem, was zur Eingrenzung der Fragestellung (vgl. E. 10.3) und zur verlangten Gleichbehandlung mit Orange und Sunrise dargelegt wurde (vgl. E. 10.7.4).

10.11 Fazit

Damit ergibt sich, dass die Vorinstanz zu Recht von einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 4 Abs. 2 KG der Beschwerdeführerin auf dem für sie relevanten Markt für die Terminierung von Sprachanrufen in ihr Mobilfunknetz bis am 31. Mai 2005 ausgeht. Die Dispositiv-Ziff. 1 der angefochtenen Verfügung stellt dies, ohne Bundesrecht zu verletzen, fest.

11. Die Missbräuchlichkeit des vorgeworfenen Verhaltens im Kontext des Streitgegenstands und der potenziell anwendbaren bundesrechtlichen Wertparitätskontrollen

Ausgehend vom relevanten Markt (E. 9) und der dort beherrschenden Stellung der Beschwerdeführerin (E. 10) ist als Nächstes zu prüfen, ob das ihr zur Last gelegte, angeblich unzulässige Verhalten ("Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung durch Erzwingung des unangemessenen Terminierungspreises von 33.5 Rp./Min. vom 1. April 2004 bis 31. Mai 2005") nach Art. 49*a* Abs. 1 KG sanktionswürdig war, weil dieses Verhalten die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 7 Abs. 1 (i.V.m. Abs. 2 Bst. c) KG erfüllt.

Diese von der Vorinstanz angerufene Bestimmung lässt sich in ihrer Tragweite nur richtig erfassen, wenn vorab Art. 7 Abs. 1 KG, der sowohl öffentlich-rechtlicher als auch privatrechtlicher Natur ist (vgl. BORER, a.a.O., Rz. 6 vor Art. 12-17 KG; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 5), im Kontext des Streitgegenstands beleuchtet (E. 11.1 f.) *und* danach in seiner Konkretisierung in Abs. 2 Bst. c in den Zusammenhang mit den ebenfalls preisbezogenen bundesrechtlichen Wertparitätskontrollen gestellt wird, die in Bezug auf Terminierungspreise potenziell anwendbar sind (E. 11.3). Danach ist in Erwägung 12 die Hauptfrage zu prüfen, ob das strittige Verhalten die gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt und damit sanktionswürdig ist, wie die Vorinstanz meint, die Beschwerdeführerin jedoch bestreitet.

11.1 Art. 7 Abs. 1 KG: Behinderung oder Ausbeutung?

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

In dieser Bestimmung, auf die in der Erwägung 4.5 im Zusammenhang mit Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK eingegangen wurde, werden *zwei strukturell verschiedenartige* Verhaltensweisen als missbräuchlich bezeichnet, nämlich *Behinderungs*sachverhalte und *Ausbeutungs*sachverhalte, die voneinander abzugrenzen sind (vgl. CLERC, a.a.O., Rz. 71 ff. zu Art. 7 KG):

11.1.1 *Behinderungssachverhalte* treten immer (gegenüber Konkurrenten) als Wettbewerbsbeschränkungen auf und sind ihrem Wesen nach *wettbewerbsbezogen.* Solche Sachverhalte drücken sich, um im technisch komplexen Netzwerkkontext zu bleiben, beispielsweise da-

durch aus, dass ein Anbieter sein Zugangskontrollmonopol dazu missbraucht, die Entfaltung des *nachgelagerten* Dienstleistungsmarkts zu behindern (vgl. Zugangs-Mitteilungen, a.a.O., Rz. 52). Denkbar ist auch, dass eine Interkonnektionsvereinbarung den Wettbewerb zwischen den beiden Parteien dieser Vereinbarung oder den Wettbewerb Dritter einschränkt (vgl. Zugangs-Mitteilungen, a.a.O., Rz. 131). So wäre eine Verweigerung oder die Erschwerung des Netzzugangs durch marktmächtige Unternehmen als Behinderungsstrategie gegenüber Konkurrenten zu werten, wenn aktuelle oder potenzielle Marktrivalen, die auf den Netzzugang angewiesen sind, von *nachgelagerten* Märkten verdrängt oder ferngehalten werden sollen (vgl. AMGWERD, a.a.O., Rz. 63).

Solche Sachverhalte erfasst – der hier zwar nicht zur Diskussion stehende – Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG, wonach unter Umständen auch die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen (oder sonstigen Geschäftsbedingungen) unzulässig sein kann. Denn solche "unangemessenen Preise" lassen sich nicht anders als Zugangsverweigerungen oder Zugangserschwerungen (mit wettbewerbsbehindernder Auswirkung) interpretieren (vgl. PATRIK DUCREY, Das schweizerische Kartellrecht, in: Cottier/Oesch [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. XI: Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktsrecht, 2. Aufl., Basel 2007, Rz. 211 ff., S. 692). Daher ist die Wettbewerbspolitik im Wesentlichen darauf gerichtet, solche Marktbarrieren zu verhindern oder zu beseitigen, da offene Märkte als beste Garanten für wirksamen Wettbewerb gelten (vgl. AMGWERD, a.a.O., Rz. 77).

11.1.2 Demgegenüber spielen sich *Ausbeutungssachverhalte* im *wettbewerbsfreien* Raum ab, und zwar gegenüber der anbietenden oder nachfragenden Marktgegenseite. Zu denken ist etwa an die Situation, dass ein Angebotsmonopolist seine Stellung dazu benutzt (d.h. missbraucht), um ausbeuterische ("wucherische") Preise dem Nachfrager aufzuwingen, im Wissen, dass dieser – angesichts des Monopols – über keine zumutbaren Alternativen verfügt, wenn er seinen Bedarf nach dem Gut des Monopolisten decken will oder muss (vgl. DUCREY, a.a.O., Rz. 199, wonach es nach Art. 7 Abs. 1 KG unzulässig wäre, zu einem übermässig hohen Preis zu liefern, wenn ein Kunde keine Ausweichsmöglichkeiten besitzt). Insofern ist der in Art. 7 Abs. 1 KG verwendete, unscharfe Terminus "benachteiligen" als "ausbeuten" zu verstehen (vgl. ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 619).

Diese Form *kartellrechtlicher* Preismissbrauchsaufsicht hat dann zu greifen, wenn Märkte nicht mehr wettbewerblich strukturiert sind (vgl.

WIEDEMANN, a.a.O., § 23 N 1, S. 972), also wenn die Wettbewerbspolitik ihrer angestammten Aufgabe, Wettbewerb zu fördern oder diesen zu erhalten, nicht nachkommen kann. Mit der in Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG vorgesehenen Möglichkeit, *kartellgesetzlich* gegen Preisausbeutungen vorzugehen, soll insbesondere verhindert werden, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen seinen vom Wettbewerb nicht wirksam kontrollierten Gestaltungsspielraum zu Lasten Dritter mit einem Verhalten, das zu "nicht wettbewerbsgerechten Marktergebnissen" führt, ausnützt (vgl. WIEDEMANN, a.a.O., § 23 N 32, S. 992, mit dem entsprechenden Zitat des Kammergerichts).

11.1.3 Wie bereits in Erwägung 4.5 festgehalten wurde, vermag Art. 7 Abs. 1 KG – angesichts seiner inhaltlichen Offenheit – zwar nicht für sich alleine betrachtet, sondern nur im Rahmen der Konkretisierung durch Abs. 2 Bst. c KG, den Anforderungen des in Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK verankerten Legalitätsprinzips zu entsprechen.

Daher setzt, wie die Vorinstanz zu Recht ihrem Prüfungsschema zu Grunde gelegt hat, die Tatbestandsmässigkeit des inkriminierten Verhaltens voraus, dass eine Marktbeherrscherin die Marktgegenseite "ausbeutet" (Art. 7 Abs. 1 KG), *indem* jene von ihrer *Vertragspartnerin unangemessene Preise erzwingt* (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG).

11.2 Die Vorinstanz als sanktionierende "Preisüberwacherin"

Ausschliesslich um den in Erwägung 11.1.2 dargestellten Preisausbeutungstatbestand dreht sich der *vorliegende Streit*, dessen Gegenstand in E. 2.2.3 kurz umrissen wurde und hier zu vertiefen ist:

11.2.1 Der Beschwerdeführerin wird – gestützt auf die Aktenlage – *einzig* vorgeworfen, sie habe vom 1. April 2004 bis am 31. Mai 2005 im Sinne von Art. 7 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. c KG ihre marktbeherrschende Stellung dazu missbraucht, von anderen Fernmeldedienstanbieterinnen (d.h. vorab von Sunrise und Orange) den unangemessenen Terminierungspreis von 33.5 Rp./Min. zu erzwingen. Deshalb sei der verhängte Sanktionsbetrag gemäss Art. 49*a* Abs. 1 KG im Grundsatz gerechtfertigt.

Diese – der Beschwerdeführerin *ausschliesslich* vorgeworfene – *Preisausbeutung* spielt sich unbestrittenermassen im wettbewerbsfreien Raum ab, da angesichts der angebotsmonopolistischen Struktur des relevanten Terminierungsmarkts (für eingehende Gespräche auf das Mobilfunknetz der Beschwerdeführerin, E. 9.8) insofern kein Wettbewerb herrscht bzw. herrschen kann, als die auf Terminierung

angewiesenen Fernmeldedienstanbieterinnen nicht auf technisch zumutbare Alternativen ausweichen können (vgl. E. 10.5 sowie die Ziff. 69 [Fn. 69] der Leitlinien, a.a.O.). Daher versucht die Vorinstanz mit ihrem Eingriff als "Preisüberwacherin", die Folgen von *fehlendem Wettbewerb* zu bekämpfen, die sie darin erblickt, dass die Beschwerdeführerin vom 1. April 2004 bis 31. Mai 2005 von allen auf Interkonnektion angewiesenen Fernmeldedienstanbieterinnen den angeblich "unangemessenen" Terminierungspreis von 33.5 Rp./Min. "erzwingen" konnte.

Ihr Eingriff ist deshalb *nicht* darauf gerichtet, gegen allfällige Wettbewerbsbehinderungen, d.h. ein "Zuwenig an Wettbewerb" anzukämpfen, um so dessen Wirksamkeit wiederherzustellen, was sich bei Abreden oder abgestimmten Verhaltensweisen aufdrängen würde, wenn sich diese im Sinne von Art. 5 KG als wettbewerbsschädlich erwiesen (vgl. zur Offenheit dieses Begriffs E. 5.6.5.5). Zu einem solchen Vorgehen hätte die Vorinstanz auch keinen Anlass, da sie der Beschwerdeführerin, wie bereits in Erwägung E. 2.2.4 erwähnt, keine *Behinderung* des Wettbewerbs – weder auf der Infrastrukturebene ("Wholesale") noch auf der Dienstleistungsebene ("Retail") – vorwirft. Aus diesem Grunde wird in der angefochtenen Verfügung *davon abgesehen,* gestützt auf Art. 5 Abs. 3 KG eine auf die *Preise der Dienstleistungsebene* (Endkundenebene) bezogene Abrede (oder abgestimmte Verhaltensweise) *aller* Mobilfunkanbieter zu sanktionieren, in deren Rahmen – neben anderen Faktoren, wie z.B. "Handysubventionen", Abonnements- und Minutenpreise – auch die gegenseitig verrechneten Terminierungspreise (als *Kostenbestandteile* des vom Endkonsumenten zu bezahlenden Minutenpreises) einer kartellrechtlichen Würdigung zu unterziehen gewesen wären.

Insofern erfolgte die hier strittige Intervention auch nicht primär im Interesse der Endkonsumenten, wie die Vorinstanz selbst einräumt (vgl. E. 2.2.3), sondern im Interesse der als schutzbedürftig erachteten Marktgegenseite, von der – so der Vorwurf – als Vertragspartnerin der angeblich unangemessene Terminierungspreis von 33.5 Rp./Min. erzwungen worden sei (vgl. Dispositiv-Ziff. 2). Dazu fällt auf, dass das im Verfügungsentwurf vom 11. Oktober 2006 (Vorinstanz act. 359) in den Ziff. 193-200 noch enthaltene zweiseitige Kapitel zur angeblichen "Ausbeutung der Endkunden" keinen Eingang in die angefochtene Verfügung gefunden hat. Dies belegt im Rahmen der Entstehungsgeschichte der angefochtenen Verfügung die Verlagerung des Fokus von den Verhältnissen auf der Endkundenebene (Dienstleistungsebene) zu

den Terminierungspartnern auf der strukturell anders gearteten Infrastrukturstufe (vgl. dazu nachfolgend E. 11.3.1.4 und E. 12.3.4).

11.2.2 Dieses prozessuale Vorgehen der Vorinstanz gegen allfällige Preisausbeutungen ist im Grundsatz nicht zu beanstanden. Denn nach Art. 7 Abs. 1 KG lassen sich folgende zwei Ziele verwirklichen: Einerseits dürfen Massnahmen getroffen werden, um fehlenden wirksamen Wettbewerb wiederherzustellen, was die Hauptaufgabe der Vorinstanz ist. Darüber hinaus darf sie – im Sinne der Preisüberwachung nach dem Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985 (PüG, SR 942.20) – die Folgen von fehlendem Preiswettbewerb korrigieren (vgl. DUCREY, a.a.O., Rz. 217, m.w.H.). Daher ist – entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin – auch nicht zu bemängeln, dass die Vorinstanz – in der von ihr wahrgenommenen Funktion als "Preisüberwacherin" – für die Beurteilung der Angemessenheit der Preise die Kriterien nach Art. 13 PüG heranzieht (Verfügung Ziff. 203 und 386).

11.3 Die kartellgesetzliche Wertparitätskontrolle im Kontext der bundesrechtlichen Kodifikationen mit Auswirkungen auf Verträge

Die hier ausschliesslich nach *kartellgesetzlichen* Gesichtspunkten, d.h. nach Art. 7 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. c KG zu klärende Streitfrage, ob der angeblich erzwungene *schuldrechtliche* Terminierungspreis von 33.5 Rp./Min. im relevanten Zeitraum angemessen war, liegt im Querschnittsbereich von Schuld-, Straf-, Preisüberwachungs- und Fernmelderecht.

In diesen vier Rechtsbereichen sind zur Überprüfung von schuldvertragsrechtlichen Äquivalenzverhältnissen bereichsspezifisch definierte, *behördliche Wertparitätskontrollen* bundesgesetzlich vorgesehen, denen auch der strittige Terminierungspreis von 33.5 Rp./Min. unterworfen werden könnte, sofern die einschlägigen gesetzlichen Voraussetzungen gegeben sind.

Denn es ist zu beachten, dass im Unterschied zur Regulierung des Netzzugangs nach aArt. 11 FMG (neu: Art. 11 f. FMG), welche öffentlichrechtlicher Natur ist, die direkt zwischen den Fernmeldedienstanbieterinnen im Rahmen der Interkonnektion vertraglich vereinbarten Terminierungspreise rein *schuldrechtlicher* Natur sind und bei Streitigkeiten in die Zuständigkeit von Zivilgerichten fallen – ebenso wie alle Streitigkeiten aus Interkonnektionsentscheiden der ComCom (aArt. 11 Abs. 4 zweiter Satz FMG [heute: Art. 11b FMG]; BGE 125 II

613 E. 1d; vgl. zu den fernmelderechtlichen Erfordernissen an die Interkonnektionsvereinbarungen Art. 49 aFDV [neu: Art. 64 FDV]; vgl. dazu AMGWERD, a.a.O., Rz. 339 ff., sowie Rz. 171 zum privat- bzw. öffentlichrechtlichen Doppelcharakter des Netzzugangsregimes und der Doppelnorm von aArt. 11 FMG [neu: Art. 11 und 11a FMG]). Daher ist angesichts des Verhandlungsprimates nach aArt. 11 Abs. 3 FMG eine staatliche Regelung nur subsidiär für den Fall vorgesehen, dass sich die Parteien nicht innert vernünftiger Frist einigen können (vgl. BGE 125 II 613 E. 1c; vgl. nachfolgend E. 11.3.4).

Insbesondere die parallel *neben* dem Kartellgesetz – als Privatrechtskodifikation – bestehenden obligationen-, preisüberwachungs- und fernmelderechtlichen *Wertparitätskontrollen* sind für die Auslegung von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG insofern von grundlegender Bedeutung, als erst vor deren Hintergrund die Konturen dieser Bestimmung sichtbar werden und damit deren Anwendungsbereich in einer Weise erkennbar wird, der dem in Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK verankerten Bestimmtheitsgebot und Gesetzmässigkeitsprinzip zu genügen vermag (vgl. E. 4.3). Gemäss Bundesgericht ist bei der Suche nach der wahren Tragweite einer Norm – neben deren Entstehungsgeschichte und ihres Zwecks – auch die Bedeutung zu suchen, die der Norm *im Kontext mit anderen Bestimmungen* zukommt (vgl. Urteil 2A.503/2006 vom 3. Oktober 2001 E. 4c, m.w.H.).

Deshalb muss hier im Einklang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung auf die kontextual bedeutsamsten Wertparitätskontrollen Bezug genommen werden, weil diese – genauso wie das Kartellgesetz als Privatrechtskodifikation – auf die privatrechtlichen Verhältnisse der Fernmeldedienstanbieterinnen ausstrahlen und weil insbesondere im Interesse der *Einheit der Rechtsordnung* Wertungswidersprüche vermieden werden müssen, die sich durch eine kartellgesetzlich verkürzte Sicht der Dinge ergeben könnten.

In diesem Zusammenhang hat das Handelsgericht Zürich zutreffend festgehalten, die *Rechtsordnung* eines Rechtsstaats müsse als *Einheit* betrachtet werden und der Anforderung nach Widerspruchsfreiheit genügen. Ansonsten bestehe die Gefahr von offenen oder versteckten Widersprüchen rein logischer Natur oder auf der Werteebene. Neben der Harmonisierung in der Gesetzgebung habe eine solche auch im Rahmen der Rechtsanwendung stattzufinden. Diese Koordinationsaufgabe lasse sich grundsätzlich nicht generell-abstrakt, sondern nur problembezogen und fallorientiert lösen. Zu beachten sei dabei, dass letztlich das Bundeszivil- *und* das Bundesverwaltungsrecht dem selben

Ziel dienten, nämlich der Verwirklichung der an denselben grundsätzlichen Werten orientierten, als Einheit zu betrachtenden Rechtsordnung (vgl. Urteil HG040182 vom 3. Oktober 2006 *i.S. TDC Switzerland gegen Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG* [betr. Forderung aus Wettbewerbsbeschränkung] E. 4c, veröffentlicht in: RPW 2006/4, S. 730 ff.). Dieses Urteil hat die I. Zivilabteilung des Bundesgerichts im einlässlich begründeten Urteil 4C.404/2005 vom 16. Februar 2007 bestätigt.

Entgegen der Auffassung der Vorinstanz erachtet auch das Bundesverwaltungsgericht die im besagten Urteil 4C.404/2005 vorgegebene Rechtsprechungslinie als massgebend. Denn das Interesse an der Einheit der Rechtsordnung wiegt hier besonders schwer, nachdem die Schweiz die Besonderheit kennt, dass parallel *zwei* Behörden – der Preisüberwacher und die Wettbewerbskommission – existieren, die sich zuständig erklären können, um *ex officio*, d.h. von Amtes wegen, die Angemessenheit des hier strittigen Terminierungspreises von 33.5 Rp./Min. zu überprüfen, soweit die spezialgesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind (vgl. dazu Botschaft KG 1994, a.a.O., S. 526 f.; Christian Bovet, in: Tercier/Bovet [Hrsg.], a.a.O., Introduction à la LSPr, Rz. 5 ff.; Clerc, a.a.O., Rz. 198 zu Art. 7 KG; Rolf H. Weber, Stämpflis Handkommentar zum Preisüberwachungsgesetz, Bern 2009, Vorbem. N. 48-61 und N. 9 ff. zu Art. 3 PüG [zur Entstehungsgeschichte] sowie Vorbem. N. 70 ff., N. 24 ff. zu Art. 3, N. 10 ff. zu Art. 5, N. 1 ff. zu Art. 16 PüG [zum Verhältnis beider Behörden zueinander]).

Somit ist nachfolgend entsprechend der höchstrichterlichen Rechtsprechung, soweit dies hier für das Verständnis erforderlich ist, auf die wichtigsten, potenziell anwendbaren Instrumente bzw. Verfahren zur "Preishöhenkontrolle" einzugehen, die in den folgenden vier Bundesgesetzen geregelt sind: (1.) *Kartellgesetz*: Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG (vgl. E. 11.3.1); (2.) *Obligationenrecht*: Art. 21 OR (vgl. E. 11.3.2); (3.) *Preisüberwachungsgesetz*: Art. 12 f. PüG (vgl. E. 11.3.3) und (4.) *Fernmeldegesetz*: aArt. 11 FMG (vgl. E. 11.3.4).

11.3.1 Vom Kartellgesetz, d.h. von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG, ist auszugehen. Nach dieser Bestimmung fällt als unzulässige Verhaltensweise *"die Erzwingung unangemessener Preise"* in Betracht. Dieses Verhalten stellt gleichzeitig eine "Benachteiligung" (Ausbeutung) der Marktgegenseite im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG dar, weshalb sie dem marktbeherrschenden Unternehmen als ein nach Art. 49*a* Abs. 1 KG sanktionswürdiger Missbrauch seiner Stellung ausgelegt wird (vgl. E. 4.5 und E. 11.1.3).

11.3.1.1 Zum Verständnis dieser *kartellgesetzlichen* Schutznorm, mit der *privatrechtsgestaltende* Interventionen der Vorinstanz gerechtfertigt werden sollen, ist vorauszuschicken, dass Vertragsparteien als Ausfluss der *Vertragsfreiheit* (verstanden als Inhaltsfreiheit) die *Wertrelationen von Leistung und Gegenleistung grundsätzlich frei bestimmen* können (vgl. Bernhard Berger, Allgemeines Schuldrecht, Bern 2008, Rz. 1067; Jacques Bonvin, in: Tercier/Bovet [Hrsg.], a.a.O., Remarques liminaires aux art. 6-11 LSPr, Rz. 14; Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, Zürich 1988, S. 228; Pierre Engel, Traité des obligations en droit suisse, 2. Aufl., Bern 1997, S. 298; Nicolas Herzog, in: Honsell [Hrsg.], Kurzkommentar Obligationenrecht, Basel 2008, N. 1 zu Art. 21 OR; Bruno Schmidlin, in: Thévenoz/Werro [Hrsg.], Commentaire romand, Code des obligations I, Genf/Basel/München 2003, N. 2 und 30 zu Art. 21 OR).

Insofern ist es den Parteien eines schuldrechtlichen Vertrags nicht verwehrt, auch die Bezahlung von "hohen" Preisen abzumachen, die selbst die wirtschaftliche Leistungskraft des Schuldners übersteigen, ohne dass solche Preise aus obligationenrechtlicher Sicht als "ausbeuterisch" oder "unangemessen" in Frage gestellt werden dürften (vgl. Herzog, a.a.O., N. 3 zu Art. 21 OR; Claire Huguenin, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 4. Aufl., Basel 2007, N. 21 zu Art. 21 OR). In diesem Sinne hat es das Bundesgericht abgelehnt, ein behauptetes Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung unter dem Gesichtswinkel der Sittenwidrigkeit (Art. 20 Abs. 1 OR) zu prüfen, weil es gerade nicht Ziel der Grundwerte unserer Rechtsordnung sei, eine *Wertdisparität* von Vertragsleistungen zu verbieten (vgl. BGE 115 II 232 E. 4c). Nach dem Bundesgericht werde dieser Problemkreis abschliessend vom Übervorteilungstatbestand des Art. 21 OR erfasst (vgl. BGE 115 II 232 E. 4c; Urteil des Bundesgerichts 4A_504/2008 vom 6. Juli 2009 E. 2.1; Huguenin, a.a.O., N. 21 zu Art. 21 OR; Alfred Koller, Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bern 2009, Rz. 265; a.M. Bonvin, a.a.O., Remarques liminaires aux art. 6-11 LSPr, Rz. 17 f.; Engel, a.a.O., S. 306; Pierre Tercier, Le droit des obligations, 3. Aufl., Genf/Zürich/Basel 2004, N. 778).

11.3.1.2 Aus diesem Grund werden im Vertragsrecht (vorbehältlich von Art. 21 OR) *selbst gravierende* Inadäquanzen toleriert (vgl. Herzog, a.a.O., N. 3 zu Art. 21 OR). Infolgedessen wird nur in *Ausnahmefällen* eine Verletzung der "Vertragsgerechtigkeit" angenommen (vgl. BGE 123 III 292 E. 2 e/aa ; Bucher, a.a.O., S. 229; a.M. Peter Gauch, Der

Fussballclub und sein Mietvertrag, recht 1998, S. 55 ff., 95). Denn nach Auffassung des Bundesgerichts dürfe im geltenden System der *Privatautonomie* einer Berufung auf Art. 21 OR nur ausnahmsweise stattgegeben werden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.238/2004 vom 13. Oktober 2005 E. 2.1; BUCHER, a.a.O., S. 229).

Diese restriktive Haltung hängt mit der Auffassung zusammen, dass es *"nur einen durch Angebot und Nachfrage bestimmten, nicht jedoch einen 'gerechten Preis' gibt"* (BUCHER, a.a.O., S. 231. Vgl. auch BGE 123 III 292 E. 6b; DUCREY, a.a.O., Rz. 216; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 693; WEBER, Handkommentar, a.a.O., Vorbem. N. 1, sowie N. 6 und N. 10 zu Art. 12 PüG; zum "Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage" im marktwirtschaftlichen *Preisbildungsprozess* vgl. (1.) aus ökonomischer Sicht HANS CHRISTOPH BINSWANGER, Die Wachstumsspirale – Geld, Energie und Imagination in der Dynamik des Marktprozesses, Marburg 2006, S. 9, 86-95, 97-102, sowie (2.) die Kritik am Denkmodell dieses "Zusammenspiels" bei KARL-HEINZ BRODBECK, Die fragwürdigen Grundlagen der Ökonomie, 3. Aufl., Darmstadt 2007, S. 25 ff.; STEVE FLEETWOOD, Why neoclassical economics explains nothing at all, in: Fullbrook [Hrsg.], Real World Economics, London/New York/Delhi 2007, S. 45 ff.; BERNARD GUERRIEN, Dictionnaire d'analyse économique, 3. Aufl., Paris 2002, S. 305-307; CLAUS PETER ORTLIEB, Methodische Probleme und methodische Fehler der mathematischen Modellierung in der Volkswirtschaftslehre, Hamburg 2004, S. 4-18, online unter: *www.math.uni-hamburg.de/home/ortlieb/* > Ökonomische und ökonomiekritische Texte; WILHELM RÖPKE, Jenseits von Angebot und Nachfrage, Düsseldorf 2009, S. 334 ff.; KURT W. ROTHSCHILD, Macht: Die Lücke in der Preistheorie, in: Held/Kubon-Gilke/Sturn [Hrsg.], Macht in der Ökonomie, Marburg 2008, S. 15 ff., insbes. S. 22-32).

Auch die Lehre zum Kartellrecht befürwortet für Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG einhellig diese dem Schuldrecht entstammende Auffassung des Primats der Privatautonomie, indem eine *kartellgesetzliche* Intervention zur Festlegung eines *"gerechten Preises"* abgelehnt wird (vgl. DUCREY, a.a.O., Rz. 216; REINERT, a.a.O., N. 23 zu Art. 7 KG; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 693; aus ökonomischer Sicht zur Geschichte und Kritik der im Laufe der Zeit entwickelten Tausch- und Geldtheorien und ihres Verhältnisses zur Idee des "gerechten Preises" vgl. KARL-HEINZ BRODBECK, Die Herrschaft des Geldes – Geschichte und Systematik, Darmstadt 2009, S. 398-847).

11.3.1.3 Im Unterschied zum schuldrechtlichen Übervorteilungstatbestand (vgl. nachfolgend E. 11.3.2) ist Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG auf

Fälle von "marktbedingter Leistungsinäquivalenz" zugeschnitten (vgl. HUGUENIN, a.a.O., N. 21 zu Art. 21 OR). Diese Bestimmung enthält deshalb einen auf marktbeherrschende Unternehmen zugeschnittenen Anwendungsbereich, indem das nach Art. 4 Abs. 2 KG die Marktbeherrschung konstituierende Merkmal des "in wesentlichem Umfange unabhängigen Verhaltens" ein Ausmass an *Handlungsfreiheit* beinhaltet, das mit einem entsprechenden Zwangspotenzial gegenüber einer auf Geschäftsbeziehungen angewiesenen Marktgegenseite einhergeht (vgl. REINERT, a.a.O., N. 23 zu Art. 7 KG; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 694).

Insofern geht es letztlich – aus der Sicht der marktbeherrschenden "Täterseite" – um den "Missbrauch wirtschaftlicher Handlungsfreiheit" gegenüber der als Opfer ausgebeuteten Marktgegenseite (Art. 4 Abs. 2 i.V.m. Art. 7 KG; ROGER ZÄCH/ADRIAN KÜNZLER, Traditionelle europäische Wettbewerbspolitik versus "more economic approach", EuZ 2009, S. 30 ff., insbes. S. 32 ff.; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 91, 526 ff.; vgl. auch AMSTUTZ, a.a.O., S. 52 ff.; BUNDESKARTELLAMT, Die Zukunft der Missbrauchsaufsicht in einem ökonomisierten Wettbewerbsrecht [Hintergrundpapier vom 20. September 2007], online unter: *www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Diskussionsbeitraege/070920_AK_Kartellrecht.pdf;* zum Problem der *Gefährdung der Handlungsfreiheit im Markt* unter Bezugnahme auf FRIEDRICH AUGUST VON HAYEK vgl. ADRIAN KÜNZLER, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit?, Zur Frage nach den Aufgaben des Rechts gegen private Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 2008, S. 201-219, sowie KARL-HEINZ BRODBECK, Was heisst eigentlich "Marktgehorsam"?, in: Assländer/Ulrich [Hrsg.], 60 Jahre Soziale Marktwirtschaft – Illusionen und Reinterpretationen einer ordnungspolitischen Integrationsformel, Bern/Stuttgart/Wien 2009, S. 45-67, online unter: *www.khbrodbeck.homepage.t-online.de* > Downloads > Ökonomie).

In diesem Sinne verweist der im Kontext von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG verwendete Begriff "Erzwingung", der Art. 82 EG-V nachgebildet ist (vgl. E. 12.3.3), auf die wirtschaftliche Macht eines beherrschenden Unternehmens, das seinen Vertragspartnern seinen Willen aufzwingen kann, weshalb es auf deren Verhandlungsgeschick nicht ankommen kann (vgl. DE BRONETT, a.a.O., § 22 N. 49, S. 928; CLERC, a.a.O., Rz. 209 zu Art. 7 KG). Aus diesem Grunde stehen insbesondere Monopolisten unter dem Generalverdacht, dass sie ihre Preissetzungsmacht tendenziell durch die Festsetzung von "unangemessen hohen Preisen" missbrauchen (vgl. AMGWERD, a.a.O., Rz. 58). Dazu hält indessen ZÄCH

einschränkend fest, dass auch hohe Preise nicht per-se als unangemessen zu beurteilen seien. Denn Wettbewerb schliesse die Möglichkeit ein, hohe Preise zu verlangen, nachdem man durch überlegene Leistung eine Monopolstellung errungen habe (ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 693; vgl. auch KÜNZLER, a.a.O., S. 125 f.). Gerade die hier angesprochene Notwendigkeit, missbräuchliche bzw. wettbewerbswidrige von wettbewerbskonformen Verhaltensweisen abzugrenzen (vgl. E. 4.5.1, sowie ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 626 ff.), hat zur Lehre der sogenannten *"legitimate business reasons"* geführt, mit der das Vorliegen "sachlicher Gründe" evaluiert werden soll, um beispielsweise auf den ersten Blick unübliche Geschäftspraktiken rechtfertigen zu können (vgl. AMSTUTZ, a.a.O., S. 59 ff.; BORER, a.a.O., Rz. 9 zu Art. 7 KG; CLERC, a.a.O., Rz. 79 ff. zu Art. 7 KG; KÜNZLER, a.a.O., S. 452 ff.; KATHARINA SCHINDLER, Wettbewerb in Netzen als Problem der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht: die «Essential Facility»-Doktrin im amerikanischen, europäischen und schweizerischen Kartellrecht, Bern 1998, S. 195 f.; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 627 ff.).

Diese Grundlagen befolgt auch die Wettbewerbskommission in ihrer Praxis zur Preisausbeutung. In ihrer Verfügung vom 22. November 2004 i.S. *Swisscom Directories AG* hält die Vorinstanz fest, gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG sei ein von einem marktbeherrschenden Unternehmen "festgelegter" Preis unangemessen, wenn er in keinem angemessenen Verhältnis zur wirtschaftlichen Gegenleistung stehe und nicht Ausdruck von Leistungswettbewerb, sondern einer monopolnahen Dominanz auf dem relevanten Markt sei (Rz. 300, veröffentlicht in: RPW 2005/1 S. 54 ff., insbes. S. 104). Nach Auffassung der Vorinstanz habe das Kartellgesetz dort einzugreifen, wo die Preise nicht Resultat des Zusammenspiels von Angebot und Nachfrage seien, d.h. in Fällen, wo die Renditennormalisierungsfunktion, welche die Preisbildung im wirksamen Wettbewerb determiniert, ausgeschaltet sei (a.a.O., Rz. 300). In diesem Zusammenhang anerkennt die Vorinstanz in Übereinstimmung mit der Lehre, dass auch hohe Preise gerechtfertigt sein können, wenn die Preisbildung auf sachlichen Grundlagen (*"legitimate business reasons"*) beruhe, zumal das Kartellgesetz nicht bezwecke, für "gerechte" Preise zu sorgen (a.a.O., Rz. 300). Daher, so die Schlussfolgerung der Vorinstanz, sei in einem nach Art. 4 Abs. 2 KG vermachteten Markt nach Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG zu prüfen, wie sich die strittigen Preise (oder Geschäftsbedingungen) ohne Bestehen einer marktbeherrschenden Position eines Unternehmens präsentieren würden (a.a.O., Rz. 300).

11.3.1.4 Bei diesen Gedanken aus der Lehre und der Praxis zur Auslegung von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG ist freilich zu beachten, dass stillschweigend jeweils Märkte vorausgesetzt werden, die von der *Vertragsfreiheit* in ihren unterschiedlichen Aspekten etwa der Abschlussfreiheit, Partnerwahlfreiheit, Inhaltsfreiheit, Formfreiheit oder der Aufhebungsfreiheit (vgl. BGE 129 III 35 E. 6.1; EUGEN BUCHER, in: Honsell/ Vogt/Wiegand [Hrsg.], a.a.O., N. 5-19 vor Art. 1-40 OR) beherrscht werden. Diese *implizite* Voraussetzung wird nie speziell erwähnt, sondern als für "normale" Märkte selbstverständlich angenommen. Demgemäss wird – wie hier ohne vertiefte Reflexion – davon ausgegangen, dass sich bei Marktbeherrschungssachverhalten ein *kartellgesetzlicher* Interventionsbedarf immer dann ergeben müsse, wenn die Preisbildung nicht mehr als das Ergebnis von wirksamem Wettbewerb erscheint.

Im Kontrast dazu stehen *Netzwerksachverhalte*, die sich dadurch auszeichnen, dass – wie beispielsweise hier – Angebotsmonopolisten auf der Infrastrukturebene in gegenseitiger Abhängigkeit voneinander Terminierungspreise aushandeln müssen. Solche Netzwerksachverhalte finden insbesondere in der gängigen Literatur zum Kartellrecht, wenn überhaupt, kaum Erwähnung.

In der bei der kartellrechtlichen Prüfung mitzuberücksichtigenden öffentlichrechtlichen *Interkonnektionsregelung* von aArt. 11 FMG wird mit der fernmelderechtlichen Kontrahierungspflicht der Beschwerdeführerin die Abschluss- und Partnerwahlfreiheit (als Teilaspekte der Vertragsfreiheit) eingeschränkt (aArt. 11 Abs. 1 FMG). Gleichzeitig wird den Vertragsparteien des Marktbeherrschers das – auf "normalen" Märkten *nicht* bestehende – Recht eingeräumt, bereits im Rahmen von Vertragsverhandlungen einen behördlichen Regulator (ComCom als spezialgesetzliche Wettbewerbsbehörde) zur Festsetzung von Terminierungspreisen oder weiteren Vertragsnebenbedingungen anzurufen (aArt. 11 Abs. 3 FMG; vgl. AMGWERD, a.a.O., Rz. 353-357).

Der Einfluss, den diese fernmelderechtliche Ordnung für den zu beurteilenden angeblich kartellgesetzwidrigen Terminierungspreis von 33.5 Rp./Min. hat (vgl. E. 10.8), wird in der Erwägung 12.3 vertieft zu erörtern sein, nachdem im Folgenden die weiteren bundesrechtlichen Wertparitätskontrollen kurz darzustellen sind.

11.3.2 Der *Übervorteilungstatbestand von Art. 21 OR*, der ebenfalls mit Art. 157 StGB (E. 4.5.2) strukturell verwandt ist, enthält einen schuldrechtlichen Prüfungsmassstab, der sich mit den Voraus-

setzungen von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG vergleichen lässt (E. 11.3.1 und E. 12.1).

Nach Art. 21 Abs. 1 OR kann der Verletzte innert Jahresfrist erklären, dass er den Vertrag nicht halte und das schon Geleistete zurückverlange, wenn ein *offenbares Missverhältnis zwischen der Leistung und der Gegenleistung* durch einen Vertrag begründet wird, dessen Abschluss von dem einen Teil durch Ausbeutung der *Notlage*, der *Unerfahrenheit* oder des *Leichtsinns* des anderen herbeigeführt worden ist.

11.3.2.1 Dieser Tatbestand setzt objektiv ein offenbares Missverhältnis zwischen den Austauschleistungen und subjektiv eine Schwächelage des Übervorteilten sowie ihre bewusste Ausbeutung durch den Übervorteilenden voraus (vgl. BGE 123 III 292 E. 4; HERZOG, a.a.O., N. 4-9 zu Art. 21 OR; HUGUENIN, a.a.O., N. 5-14 zu Art. 21 OR).

Die *Schwächelage* muss sich als Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit in einer "subjektiven Ausnahmesituation" manifestieren, die ein freies Aushandeln der Vertragsbedingungen ausschliesst und den Betroffenen zu aussergewöhnlichen Entschlüssen führt (vgl. HUGUENIN, a.a.O., N. 10 zu Art. 21 OR). Liegt diese Schwächelage vor, gilt der "ausgehandelte" Preis nicht als Ausfluss der prinzipiell zu respektierenden Privatautonomie, was dem Übervorteilten ein Anfechtungsrecht gibt. Auf dessen Zivilklage hin hat der Richter zu prüfen, ob ein objektives Missverhältnis zwischen den Austauschleistungen besteht. Dabei ist vom *Marktpreis* gleicher oder vergleichbarer Leistungen auszugehen und bei dessen Fehlen von anerkannten Bewertungsmassstäben entsprechender Leistungen (vgl. BGE 123 III 292 E. 6a). Fehlt ein Marktpreis, kann eine Leistung aufgrund der Kosten (Leistungsaufwand) zuzüglich eines angemessenen Profitzuschlags bewertet werden oder es sind die Kriterien des *Art. 13 PüG* beizuziehen (HUGUENIN, a.a.O., N. 6 zu Art. 21 OR, m.w.H.).

11.3.2.2 Bereits diese knappe Übersicht zeigt, wie anspruchsvoll die Aufgabe *aller* preiskontrollierenden Behörden ist, wenn diese mit Blick auf privatrechtsgestaltende oder sanktionierende Entscheide die Angemessenheit intersubjektiver Wertrelationen, d.h. den im Preis ausgedrückten Sach- oder Leistungswert, sachlich fundiert beurteilen müssen (vgl. zur Problematik verschiedener Preisregulierungsmodelle: WEBER, Handkommentar, a.a.O., Vorbem. N. 22-39).

11.3.3 Im Unterschied zu den vorgenannten Bestimmungen, denen letztlich immer die amtliche Kontrolle *bestehender* Schuldverträge zu Grunde liegen, sind die *preisüberwachungsrechtlichen* Interventionsschwellen wesentlich tiefer angesetzt, indem ganz allgemein und einzelvertragsunabhängig Preise – als in Geld ausgedrückte Tauschwerte von Gütern oder Dienstleistungen (vgl. WEBER, Handkommentar, a.a.O., N. 15 zu Art. 1 PüG) – amtlich überprüft werden können, sofern nicht Sonderregelungen dem entgegen stehen.

11.3.3.1 Nach Art. 4 Abs. 2 erster Satz PüG obliegt dem Preisüberwacher die Hauptaufgabe, die missbräuchliche Erhöhung und Beibehaltung von Preisen zu verhindern oder zu beseitigen, wenn marktmächtige Unternehmen (Art. 2 PüG) Preise verlangen, die auf dem betreffenden Markt nicht das Ergebnis von wirksamem Wettbewerb sind (vgl. Art. 12 Abs. 1 PüG). Ein solcher fehlt insbesondere dann, wenn die Abnehmer keine Möglichkeit haben, ohne erheblichen Aufwand auf vergleichbare Angebote auszuweichen (Art. 12 Abs. 2 PüG; WEBER, Handkommentar, a.a.O., N. 20 ff. zu Art. 12 PüG).

11.3.3.2 Das Preisüberwachungsrecht kennt keine spezifisch subjektsbezogenen Eingriffskriterien, wie beispielsweise die Erzwingung gegenüber dem Betroffenen (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG) oder dessen Not- (Art. 21 OR) oder Zwangslage (Art. 157 StGB), die im Rahmen eines konkreten Vertragsverhältnisses bestehen müsste (vgl. WEBER, Handkommentar, a.a.O., N. 23 zu Art. 1 PüG).

Denn der Preisüberwacher soll nach PüG im Interesse des *Konsumentenschutzes* (vgl. BONVIN, a.a.O., Rz. 25 zu Art. 4 PüG; WEBER, Handkommentar, a.a.O., N. 21 zu Art. 4 PüG bzw. N. 13 zu Art. 12 PüG) generell verhindern, dass bei fehlendem wirksamem Wettbewerb bestehende erhöhte Preissetzungsspielräume zur Festlegung missbräuchlicher Preise ausgenutzt und Kartell- bzw. Monopolrenten realisiert werden (vgl. BGE 130 II 449 E. 6.4; RUDOLF LANZ, Die wettbewerbspolitische Preisüberwachung, in: Cottier/Oesch [Hrsg.], a.a.O., Rz. 29; WEBER, Handkommentar, a.a.O., Vorbem. N. 2 ff.). Insofern will die preisüberwachungsrechtliche Wettbewerbsersatzpolitik missbräuchliche Preisbildungen als Folge von fehlendem Preiswettbewerb verhindern (vgl. LANZ, a.a.O., Rz. 13).

11.3.3.3 Im Unterschied zur Vorinstanz, die in der angefochtenen Verfügung darauf verzichtet, die preisliche Angemessenheitsgrenze festzulegen (Verfügung Ziff. 353 und 422; vgl. kritisch dazu JACOBS, a.a.O., S. 147), obliegt dem Preisüberwacher diese Aufgabe (vgl. LANZ, a.a.O.,

Rz. 25 ff., 58 ff.; WEBER, Handkommentar, a.a.O., N. 4 f. zu Art. 10 PüG, mit Verweis auf BGE 130 II 449 E. 6.1). Bei der Prüfung, ob eine missbräuchliche Erhöhung oder Beibehaltung eines Preises vorliegt, hat er nach Art. 13 Abs. 1 PüG insbesondere die folgenden Faktoren zu berücksichtigen: die Preisentwicklung auf Vergleichsmärkten (Bst. a), die Notwendigkeit der Erzielung angemessener Gewinne (Bst. b), die Kostenentwicklung (Bst. c), besondere Unternehmensverhältnisse (Bst. d) und besondere Marktverhältnisse (Bst. e). Das Gesetz enthält keine Definition des missbräuchlichen Preises, sondern nur Elemente, die bei der Beurteilung zu berücksichtigen sind. Diese Elemente sind nicht abschliessend und stehen nicht in einem hierarchischen Verhältnis. Zudem steht dem Preisüberwacher in der Auswahl der anzuwendenden Methode ein erheblicher Ermessensspielraum zu (vgl. BGE 130 II 449 E. 6.1, m.w.H.).

Fehlen Vergleichsmärkte, d.h. vergleichbare Wettbewerbspreise, muss der Preisüberwacher bei der *Angemessenheitsprüfung* auf die in Art. 13 Bst. b bis Bst. e PüG umschriebenen weiteren Beurteilungselemente ausweichen (vgl. BGE 130 II 449 E. 6.4). Bei der Frage der Missbräuchlichkeit ist insbesondere nach Art. 13 Abs. 1 Bst. b PüG die Notwendigkeit der Erzielung angemessener Gewinne zu prüfen, d.h. die Gewinnmarge (vgl. BGE 130 II 449 E. 6.7.1 und E. 6.8.1).

11.3.3.4 Trotz der parallelen Sachzuständigkeit des Preisüberwachers und der Vorinstanz bei Preiskontrollen (zu deren Arbeitsteilung vgl. BONVIN, a.a.O., Rz. 16-37 zu Art. 5 PüG sowie Rz. 7 ff. zu Art. 16 PüG; LANZ, a.a.O., Rz. 41; WEBER, Handkommentar, a.a.O., N. 10 zu Art. 5 PüG sowie N. 3 f. und N. 16 zu Art. 16 PüG) unterscheiden sich die Wirkungsmöglichkeiten dieser Behörden beträchtlich:

Bei Preisausbeutungssachverhalten genügt für eine Intervention des Preisüberwachers zwar schon die Abwesenheit von wirksamem Wettbewerb (Art. 12 PüG; vgl. BONVIN, a.a.O., Rz. 14 ff. zu Art. 12 PüG), sofern nicht die in Art. 15 PüG vorbehaltene bundesrechtliche Preisüberwachung greift. Dies könnte – im vorliegenden Kontext – nur bei einem *hängigen* Interkonnektionsverfahren der Fall sein, was die Zuständigkeit des Preisüberwachers ausschliessen und ihm lediglich ein Empfehlungsrecht einräumen würde (Art. 15 Abs. 2bis f. PüG). Diese differenzierte Sicht steht mit der Praxis des Bundesgerichts im Einklang, wonach Interkonnektionssachverhalte unter Beachtung des Kartell-, Wettbewerbs- *und* Preisüberwachungsrechts in den gesamten Kontext der Wirtschaftsordnung gestellt werden müssen (vgl. Urteil 2A.503/2000 vom 3. Oktober 2001 E. 6c, wonach die Interkonnektions-

pflicht als besondere sektorielle Regelung *ergänzend* zu der übrigen preis- und wettbewerbsrechtlichen Ordnung hinzutritt; BONVIN, a.a.O., Rz. 19-34 zu Art. 15 PüG; WEBER, Handkommentar, a.a.O., N. 15 zu Art. 16 PüG; a.M., wenn auch ohne Bezugnahme auf das bundesgerichtliche Urteil 2A.503/2000, MARCEL DIETRICH/ALEXANDER BÜRGI, Abgrenzung der Zuständigkeiten von Wettbewerbskommission und Preisüberwacher, sic! 2005, S. 179 ff.; LANZ, a.a.O., Rz. 35, 134).

Indes stehen dem Preisüberwacher – wegen der tiefen Eingriffsschwelle – im Unterschied zur Vorinstanz *keinerlei Sanktionskompetenzen* zu, um "Preisausbeutungen" als solche *nachträglich* zu bestrafen (BOVET, a.a.O., Introduction à la LSPr, Rz. 38). Strafbestimmungen sind nach Art. 23 Abs. 1 PüG nur vorgesehen, wenn (a.) eine verfügte Preissenkung nicht vorgenommen wird, (b.) trotz Untersagung ein Preis erhöht wird oder (c.) einvernehmlich geregelte Preise überschritten werden (vgl. die entsprechende Regelung in Art. 50 KG sowie dazu das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2157/2006 vom 3. Oktober 2007 i.S. *Flughafen Zürich AG (Unique)* E. 4 ff., veröffentlicht in: RPW 2007/4, S. 653 ff.).

Im Unterschied dazu ist die Wettbewerbskommission gestützt auf Art. 49*a* Abs. 1 KG (i.V.m. Art. 7 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. c KG) ermächtigt, Preisausbeutungen mit Verwaltungssanktionen zu belegen. Diese einschneidende Sanktionsbefugnis erklärt auch, weshalb der Kartellgesetzgeber für die Vorinstanz eine bedeutend höhere Eingriffsschwelle festgelegt hat, die mit den spezifischen Voraussetzungen von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG – vergleichbar mit dem Wuchertatbestand von Art. 157 StGB (E. 4.5.2) – die *Sanktionswürdigkeit* des inkriminierten Verhaltens widerspiegeln soll (vgl. E. 12).

11.3.4 Zum Abschluss dieser Übersicht ist auf das *fernmelderechtliche* Preiskontrollverfahren einzugehen, das die strukturell tiefste Eingriffsschwelle kennt und für das die ComCom als *sektorspezifische Wettbewerbsbehörde* zuständig ist:

11.3.4.1 Gemäss dem hier anwendbaren aArt. 11 Abs. 3 FMG (vgl. E. 3.2) verfügt die ComCom auf Antrag des BAKOM (vgl. auch Art. 47 aFDV) die Interkonnektionsbedingungen nach markt- und branchenüblichen Grundsätzen, wenn innert dreier Monate zwischen der zur Interkonnektion verpflichteten Anbieterin und der Anfragerin keine vertragliche Einigung zustande kommt. Zu betonen ist, dass einzig die betroffenen Fernmeldedienstanbieterinnen Parteien eines Interkonnektionsvertrags sind. Auf Gesuch einer dieser Parteien – oder von Amtes

wegen (Art. 44 aFDV) – kann die ComCom einstweiligen Rechtsschutz gewähren, um die Interkonnektion während des Verfahrens sicherzustellen (aArt. 11 Abs. 3 zweiter Satz FMG; Art. 44 aFDV). Die Art. 38 ff. aFDV regeln das Verfahren zum Abschluss von Interkonnektionsvereinbarungen, Art. 43 ff. aFDV dasjenige zur Anordnung einer Verfügung auf Interkonnektion (vgl. dazu das Urteil des Bundesgerichts 2A.206/2001 vom 24. Juli 2001 E. 1b).

11.3.4.2 Nach aArt. 11 Abs. 1 FMG sind die *Interkonnektionspreise* einer marktbeherrschenden Fernmeldedienstanbieterin *kostenorientiert* auszugestalten. Die Grundsätze einer solchen kostenorientierten Preisgestaltung werden in Art. 45 aFDV konkretisiert (unter Verwendung verschiedener unbestimmter Rechtsbegriffe, die sich durch eine hohe technische Komplexität auszeichnen). Dazu hat das Bundesgericht festgehalten, dass Kostenorientierung nicht Kostengleichheit bedeute (vgl. BGE 132 II 257 E. 3.3.2). Denn auch die marktbeherrschende Anbieterin dürfe auf ihren Investitionen einen Gewinn erzielen, wobei sich die Preise an den Kosten ausrichten müssten und der Gewinn nicht übermässig sein dürfe; im Zweifel habe er den markt- und branchenüblichen Profiten für die fraglichen Interkonnektionsleistungen gemäss aArt. 11 Abs. 3 FMG zu entsprechen (vgl. BGE 132 II 257 E. 3.3.2). In diesem Zusammenhang hält das Bundesgericht fest, dass sich die interkonnektionspflichtige Anbieterin nicht auf allenfalls ineffiziente eigene Kosten berufen dürfe, sondern dass sich die Preise am Aufwand einer effizienten Anbieterin in einer funktionierenden Wettbewerbssituation auszurichten hätten, unter Berücksichtigung einer üblichen Gewinnmarge (vgl. BGE 132 II 257 E. 3.3.2, mit Verweis auf Art. 45 Abs. 2 aFDV). Auch verlange die Festsetzung kostenorientierter Preise nicht die vollständig gesicherte Erhebung der tatsächlichen Kosten, sondern lediglich eine auf objektiven Kriterien beruhende, nachvollziehbare Annäherung der Preise an diese Kosten mit Zuschlag einer üblichen Profitmarge (vgl. BGE 132 II 257 E. 3.3.2).

11.3.4.3 Wie sich aArt. 11 Abs. 3 FMG entnehmen lässt, ist es der ComCom jedoch *verwehrt*, Terminierungspreise *von Amtes wegen* auf ihre Angemessenheit hin zu überprüfen. Vielmehr darf sie *nur auf Gesuch* einer auf Interkonnektion angewiesenen Fernmeldedienstanbieterin hin tätig werden, wenn diese mit der marktbeherrschenden – und daher nach aArt. 11 Abs. 1 FMG interkonnektionspflichtigen – Anbieterin keine Einigung zum Terminierungspreis oder Terminierungstarif erzielt (vgl. neurechtlich Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-

7162/2008 vom 1. Februar 2010 E. 9.3.5, sowie zur Tarifstruktur von Terminierungsvereinbarungen BGE 132 II 257 E. 3.3.3).

Denn nach den Vorstellungen des Bundesgesetzgebers sollen die – erst auf der *Dienstleistungsebene* – als Konkurrenten auftretenden Vertragsparteien selbst die Interkonnektionsbedingungen (d.h. Preise und Nebenbedingungen) aushandeln (vgl. Botschaft FMG 1996, a.a.O., S. 1419). Nur bei vertraglicher Nichteinigung soll der Regulator vermitteln und die Modalitäten der Netzzusammenschaltung festlegen. Nach Auffassung des Bundesrats, dem der Bundesgesetzgeber gefolgt ist, soll "staatliches Handeln (...) also auch hier subsidiär sein, d.h. nur dann erfolgen, wenn vertraglich keine Lösung gefunden wird" (vgl. Botschaft FMG 1996, S. 1419). Diese in aArt. 11 Abs. 3 festgelegte "*Subsidiarität* der Behördenintervention" wird auch als *Verhandlungsprimat* bezeichnet (vgl. AMGWERD, a.a.O., Rz. 349-352), das sich auf die Phase der vertraglichen Interkonnektionsverhandlungen bezieht, die von der Vertragsfreiheit (als Inhaltsfreiheit) beherrscht werden. Dies ist abzugrenzen von der nach Art. aArt. 11 Abs. 1 FMG bestehenden Kontrahierungspflicht, welche die Vertragsfreiheit des Marktbeherrschers in Bezug auf Abschluss- und Partnerwahlfreiheit aufhebt (vgl. oben E. 11.3.1.3).

Anzumerken bleibt auch hier, dass die fernmelderechtliche Preiskontrolle kein dem Kartellgesetz vergleichbares Sanktionssystem kennt, in dem strafähnliche "Bussgelder" verhängt werden können. Dies wäre im Übrigen systemwidrig, nachdem der ComCom die Rolle zukommt, auf Einigungen hinzuwirken und bei Interkonnektionsverhandlungen der als schutzbedürftig erachteten Marktgegenseite (des marktbeherrschenden Unternehmens) unterstützend beizustehen, und erst auf deren Gesuch hin allenfalls privatrechtsgestaltend den Terminierungspreis festzulegen (vgl. AMGWERD, a.a.O., Rz. 353-357).

11.3.4.4 Das Verhandlungsprimat, das die Vorinstanz als "ineffizient" kritisiert (Verfügung Ziff. 60, 166), wurde auch in der jüngsten Revision des Fernmeldegesetzes nicht in Frage gestellt. In seiner Botschaft dazu hält der Bundesrat am Verhandlungsprimat mit der Begründung fest, die Vertragsfreiheit gehe dem behördlichen Eingriff vor, zumal während des Instruktionsverfahrens noch eine Vermittlung zwischen den Parteien versucht werden solle (vgl. Botschaft FMG 2003, a.a.O., S. 8002).

Des Weiteren hat es der Bundesgesetzgeber in Übereinstimmung mit dem Antrag des Bundesrats *abgelehnt*, im revidierten Fernmelderecht

die in Europa geltende *ex-ante-Regulierung* einzuführen, wonach marktbeherrschende Anbieterinnen ihre Zugangsbedingungen (Preise und Nebenbedingungen) dem Telekom-Regulator *vorab (ex ante)* zur *Genehmigung* vorlegen müssen (vgl. AMGWERD, a.a.O., Rz. 350 ff.). Dazu hält der Bundesrat in seiner Botschaft fest (a.a.O., S. 8002):

"Demgegenüber verlangt der neue EU-Rechtsrahmen die Einführung einer so genannten Ex-ante-Regulierung. Die Abkehr vom Verhandlungsprimat zu Gunsten einer solchen Ex-ante-Regulierung hätte zur Folge, dass die ComCom bei Vorliegen einer von der Wettbewerbskommission festgestellten Marktbeherrschung von Amtes wegen eingreifen und die technischen sowie die kommerziellen Interkonnektionsbedingungen unabhängig von einem Antrag einer Anbieterin von Fernmeldediensten festlegen könnte. Die Markteintrittsbedingungen wären damit für alle Fernmeldedienstanbieterinnen von Anfang an bekannt. Zudem gälten die von der ComCom festgelegten Interkonnektionsbedingungen nicht nur zwischen den am Verfahren beteiligten Parteien, sondern für alle Fernmeldedienstanbieterinnen in der Schweiz gleichermassen.

Ein solches System würde zudem die Interkonnektionsverfahren stark verkürzen. Eine solche Ex-ante-Kompetenz entspricht allerdings nicht der schweizerischen Rechtstradition der Subsidiarität von Regulierungen und beinhaltet insbesondere die Gefahr eines übertriebenen Interventionismus des Regulators. Auch könnten aufgrund von Regulierungsungenauigkeiten oder -fehlern Marktverzerrungen resultieren, welche negative Innovations- und Investitionsanreize setzen könnten. Auf eine Abkehr vom bisherigen System wird daher verzichtet."

12. Missbräuchlichkeit des vorgeworfenen Verhaltens?

12.1 Der massgebliche Prüfungsraster für den vorliegenden Fall

Wie bereits in Erwägung 11.1.3 einlässlich dargelegt, setzt im Lichte von Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK (E. 4.5.2) die Tatbestandsmässigkeit des inkriminierten Verhaltens, d.h. die unzulässige "Ausbeutung" (E. 11.1.2) der Marktgegenseite durch ein marktbeherrschendes Unternehmen (Art. 7 Abs. 1 KG), im Kontext des vorliegenden Falles voraus, dass unangemessene Preise *erzwungen* wurden (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG). Nach dieser Bestimmung müssen, wie in der Erwägung 11.3.1 erwähnt wurde, drei Tatbestandselemente *kumulativ* gegeben sein, damit eine Sanktionierung nach Art. 49*a* Abs. 1 KG rechtmässig erfolgen darf: (1.) Die *Marktbeherrschung* durch ein Unternehmen, das (2.) gegenüber der Marktgegenseite (d.h. ihrer Vertragspartnerin als

Nachfragerin) durch *Erzwingung* (3.) in den Genuss von *unangemessen (hohen) Preisen* kommt ("Preisausbeutung"). Liegt auch nur eines dieser kartellgesetzlichen Tatbestandselemente nicht vor, darf nach Art. 49*a* Abs. 1 KG *keine* Sanktion verhängt werden.

Im Unterschied zur Vorinstanz ist *zuerst* die Frage zu prüfen, ob eine *"Erzwingung"* überhaupt möglich war, also für die Marktgegenseite dementsprechend eine Zwangslage bestand.

Besteht im Rahmen von Vertragsverhandlungen über Terminierungspreise für die potenziell schutzbedürftige Marktgegenseite keine solche Zwangslage, die sich als *Beeinträchtigung ihrer Entscheidungsfreiheit* äussert (und gleichsam spiegelbildlich das Erzwingungspotenzial der als marktbeherrschend erachteten Beschwerdeführerin ausmacht), kann sich auch die Frage einer allfälligen Wertdisparität bzw. einer wucherischen Äquivalenzstörung nicht sinnvoll stellen. Denn wie in der Erwägung 11.3.1.1 einlässlich dargelegt wurde, ist es ein Ausfluss vertraglicher Inhaltsfreiheit, dass Vertragsparteien die Wertrelationen von Leistung und Gegenleistung grundsätzlich frei bestimmen können.

In diesem Sinne wird nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu Art. 21 OR (E. 11.3.2), der mit Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG strukturell verwandt ist, folgerichtig zuerst die Notlage geprüft (vgl. BGE 123 III 292 E. 5) und erst danach, ob ein objektives Missverhältnis der Austauschleistungen besteht (vgl. BGE 123 III 292 E. 6). Sind eine Notlage und damit auch das entsprechende Erzwingungspotenzial des Preissetzers nicht gegeben, weshalb dieser der Marktgegenseite (als Preisnehmerin) keinen ausbeuterischen Willen aufzwingen kann, dann ist der unter Vertragspartnern abgemachte Preis, unabhängig von der Beurteilung durch "Vertragsaussenstehende", schuldrechtlich nicht zu beanstanden (E. 11.3.1.1). Dies muss nach dem *Postulat der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung* zwingend auch im Kontext von Art. 7 Abs. 1 (i.V.m. Abs. 2 Bst. c) KG gelten (vgl. E. 11.3, m.w.H. auf die für das Bundesverwaltungsgericht massgebliche Rechtsprechung).

Somit bleibt zu klären, ob die Beschwerdeführerin angesichts des Regulierungsrahmens von aArt. 11 Abs. 1, 2 und 3 FMG in der Lage war, einen *Zwang* auszuüben, der den – unter kartellgesetzlichen (*nicht* fernmelderechtlichen) Gesichtspunkten – ausgehandelten Terminierungspreis von 33.5 Rp./Min. als unangemessen erscheinen lassen könnte.

12.2 Die Parteistandpunkte zur angeblichen "Erzwingung"

12.2.1 Die *Wettbewerbskommission* erachtet es für eine Erzwingung als genügend, wenn das marktmächtige Unternehmen kraft seiner Verhandlungsposition die wettbewerbsbeschränkenden Klauseln durchzusetzen vermöge. Die Erzwingung beziehe sich damit vor allem auch auf die marktbeherrschende Stellung des Unternehmens und stelle kein qualifiziertes missbräuchliches Verhalten dar. Im Europäischen Wettbewerbsrecht gelte für Art. 82 Abs. 2 Bst. a EG-Vertrag, dem Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG "praktisch wörtlich nachempfunden sei", dass die Formulierung vor allem die Ausbeutung von Handelspartnern und Verbrauchern durch das marktbeherrschende Unternehmen erfasse. Das Wort "Erzwingung" im gesetzlichen Tatbestand bringe zum Ausdruck, dass die unangemessenen Preise dem Vertragspartner auferlegt werden. Je mehr dieser als Abnehmer darauf angewiesen sei, vertragliche Beziehungen zum Marktbeherrscher zu unterhalten, desto geringer seien seine Möglichkeiten, sich dessen Diktat zu widersetzen (Verfügung Ziff. 266).

Bezogen auf den vorliegenden Sachverhalt seien die Fernmeldedienstanbieterinnen zwangsläufig darauf angewiesen, die Terminierung auf das Netz von Swisscom Mobile einzukaufen, da diese die einzige Anbieterin dieser Dienstleistung sei. Dies werde noch deutlicher, wenn die Struktur der Marktgegenseite berücksichtigt werde. Daraus gehe hervor, dass die grösste Abnehmerin von Terminierungsleistungen die Swisscom Fixnet sei. Diese wiederum sei wahrscheinlich die einzige Fernmeldedienstanbieterin, die allenfalls einen disziplinierenden Einfluss auf die Höhe der Terminierungsgebühr der Beschwerdeführerin ausüben könnte (sog. *"countervailing buyer power"*). Da Swisscom Fixnet und Swisscom Mobile jedoch zum selben Konzern gehörten, sei davon auszugehen, dass die Interessen beider Gruppengesellschaften aufeinander abgestimmt werden. Die Verhandlungsposition der Fernmeldedienstanbieterinnen hinsichtlich der Terminierungsgebühren sei damit als schwach anzusehen (Verfügung Ziff. 267).

Dasselbe gelte für die Endkunden, welche die hohen Terminierungspreise als Teil des Retail-Preises zahlten, der ihnen von ihrer jeweiligen Fernmeldedienstanbieterin in Rechnung gestellt werde. Da jede im Netz von Swisscom Mobile terminierte Minute letztlich der Nachfrage eines Endkunden entspringe, sei auch deren Verhandlungs-

position als schwach anzusehen, wie diejenige der den Anruf vermittelnden Fernmeldedienstanbieterin. Swisscom Mobile sei deshalb auch in der Lage, die hohe Terminierungsgebühr sowohl gegenüber den Fernmeldedienstanbieterinnen als auch gegenüber den Endkunden zu erzwingen (Verfügung Ziff. 268).

Indem die Fernmeldedienstanbieterinnen die Terminierungsgebühren in der Regel auf die Endkunden überwälzten, erfolgte auch bezüglich der Endverbraucher eine Erzwingung. Deshalb sei eine Erzwingung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG gegeben (Verfügung Ziff. 269).

12.2.2 Die *Beschwerdeführerin* stellt die ihr unterstellte "Erzwingung" im Wesentlichen mit folgenden Argumenten in Abrede (Beschwerde Ziff. 23, 286, 386-387 und 395):

Vorab stünden die Endkunden der anderen Fernmeldedienstanbieterinnen in keinem vertraglichen Verhältnis mit ihr, weshalb sie diesen gegenüber keine Retail-Tarife ansetzen und schon gar nicht erzwingen könne. Der Entscheid über solche Tarife obliege allein den anderen Fernmeldedienstanbieterinnen, die individuell ihre eigenen Preise festlegten und so untereinander differenzieren könnten.

Wie alle anderen Fernmeldedienstanbieterinnen sei auch sie nicht in der Lage gewesen, ihre Terminierungsgebühren unabhängig von den Terminierungspreisen der anderen Fernmeldedienstanbieterinnen festzusetzen und damit bestimmte Preise zu erzwingen. Einerseits sei sie angesichts des faktischen und rechtlichen Zwangs zur Interkonnektion nicht in der Lage (gewesen), andere Fernmeldedienstanbieterinnen zu boykottieren. Auch nehme sie – wie auch die anderen Fernmeldedienstanbieterinnen – eine Doppelstellung als Anbieterin *und* Nachfragerin von Terminierungsleistungen ein. In dieser Situation hätten die anderen Fernmeldedienstanbieterinnen immer die Möglichkeit, Preisverhandlungen scheitern zu lassen und gleichwohl von ihr Terminierungsleistungen in Anspruch zu nehmen oder die Gebühren vom Regulator nach markt- und branchenüblichen Grundsätzen festlegen zu lassen. Werde auf dem Verhandlungsweg keine Einigung zum Terminierungspreis erzielt, könne nach aArt. 11 Abs. 3 FMG jede Fernmeldedienstanbieterin bei der ComCom auf Terminierung zu markt- und branchenüblichen Bedingungen klagen und die Festsetzung von Terminierungspreisen beantragen. Keine Fernmeldedienstanbieterin könne ihre Terminierungspreise einseitig diktieren, weil die anderen Fernmeldedienstanbieterinnen über realistische und berechenbare Alternativen zu Vertragsverhandlungen verfügten. Die Interkonnektions-

klage sei ein äusserst griffiges Instrument zur Disziplinierung der Fernmeldedienstanbieterinnen. Da jeweils beide Verhandlungsparteien wüssten, dass die andere Partei die Verhandlungen unter Anrufung des Regulators für gescheitert erklären könne, werde sich keine Partei mit einem Verhandlungsresultat zufrieden geben, das für sie schlechter ausfallen könnte, als die Gebühr, die der Regulator voraussichtlich bestimmen würde.

Das Wettbewerbsrecht solle nur dort eingreifen, wo die Preisbildung beeinträchtigt sei, weil das freie Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage nicht funktioniere. Im vorliegenden Fall gebe es keinerlei Hinweise dafür. Vielmehr spiele der Wettbewerb, da die Fernmeldedienstanbieterinnen innerhalb des regulatorischen Rahmens die Möglichkeit hätten, gegen Terminierungsgebühren vorzugehen, die sie für unangemessen erachteten. Da im Mobilfunkbereich – im Gegensatz zum Festnetz-Bereich – praktisch keine solchen Klagen erfolgten, sei von angemessenen Preisen auszugehen.

In ihrer Replik vom 10. September 2007 hält die Beschwerdeführerin ergänzend fest (Rz. 24), eine einvernehmliche Verhandlungslösung zwischen den Mobilfunkanbieterinnen könne nur erfolgen, wenn die beteiligten Parteien das erzielte Verhandlungsergebnis als angemessen erachteten, was *inter partes* eine missbräuchliche Verhaltensweise zwischen den beteiligten Marktteilnehmern ausschliesse, und zwar unabhängig davon, ob der vereinbarte Preis kostenorientiert sei oder über den Preisen in anderen Ländern liege.

12.3 Erzwingung (eines unangemessenen Terminierungspreises) innerhalb des fernmelderechtlich regulierten Rahmens?

12.3.1 Die Vorinstanz hat ihre Auffassung, wonach die Vertragspartnerinnen der Beschwerdeführerin Terminierungspreise auf die eigenen *Endkunden* überwälzten (und diese damit "schädigten"), was der Beschwerdeführerin ebenfalls als tatbestandsmässiges Verhalten anzurechnen sei, im Rahmen des Instruktionsverfahrens aufgegeben (vgl. E. 2.2.3 und E. 11.2.1 a.E.).

Aber selbst wenn – abweichend von den in den Erwägungen 2.2.3 und 11.2.1 angestellten Überlegungen – nicht die Fernmeldedienstanbieterinnen, sondern die Endkunden als die preislich ausgebeuteten Personen zu betrachten wären, fiele hier eine Anwendung von Art. 7 Abs. 1 (i.V.m. Abs. 2 Bst. c) KG zwingend ausser Betracht.

Diese Bestimmung ist nach ihrem klaren Wortlaut einzig darauf ausgerichtet, die einem Marktbeherrscher als direkte Vertragspartnerin ausgelieferte Marktgegenseite vor Preisausbeutung zu schützen. *Markt*gegenseite kann – wie bereits der Begriff besagt – nur die auf dem *relevanten Markt* dem *markt*-beherrschenden Unternehmen als Nachfragerin (und damit als Vertragspartnerin) gegenübertretende Seite sein, die deswegen auch "Markt*gegenseite*" heisst (vgl. CLERC, a.a.O., Rz. 78 zu Art. 7 KG). Anders zu entscheiden, hiesse, ohne hinreichenden Grund von dem für massgeblich erachteten relevanten Markt abzuweichen, was nicht angeht.

Insofern ist eine allfällige Preisausbeutung hier nur zwischen den unmittelbaren Vertragsparteien denkbar, zumal dieser Tatbestand ein preislich missbrauchtes Marktbeherrschungspotenzial voraussetzt, das sich dadurch auszeichnet, dass der marktbeherrschende Vertragspartner seinem (angesichts der Marktbeherrschung) verhandlungsschwachen Vertragspartner seinen ausbeuterischen Willen, d.h. insbesondere einen ausbeuterischen Preis, *diktieren* bzw. *"aufzwingen"* kann.

Wie bereits in der Erwägung 11.3.4.1 erwähnt, stehen sich in den bilateralen Vertragsverhandlungen zu Terminierungspreisen und -tarifen einzig die Fernmeldedienstanbieterinnen als Vertragsparteien gegenüber, weshalb auch nur diese Parteien von den bilateral ausgehandelten Preisen schuldrechtlich unmittelbar berechtigt und verpflichtet werden. Deshalb befinden sich im hier massgeblichen Markt (E. 9) nur die auf Interkonnektion angewiesenenen Fernmeldedienstanbieterinnen – als direkte Marktgegenseite der marktbeherrschenden Beschwerdeführerin (E. 10) – im Schutzbereich von Art. 7 Abs. 1 (i.V.m. Abs. 2 Bst. c) KG.

Dies entspricht im Ergebnis auch der Sichtweise der Vorinstanz, die im Rahmen der Vernehmlassung ihre Beurteilung zu den angeblich "geschädigten Endkunden" nun endgültig verworfen hat und neu zu Recht einzig die Fernmeldedienstanbieterinnen als die nach Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG preislich ausgebeutete Vertragspartei bezeichnet (vgl. E. 2.2.3).

Dieser einzig auf die direkten Vertragspartner fokussierende Standpunkt deckt sich mit dem im Lichte von Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK eng zu ziehenden Schutzbereich von Art. 7 Abs. 1 (i.V.m. Abs. 2 Bst. c) KG (vgl. E. 4.5). Damit erweist sich die von der Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung noch problematisierte Frage "einer Erzwingung gegenüber den Endkunden" im Rahmen des Streitgegenstands (vgl. E.

2.2.3 und E. 11.2.1) als bedeutungslos, weshalb dieser Punkt nicht näher zu erörtern ist. Gleiches gilt auch für die Darlegungen der Vorinstanz zu den von den Endkunden zu tragenden "Retail-Preisen", die von der Vorinstanz nicht vertieft untersucht und schon gar nicht zur Begründung der hier zu beurteilenden Sanktionierung herangezogen wurden.

Zur zentralen Hauptfrage indessen, ob die Beschwerdeführerin den strittigen Terminierungspreis von 33.5 Rp./Min. durch "Erzwingung" und damit durch Diktat ihres Willens ihren Vertragspartnerinnen auferlegen konnte, widmet die Vorinstanz in ihrer rund 123 Seiten umfassenden Verfügung lediglich eine Seite, ohne dort auch nur in einer Zeile auf die in den Ziff. 166 und 167 in Aussicht gestellte Berücksichtigung der fernmelderechtlichen Rahmenordnung zurückzukommen.

Die Vorinstanz übersieht vorab, dass im Rahmen eines fernmelderechtlich regulierten Markts das in Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG vorgesehene Tatbestandsmerkmal "Erzwingung" – in verbalisierter Form – nicht einfach als Synonym von "verlangen" verwendet werden darf, wie dies in der angefochtenen Verfügung geschehen ist (Verfügung Ziff. 165, 197, 347, 379 und 381, wo von "verlangen" statt "erzwingen" die Rede ist). Begriffliche Präzision ist hier um so mehr zu fordern, zumal kartellgesetzliche- und preisüberwachungsrechtliche Eingriffskriterien (vgl. E. 11.3) nicht vermischt werden dürfen, nachdem strafähnliche Sanktionen (vgl. E. 4.2) in Frage stehen, die den strengen Anforderungen von Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK genügen müssen (vgl. E. 4.3).

In diesem Zusammenhang ist allgemein zu beanstanden, dass die Argumentation der Wettbewerbskommission zur Frage der Erzwingung auf normale, unregulierte und von der Vertragsfreiheit beherrschte Märkte *ohne* regulatorischen Pflichten und Klagemöglichkeiten für die Marktgegenseite zugeschnitten ist. Damit übersieht die Vorinstanz, dass bei der Frage des Erzwingungspotenzials von der regulatorischen Rahmenordnung (Interkonnektionsregelung) nicht abgesehen werden darf. Denn so wie es sachlogisch unzulässig ist, diese Rahmenordnung bei der Frage nach den für die Marktbeherrschung mitbestimmenden Verhaltensspielräumen zu berücksichtigen, weil diese die Schwelle bildet, um die Wettbewerbsverhältnisse und damit die telekommunikationsrechtliche Regelungsbedürftigkeit bei allenfalls fehlendem Wettbewerb auf der Infrastrukturebene zu begründen (vgl. E. 10.8), ist es sachlich unhaltbar, bei der Frage der Erzwingung den regulatorischen Rahmen und dessen Ausgestaltung auszublenden.

Daher ist der Wettbewerbskommission nicht zu folgen, wenn sie in Bezug auf die "Erzwingung" in den Ziff. 266 -269 der angefochtenen Verfügung das Interkonnektionsregime, das spezialgesetzliches Wettbewerbsrecht darstellt, einfach übergeht, obschon sie in den Ziff. 166 f. eine Berücksichtigung dieser Regulierungsordnung bei der Missbrauchsprüfung in Aussicht gestellt hatte (und immerhin in den Ziff. 59, 190, 218 und 322 auf den regulatorischen Rahmen eingegangen war).

12.3.2 Bezogen auf "normale" Märkte, die von der Vertragsfreiheit (mit ihren fünf Aspekten der Abschluss-, Partnerwahl-, Inhalts-, Form- und Aufhebungsfreiheit, vgl. BGE 129 III 35 E. 6.1) beherrscht werden, mag die Diktion der Vorinstanz allenfalls als unproblematisch erscheinen, wenn der Gedanke etwas euphemistisch ausgedrückt werden soll, dass ein Angebotsmonopolist von seinen Kunden (unangemessen) hohe Preise *"verlangt"*.

Auf solchen "normalen", von der Vertragsfreiheit beherrschten, nicht interdependent vernetzten – bzw. regulierten – Märkten beinhaltet – wie bereits erwähnt (E. 11.3.1.3) – die marktbeherrschende Stellung dem Wesen nach zwingend auch die Möglichkeit, "unwiderstehlichen Zwang" auszüben und insofern ein Missbrauchspotenzial gegen den Willen der Gegenseite zu aktualisieren (vgl. CLERC, a.a.O., Rz. 209 zu Art. 7 KG). Diesbezüglich gilt im Europäischen Kartellrecht zu Art. 82 Abs. 2 Bst. a EGV sogar eine *unwiderlegbare Vermutung* (vgl. DE BRONETT, a.a.O., § 22 N. 49, S. 928). Keine andere Sicht lässt sich auch den Gesetzematerialien zu Art. 7 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. c KG entnehmen, der nach dem Willen des Kartellgesetzgebers Art. 82 Abs. 2 Bst. a EGV nachgebildet wurde (vgl. Botschaft KG 1994, a.a.O., S. 531; vgl. zu den Materialien AB 1995 N 1092; AB 1995 S 858; CLERC, a.a.O., Rz. 44 zu Art. 7 KG).

Insofern bedeutet nach DUCREY im Kontext "normaler" Märkte die Erzwingung von unangemessenen Preisen und Bedingungen, dass "die unangemessenen Bedingungen nur mittels auferlegtem Druck erreicht werden, der Handelspartner die für das marktbeherrschende Unternehmen vorteilhaften Bedingungen also nicht freiwillig erbringt" (DUCREY, a.a.O., Rz. 215). Nach diesem Verständnis kann eine auf den Preis bezogene Ausbeutung durch *Erzwingung nicht vorliegen*, wenn die Marktgegenseite mit dem Preis *einverstanden* ist, *weil dies ihrem Interesse dient*. Denn bei der Beurteilung, ob eine Erzwingung vorliegt, sei nicht die Unangemessenheit ausschlaggebend, sondern der auferlegte Druck; die Marktgegenseite erbringe den Vorteil nicht freiwillig, wobei Art und Weise der Zwangsmittel unerheblich seien (vgl. DUCREY,

a.a.O., Rz. 215). Unter diesen Umständen haben von Preisausbeutungen betroffene Vertragsparteien nur die Wahl, auf eine der in den Erwägungen 11.3.1 ff. vorgestellten Wertparitätskontrollen zu greifen, wenn sie eine behördliche Intervention gegen diese Ausbeutung anstreben wollen. Einschränkend zu diesen Möglichkeiten vertritt jedoch ZÄCH die Meinung, Art. 7 KG bezwecke nicht, Unternehmen oder Konsumenten zu schützen, die sich aus "eigenem" Verschulden von marktbeherrschenden Unternehmen haben übervorteilen lassen (ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 693).

12.3.3 Werden demgegenüber die Besonderheiten des hier relevanten Netzwerkinfrastrukturmarkts berücksichtigt, so zeigt sich, in welchem Ausmass die von der Vorinstanz vorgenommene Gleichsetzung von "erzwingen" und "verlangen" unzulässig ist, da das Tatbestandselement der "Erzwingung" dann in einem anderen Licht erscheint:

12.3.3.1 Der fragliche *Infrastrukturmarkt* wurde durch den fernmeldegesetzlich statuierten Kontrahierungszwang künstlich geschaffen, um das natürliche Angebotsmonopol aufzubrechen, indem Konkurrenzunternehmen auf der Infrastrukturebene Zugang zu Anlagen oder entsprechenden (Infrastruktur-)Dienstleistungen des Monopolisten erhalten, damit auf der *nachgelagerten* Stufe "Wettbewerbsmärkte" der Fernmeldedienstleistungen entstehen können (vgl. aArt. 11 Abs. 1 FMG und E. 11.3.4.1; FISCHER/SIDLER, a.a.O., Rz. 138 ff.).

Mit anderen Worten hat der Bundesgesetzgeber durch die (wettbewerbspolitische) *Interkonnektionspflicht* nach aArt. 11 Abs. 1 FMG (vgl. BGE 131 II 13 E. 1.1 f., E. 7.3, E. 7.3.2; BGE 132 II 257 E. 3.3.1) und die (versorgungspolitische) *Interoperabilitätspflicht* nach aArt. 11 Abs. 2 FMG (vgl. BGE 132 II 257 E. 3.3.2; FISCHER/SIDLER, a.a.O., Rz. 171; zutreffend: Verfügung Ziff. 76 und 190) wie auch durch das Anknüpfen des Fernmeldegesetzes an die "Marktbeherrschung" (nach Art. 4 Abs. 2 KG) dieser Infrastrukturebene durch Statuierung eines Kontrahierungszwanges für *essential facility*-Eigentümerinnen normativ "Marktqualität" zugesprochen. Insofern stellt dieser normativ geschaffene "Zwangsmarkt" auch die Ebene dar, auf der die Telekom-Unternehmen durch gegenseitige *Koordination und Kooperation* die Netzzusammenschaltung verwirklichen müssen, um als Anbieter von Dienstleistungen (Handyverkauf, Mobil-Abos, etc.) auf der *nachgelagerten* Netzdienstleistungsebene (etwas verkürzt als "Retail" bezeichnet) mit den Telekom-Konsumenten Geschäfte machen zu können und damit mit Mitkonkurrenten in Wettbewerb zu treten.

Dieser auf den Infrastrukturmarkt bezogene gesetzgeberische Wertungsentscheid ist für das Bundesverwaltungsgericht ebenso verbindlich (vgl. BGE 132 II 257 E. 3.2.2; BVGE 2009/35 E. 8, insbes. E. 8.4.5 zum einseitigen, nicht-reziproken "Markt für schnellen Bitstromzugang") wie auch der Umstand, dass die fernmelderechtliche regulatorische Rahmenordnung als *lex specialis* dem Kartellgesetz grundsätzlich vorgeht (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C_404/2006 vom 16. Februar 2007 E. 4, wonach auf Infrastrukturebene kein kartellrechtlicher, sondern ein fernmelderechtlicher Kontrahierungszwang besteht). Dieser *Vorrang von sektorspezifischem Wettbewerbsrecht (Telekom-Recht)* ist zur Zeit auch im Recht der Europäischen Union vorgesehen (vgl. Leitlinien, a.a.O., Ziff. 135 ff.; Stefan Heng, Mehr als "inszenierter Wettbewerb" in der Telekommunikation, in: Deutsche Bank Resarch [Hrsg.], Economics – Digitale Ökonomie und struktureller Wandel, Nr. 37 vom 11. April 2003, S. 2 ff.; Robert Klotz, Wettbewerb in der Telekommunikation: Brauchen wir die ex-ante-Regulierung noch?, ZWeR 2003, S. 283 ff.-316; Toralf Nöding, Das neue Europäische Telekommunikationsrecht und die Konvergenz der Übertragungswege, Berlin 2004, S. 106 ff.; Franz Jürgen Säcker, Erfahrungen mit teilliberalisierten Märkten an den Beispielen der Energie- und Telekommunikationswirtschaft in Deutschland, Vortrag vom 24. April 2009 an der Universität Konstanz; Andreas Schulze, Liberalisierung von Netzindustrien – eine ökonomische Analyse am Beispiel der Eisenbahn, der Telekommunikation und der leitungsgebundenen Energieversorgung, Potsdam 2006, S. 167 ff.). Indessen bestehen Bestrebungen, dem allgemeinen Wettbewerbsrecht im Telekom-Sektor neu Vorrangstellung einzuräumen (vgl. dazu Ralf Dewenter/Justus Haucap/Ulrich Heimeshoff, Regulatorische Risiken in Telekommunikationsmärkten aus institutionenökonomischer Perspektive, Helmut-Schmidt-Universität Hamburg, Diskussionspapier Nr. 64, September 2007, S. 24 ff.; Robert Klotz/Alexandra Brandenberg, Deregulierung der Telekommunikationsmärkte und Überführung in das allgemeine Wettbewerbsrecht verursachen Regelungslücken zum Nachteil des Wettbewerbs, Brüssel 2008, S. 1 ff., online unter: *www.brekoverband.de/breko08/auto_cms/original/gutachten060908final.pdf;* Hans Schedl/Kai Sülzle/Andreas Kuhlmann, Sektorspezifische Regulierung: Transitorisch oder ad infinitum? Eine internationale Bestandsaufnahme von Regulierungsinstitutionen [ifo-Forschungsbericht], München 2007, S. 3 ff.).

12.3.3.2 Angesichts dieser regulatorischen Einbettung (mit der gesetzlichen Interkonnektions- und Interoperabilitätspflicht) kann sich die Infrastrukturebene kaum als "freier", d.h. als "normal funktionierender",

von Vertragsfreiheit und Wettbewerbskräften bestimmter Markt entfalten. Vielmehr sind auf dieser Ebene – angesichts der auf gegenseitiger Abhängigkeit basierenden Verhandlungspositionen (sog. "Reziprozitätsbeziehung", Verfügung Ziff. 289-297, 362, sowie Beschwerde Ziff. 22 ff., 92 ff., 117, 213, 242, 298 ff.) – eine Kooperation und Koordination zwischen den Marktteilnehmern zwecks interoperativer Netzzusammenschaltung notwendig.

Bei dieser Ausgangslage hält das Fernmeldegesetz, wie in der Erwägung 11.3.4 dargelegt wurde, den auf Interkonnektion angewiesenen Fernmeldedienstanbieterinnen bei unzumutbaren Interkonnektionspreisofferten rechtliche Instrumente zur Interessenwahrung bereit, indem diese eine amtliche Preisfestsetzung nach aArt. 11 Abs. 3 FMG verlangen können (vgl. E. 11.3.4.2 f.), wenn sie sich, aus welchen Gründen auch immer, mit dem vorgeschlagenen Terminierungspreis nicht abfinden wollen (vgl. E. 10.8 und E. 11.3.1.3 f.). Mit anderen Worten kann die auf technisches Zusammenwirken der verschiedenen (miteinander zu verknüpfenden Netze) ausgerichtetete *Zusammenarbeit* (zwischen den Fernmeldedienstanbieterinnen), wenn sie nicht funktioniert, auf Gesuch hin *behördlich erzwungen* werden.

12.3.3.3 Inwiefern unter solchen Umständen das von der Vorinstanz angenommene Erzwingungspotenzial, das für Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG konstitutiv ist, gegeben sein könnte, ist nicht ersichtlich. Gerade die Berücksichtigung der fernmelderregulatorischen Rahmenordnung zerstört jegliches Erzwingungspotenzial, wie die Beschwerdeführerin zu Recht einwendet.

Was die Vorinstanz letztlich an der aus ihrer Sicht "ineffizienten" fernmelderechtlichen Regulierungsordnung bemängelt (Verfügung Ziff. 166), ist weniger der Umstand, dass die betroffenen Fernmeldedienstanbieterinnen wegen eines ernst zu nehmenden "Erzwingungspotenzials" der Marktbeherrscherin "unangemessene" Terminierungspreise anzunehmen "gezwungen" wären, wie die Vorinstanz zu Unrecht behauptet, sondern vielmehr die Tatsache, dass die Fernmeldedienstanbieterinnen grundsätzlich ein *gemeinsames Interesse* an hohen Terminierungsgebühren haben und davon auch profitieren (Verfügung Ziff. 366, 368 und 370, sowie z.B. die entsprechende Stellungnahme von Sunrise: Vorinstanz act. 59, Ziff. 21), ohne dass die ComCom dagegen wegen des Verhandlungsprimates einschreiten könnte (vgl. E. 11.3.4.4 und E. 12.6.1).

12.3.3.4 Die systemnotwendige gegenseitige Kooperation bei der Interkonnektion auf der Netzinfrastrukturebene erlaubt zur Wahrung dieses gemeinsamen Interesses ein gegenseitiges Preissetzungsverhalten, das bezogen auf Konsumenteninteressen zu einem überhöhten Terminierungspreisniveau führen kann, aber nicht muss, wenn sich die von den Fernmeldedienstanbieterinnen im Rahmen der Untersuchung vorgebrachten Rechtfertigungsgründe als zutreffend erweisen sollten, was hier aber nicht im Einzelnen zu klären ist. Wegen dieser Besonderheiten, die der Funktionsweise des fernmelderechtlichen Regulierungssystems entspringen und zu überhöhten Preisen führen können, wird in der *Europäischen Union* die Preisbildung für Terminierungsleistungen nicht einfach den Marktteilnehmern überlassen, sondern *ex ante et ex officio* staatlich reguliert, damit sich die jeweiligen Kartell- bzw. Wettbewerbsbehörden diesbezüglich nicht in den "Sumpf der Kostenkontrolle" (WERNHARD MÖSCHEL, zitiert in: WIEDEMANN, a.a.O., § 23 N. 71, S. 1024) begeben müssen (zur Ablehnung dieses Systems in der Schweiz vgl. oben E. 11.3.4.4 sowie die dagegen gerichtete Motion 08.3639 von Ständerätin ERIKA FORSTER-VANNINI vom 3. Oktober 2008; AB 2009 S. 57-61 und AB 2009 N. 1357-1361; Bericht 08.3639s der Kommission für Verkehr und Fernmeldewesen vom 18. Mai 2009).

In der Schweiz fehlt gegenwärtig ein solches System (vgl. E. 11.3.4.4). Deshalb hat die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung den Versuch unternommen, *ex post* gestützt auf das Kartellgesetz mit einer Sanktion korrigierend auf den – aus ihrer Sicht – unzulänglichen Preisbildungsprozess einzugreifen (vgl. zur Zurückhaltung in der EU Art. 82 Abs. 2 Bst. a EGV, dem Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG nachgebildet ist (oben E. 12.3.3), "als Instrument einer allgemeinen Preisaufsicht zum Schutze der Verbraucherinteressen" aufzufassen; THOMAS LÜBBIG, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff [Hrsg.], Kommentar Kartellrecht – Europäisches und Deutsches Recht, 2. Aufl., München 2009, Rz. 144 zu Art. 85 EG, S. 450; CLERC, a.a.O., Rz. 187 zu Art. 7 KG; FRANÇOIS SOUTY, Le droit de la concurrence de l'Union Européenne, 2. Aufl., Paris 1999, S. 87; KOENIG/VOGELSANG/WINKLER, a.a.O., S. 51 ff., wonach das allgemeine Kartellrecht als ungeeignet erscheint zur Regulierung des [deutschen] Mobilfunkterminierungssektors; a.M. KRUSE, a.a.O., S. 208).

12.4 Ist eine allfällige Lückenfüllung angezeigt bzw. zulässig?

Ist nach den bisherigen Überlegungen eine Erzwingung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG zu verneinen, ist die Tatbestandsmässigkeit des

inkriminierten Verhaltens zwingend ausgeschlossen und damit auch die erfolgte Sanktionierung nicht rechtmässig (vgl. E. 12.1). Dass diese hier lediglich am fehlenden Tatbestandsmerkmal der "Erzwingung" scheitert, könnte auf den ersten Blick als "stossend" erscheinen, wenn Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG (i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG) nach der hier vertretenen Auslegung letztlich einen auf "normale" Märkte eingeschränkten Anwendungsbereich erhält (vgl. E. 12.3.2 f.).

Daher ist die Frage naheliegend, ob hier nicht – entgegen den Darlegungen in der Erwägung 12.3.1 – im Interesse der *Endkunden* eine Lücke anzunehmen wäre, die dadurch zu schliessen wäre, dass der Anwendungsbereich von Art. 7 Abs. 1 (i.V.m. Abs. 2 Bst. c) KG auch auf Netzwerk-Infrastrukturmärkte ausgedehnt würde.

Eine solche Lückenfüllung ist hier jedoch ausgeschlossen:

12.4.1 Bei der Beurteilung dieser Frage müsste das von der Beschwerdeführerin – im Interesse der Rechtssicherheit und der Voraussehbarkeit von Rechtspflichten und Verboten – angerufene Legalitätsprinzip von Art. 1 StGB zumindest als Auslegungshilfe herangezogen werden, wenn Art. 333 Abs. 1 StGB die Anwendbarkeit des allgemeinen Teils des StGB auf den vorliegenden Fall nicht erlauben würde. In Bezug auf Art. 49*a* Abs. 1 KG ist aus strafrechtlicher Sicht unklar, ob diese Bestimmung im Sinne von Art. 333 Abs. 1 StGB ebenfalls zur "Nebenstrafgesetzgebung" des Bundes gehört oder nicht (vgl. Niggli/Riedo, a.a.O., S. 55; Stefan Trechsel/Viktor Lieber, in: Stefan Trechsel et al. [Hrsg.], Praxiskommentar StGB, Zürich 2008, N. 1-5 zu Art. 333 StGB; Roland Wiprächtiger, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], a.a.O., N. 4-21 zu Art. 333 StGB).

Diese Frage kann hier freilich offen gelassen werden. Denn Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK (E. 4.1) und die darin verankerte staatsvertragliche Verpflichtung, wonach bei "strafrechtlichen Anklagen" im Sinne von Art. 6 Abs. 1 erster Satz EMRK das Bestimmtheitsgebot und das Gesetzmässigkeitsprinzip innerstaatlich zu beachten sind, käme bei einer Verneinung der eingangs gestellten Frage ohnehin *selbständige Bedeutung* zu, die sich im Übrigen mit der Tragweite von Art. 1 StGB grundsätzlich deckt (vgl. Peter Popp/Patrizia Levante, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Strafrecht I, 2. Aufl., Basel 2007, N. 9 zu Art. 1 StGB).

Wie bereits erwähnt, gebietet Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK eine klare gesetzliche Grundlage für die hier strittige Sanktion (vgl. EGMR,

Urteil 10249/03 vom 17. September 2009 i.S. *Scoppola v. Italien*, Ziff. 94, sowie oben E. 4.3). Insofern darf nach dem Legalitätsprinzip eine Handlung nicht unter ein Strafgesetz subsumiert werden, die darunter auch bei weitestgehender Auslegung nach allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen nicht subsumiert werden kann (vgl. TRECHSEL/JEAN-RICHARD, a.a.O., N. 1, 23 zu Art. 1 StGB). Dies bedeutet insbesondere, dass ein Gericht nicht über den dem Gesetz bei richtiger Auslegung zukommenden Sinn hinausgehen und neue Straftatbestände schaffen oder bestehende derart erweitern darf, dass die Auslegung durch den Sinn des Gesetzes nicht mehr gedeckt wird (vgl. BGE 127 IV 198 E. 3/b; vgl. zu Art. 7 EMRK HAEFLIGER/SCHÜRMANN, a.a.O., S. 244, sowie RENZIKOWSKI, a.a.O., Rz. 52 und 61; zum Analogieverbot im Kartellrecht vgl. CLAUDIA SEITZ, Prävention – Sanktion – Grundrechtsschutz, in: Wolf/Mona/Hürzeler [Hrsg.], Prävention im Recht, Basel 2008, S. 328).

12.4.2 Den auf "normale" Märkte eingeschränkten Anwendungsbereich von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG (i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG) als "Lücke" aufzufassen und zu füllen, darf sich das Bundesverwaltungsgericht angesichts der bundesverfassungsrechtlich niedergelegten Gewaltenteilung nicht erlauben; dies verbietet sich ebenso im Lichte von Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK (vgl. RENZIKOWSKI, a.a.O., Rz. 2, 5, 11 und 44 zu Art. 7 EMRK; ZÄCH, Wettbewerbsfreiheit, a.a.O., S. 7).

Soweit allerdings das hier vom Bundesverwaltungsgericht getroffene Auslegungsergebnis zu Bedenken Anlass geben sollte, ist diesen auf der Grundlage des gegenwärtig in Kraft stehenden Kartellgesetzes – als nur *subsidiär* anwendbares Wettbewerbsrecht (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C_404/2006 vom 16. Februar 2007 E. 4) – nicht beizukommen und insbesondere aus folgenden Gründen eine ausfüllungsbedürftige Lücke zu verneinen:

12.4.2.1 Einerseits schwebten dem Kartellgesetzgeber bei der Schaffung von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG interdependente Netzwerkverhältnisse ebensowenig vor (vgl. E. 11.3.1.3) wie die im Interkonnektionskontext auf der Infrastrukturebene normativ geschaffenen "Zwangsmärkte" (mit teilweise zumindest zweifelhafter Marktqualität), die bei Fernmeldemonopolphänomenen einen Zugriff auf die Infrastruktur bzw. die Dienstleistungen eines über *essential facilities* verfügenden "Marktbeherrschers" ermöglichen sollen (vgl. E. 12.3.4; vgl. auch SCHINDLER, Wettbewerb, a.a.O., S. 149 ff., 181 ff., 210 ff.).

Wenn sich daher – wie hier – ein bestimmtes unternehmerisches Verhalten nicht mehr unter einen kartellgesetzlichen Tatbestand sub-

sumieren lässt, so muss in erster Linie der Gesetzgeber entscheiden, ob er die Lücke schliessen will oder nicht (für das *deutsche* Kartellrecht vgl. WIEDEMANN, a.a.O., § 3 N. 17 S. 60, sowie KARL ALBERT SCHACHTSCHNEIDER, Prinzipien des Rechtsstaates, Berlin 2006, S. 305 ff.).

12.4.2.2 Andererseits ist eine Lückenfüllung auch aus folgendem Grund ausgeschlossen: Im Sinne der höchtsrichterlichen Rechtsprechung (vgl. Urteil 2A.503/2000 vom 3. Oktober 2001 E. 6c) hätte vorliegend auch der *Preisüberwacher* unter den Voraussetzungen einer tieferen Eingriffsschwelle (E. 11.3.3) und *ohne* Sanktionskompetenzen (E. 11.3.3.4) tätig werden können, um – im Unterschied zur Vorinstanz (E. 11.2.1 a.E. und E. 12.3.1) – eine vorab dem *Konsumentenschutz* dienende Preismissbrauchskontrolle durchzuführen (vgl. E. 11.3.3.2). Würde hier aber (zu Unrecht) eine Lücke bejaht und auf dem Weg (einer unzulässigen) Lückenfüllung die Eingriffsschwelle der Vorinstanz derjenigen des Preisüberwachers angeglichen, würde dies zu einem *Wertungswiderspruch* mit der im Preisüberwachungsgesetz vorgesehenen Ordnung führen, die keine mit Art. 49*a* Abs. 1 KG vergleichbaren punitiven Sanktionen kennt (vgl. E. 11.3.3.4).

12.4.3 Zusammenfassend bestehen somit keinerlei Gründe, von dem hier anwendbaren strafrechtlichen Analogieverbot abzuweichen und eine Lückenfüllung anzunehmen (vgl. zu Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK PETTITI/DECAUX/IMBERT, a.a.O., S. 295: "la loi est l'instrument essentiel de la sécurité juridique des citoyens. Il existe donc une obligation générale de prévisibilité qui doit être entendue de façon plus rigoureuse encore en droit pénal. Le principe de sécurité juridique se développe sous la forme de deux corollaires : l'exigence d'une définition claire de la loi et le principe d'interprétation restrictive de l'infraction", sowie S. 297: "La principale directive est le refus de l'interprétation analogique « *in malam partem* » dont on sait comment elle fut pratiquée par les régimes totalitaires."; POPP/LEVANTE, a.a.O., N. 21 zu Art. 1 StGB).

12.5 Zwischenergebnis

12.5.1 Art. 7 Abs. 1 (i.V.m. Abs. 2 Bst. c) KG ist historisch (E. 12.3.3) und teleologisch-systematisch (im Kontext mit den übrigen bundesrechtlichen Wertparitätskontrollen, E. 11.3 und E. 12.3.3) einzig auf sog. "normale", d.h. von der Vertragsfreiheit beherrschte Märkte zugeschnitten (E. 11.3.1.3 und E. 12.3.3), in denen neben der kartellgesetzlichen Wertparitätskontrolle (E. 11.3.1) dem Individualrechtschutz einzig die Institute von Art. 21 OR (E. 11.3.2) und Art. 157 StGB

(E. 4.5.2) dienen. Deshalb hat der Kartellgesetzgeber ein kartellrechtliches Korrekturinstrument geschaffen, um unter den spezifischen Voraussetzungen von Art. 7 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. c KG die mangels Wettbewerbs und griffiger "Preiskontrollinstrumente" verhandlungsschwache Vertragspartnerin eines marktbeherrschenden Unternehmens vor Preisausbeutung zu schützen (E. 11.3.1 und E. 12.3.3).

Wird der Anwendungsbereich von Art. 7 Abs. 1 (i.V.m. Abs. 2 Bst. c) KG – in Übereinstimmung mit Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK (E. 4.5 und E. 12.4) – *in dieser Weise,* d.h. restriktiv, abgesteckt, lässt sich das inkriminierte Verhalten der Beschwerdeführerin nicht unter Art. 7 Abs. 1 (i.V.m. Abs. 2 Bst. c) KG subsumieren.

Im vorliegenden regulierten Netzwerkkontext auf der Infrastrukturebene entfällt wegen des regulatorischen Rahmens (aArt. 11 Abs. 1 FMG) das Erzwingungspotenzial eines interkonnektionsverpflichteten Unternehmens, nachdem die *Verhandlungsmacht* der Nachfrageseite mit der in aArt. 11 Abs. 3 FMG eingeräumten Möglichkeit, bei der ComCom ein Gesuch um Preisfestsetzung einzureichen, erheblich gestärkt wird (E. 11.3.4 und E. 12.3.4). Insofern konnte die Beschwerdeführerin auf dem normativ durch Interkonnektionszwang festgelegten, fernmelderechtlich regulierten "Zwangsmarkt für Infrastrukturdienstleistungen" von der angeblich ausgebeuteten Marktgegenseite keine unangemessenen Preise "erzwingen", nachdem die betroffenen Fernmeldedienstanbieterinnen die ComCom als Preisregulatorin hätten anrufen können, dies indessen – wegen der gemeinsam bestehenden Interessenlage an "hohen" Terminierungspreisen (vgl. E. 12.3.4.3) – unterlassen haben.

12.5.2 Angesichts von Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK ist es dem Bundesverwaltungsgericht verwehrt, dem Art. 7 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG durch eine "lückenfüllende Auslegung" einen Sinn zu geben, der dem kartellgesetzlichen Preisausbeutungstatbestand nicht zukommt (vgl. Popp/Levante, a.a.O., N. 21 zu Art. 1 StGB). Gemäss dem bundesverfassungsrechtlichen Legalitätsprinzip (Art. 5 und 190 BV; vgl. BGE 133 II 305 E. 5.2, BGE 131 II 13 E. 6.3) ist es in erster Linie am Gesetzgeber zu entscheiden, ob er hier überhaupt eine Lücke annehmen und, wenn ja, ob er diese auch schliessen will (E. 12.4.2.1).

Damit sind wegen des fehlenden Erzwingungspotenzials der Beschwerdeführerin – entgegen der Ansicht der Vorinstanz – die Voraussetzungen von Art. 7 Abs. 1 (i.V.m. Abs. 2 Bst. c) KG nicht erfüllt. Dies

wiederum schliesst eine Sanktionierung nach Art. 49*a* Abs. 1 KG zwingend aus, weshalb die angefochtene Sanktion über keine hinreichende gesetzliche Grundlage verfügt und deshalb gestützt auf das Legalitätsprinzip aufzuheben ist.

12.5.3 Bei diesem Verfahrensausgang können die weiteren, von der Beschwerdeführerin aufgeworfenen grundlegenden Fragen zur subjektiven Seite der Tatbestandserfüllung sowie zur Sanktionsbemessung offen bleiben.

12.6 Zur Frage der Angemessenheit des Terminierungspreises

12.6.1 Fehlt das für Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG konstitutive Erzwingungspotenzial und ist eine "lückenfüllende" Ausdehnung des Anwendungsbereichs dieser Bestimmung unzulässig, lässt sich der zwischen der Beschwerdeführerin und ihren Vertragspartnerinnen ausgehandelte Terminierungspreis von 33.5 Rp./Min. nach den massgeblichen *kartellgesetzlichen* Kriterien nicht beanstanden (vgl. E. 11.3.1.1 f. und E. 12.1).

12.6.2 Ob dieser Preis nach den einschlägigen *preisüberwachungsrechtlichen* Kriterien angemessen war, hat das Bundesverwaltungsgericht im vorliegenden Verfahren aus diesem Grund nicht zu überprüfen. Dies ungeachtet dessen, dass sich angesichts der von der Vorinstanz erhobenen Daten und ihrer prima vista plausiblen Argumente an der Angemessenheit des hier zu Diskussionen Anlass gebenden Terminierungspreises ernsthaft zweifeln lässt. Dies nicht zuletzt deshalb, weil die Vorinstanz mit einem, wenn auch von der Beschwerdeführerin als unzulässig erachteten Ländervergleich aufzeigen konnte, dass am 1. Januar 2005 in Österreich, Schweden und Norwegen – ohne Berücksichtigung der Kaufkraftparität – kostenorientiert regulierte Terminierungspreise von lediglich 16 bzw. 11.8 und 12.6 Rp./Min. galten und die Beschwerdeführerin, die europaweit den höchsten Terminierungspreis verlangte (vgl. Verfügung Ziff. 224 ff. und Ziff. 248/Tabelle B-7), in der Folge ihren Terminierungspreis von 33.5 Rp./Min. ab 1. Juni 2005 "freiwillig" auf 20 Rp./Min. senkte.

13. Zusammenfassung

13.1 Die Wettbewerbskommission verletzt mit der verfügten Sanktion Bundesrecht. Der als unangemessen gerügte Terminierungspreis von 33.5 Rp./Min., den die Beschwerdeführerin im sanktionierten Zeitraum von ihren Vertragspartnern verlangte, lässt sich im Lichte der hier massgeblichen *kartellgesetzlichen* Kriterien (E. 11 f.) nicht be-

anstanden (E. 12.6.1). Daher hat die Vorinstanz zu Unrecht eine nach Art. 49*a* Abs. 1 KG sanktionswürdige Preisausbeutung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 (i.V.m. Abs. 2 Bst. c) KG angenommen (E. 12.2 f.).

Entbehrt die zu Lasten der Beschwerdeführerin ausgesprochene Sanktion einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage (E. 12.3 f.), muss die vorinstanzliche Verfügung insoweit als bundesrechtswidrig aufgehoben werden (E. 12.5.2). Die Beschwerde ist deshalb, soweit darauf eingetreten werden kann (E. 1.2.3 betr. Dispositiv-Ziff. 5 der angefochtenen Verfügung), teilweise begründet und gutzuheissen. Dementsprechend sind die Ziff. 2 und 3 des angefochtenen Verfügungsdispositivs aufzuheben.

13.2 Soweit jedoch in der Dispositiv-Ziff. 1 die marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführerin auf dem relevanten Markt festgestellt wird, was Dispositivcharakter hat (vgl. Beschwerdeentscheid der REKO/WEF FB/2003-4 vom 9. Juni 2005 E. 6.2.6, veröffentlicht in: RPW 2005/3, S. 530 ff.), verletzt die angefochtene Verfügung Bundesrecht nicht (E. 9 f.), weshalb die Beschwerde in diesem Punkt abzuweisen ist.

13.3 Bei diesem Verfahrensausgang ebenfalls aufzuheben ist die Ziff. 6a des Verfügungsdispositivs, wonach die Beschwerdeführerin den Betrag von Fr. 398'702.– an die vorinstanzlichen Verfahrenskosten zu leisten hat.

Aufgrund des vorstehenden Ergebnisses darf die Beschwerdeführerin nur soweit zur Tragung von vorinstanzlichen Verfahrenskosten verpflichtet werden, als solche in unmittelbarem Zusammenhang mit der Ermittlung und Feststellung der marktbeherrschenden Stellung in Verbindung stehen. Daher ist die Sache in diesem Punkt an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit diese die entsprechenden Kosten ausscheidet und der Beschwerdeführerin neu in Rechnung stellt.

14. Kosten und Entschädigung

14.1 Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt in der Entscheidungsformel die Verfahrenskosten, bestehend aus Spruchgebühr, Schreibgebühren und Barauslagen, in der Regel der unterliegenden Partei. Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Keine Verfahrenskosten werden Vorinstanzen auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

Bei diesem Verfahrensausgang gilt die Beschwerdeführerin als überwiegend, d.h. zu 4/5 obsiegende Partei, zumal im Wesentlichen die Verpflichtung zur Bezahlung der Sanktion von Fr. 333'365'685.– im Streite lag. Deshalb sind der Beschwerdeführerin nur, soweit sie unterliegt, in ermässigtem Umfang (d.h. zu 1/5) Verfahrenskosten aufzuerlegen und zwar (1.) für die rechtsmittelmässige Überprüfung und Bestätigung des vorinstanzlichen Befunds zur Marktabgrenzung und Marktbeherrschung sowie (2.) für das Unterliegen hinsichtlich des Antrags auf Einstellung der Untersuchung (E. 1.2.3). Diese Kosten werden in Anbetracht aller relevanten Umstände auf Fr. 10'000.– festgesetzt.

14.2 Für die erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten ihrer Rechtsvertretung ist der Beschwerdeführerin, da sie überwiegend obsiegt, eine um 1/5 reduzierte Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 2 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht, VGKE, SR 173.320.2).

Da die Beschwerdeführerin für ihre Rechtsvertretung keine Kostennote einreichen liess, ist die Entschädigung auf Grund der Akten und nach freiem gerichtlichen Ermessen zu bestimmen (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Soweit eine Parteientschädigung nicht einer unterliegenden Gegenpartei auferlegt werden kann, wird sie der Körperschaft oder autonomen Anstalt auferlegt, in deren Namen die Vorinstanz verfügt hat (Art. 64 Abs. 2 VwVG).

Angesichts des ausserordentlich hohen Aufwands und der Komplexität der Streitsache ist es angemessen, der hauptsächlich obsiegenden Beschwerdeführerin zulasten der Vorinstanz eine reduzierte Parteientschädigung von insgesamt Fr. 80'000.– (inkl. MWST) zuzusprechen. Dieser Betrag berücksichtigt die besonderen Verhältnisse, insbesondere den Umstand, dass auf juristischem Neuland eine Vielzahl anspruchsvoller Rechtsfragen zu klären waren. Dabei erscheint nicht der gesamte der Beschwerdeführerin erwachsene Aufwand als anrechenbar, der für die Abfassung der (teilweise redundant formulierten und deshalb etwas zu umfangreich geratenen) Rechtsschriften eingesetzt worden ist (Beschwerde von 346 Seiten und Stellungnahmen mit einem Umfang von insgesamt 123 Seiten).

Die reduzierte Parteientschädigung von Fr. 80'000.– (inkl. MWST) hat die Vorinstanz der Beschwerdeführerin nach Rechtskraft dieses Urteils zu entrichten (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 14 Abs. 2 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

1.1 Die Beschwerde wird, soweit darauf einzutreten ist, teilweise gutgeheissen. Die Dispositiv-Ziff. 2, 3 und 6a der Verfügung vom 5. Februar 2007 werden aufgehoben.

Die Sache wird zur Neuausscheidung der vorinstanzlichen Verfahrenskosten im Sinne der Erwägungen an die Wettbewerbskommission zurückgewiesen.

1.2 Soweit die Dispositiv-Ziff. 1 der Verfügung vom 5. Februar 2007 angefochten ist, wird die Beschwerde abgewiesen.

2.
Der Beschwerdeführerin werden ermässigte Verfahrenskosten von Fr. 10'000.– auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 50'000.– verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 40'000.– wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3.
Der Beschwerdeführerin wird zulasten der Vorinstanz eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 80'000.– (inkl. MWST) zugesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular);
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 32-0158; Gerichtsurkunde);
- das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (Gerichtsurkunde);

und wird auszugsweise mitgeteilt:

- dem Bundesamt für Kommunikation;
- der Sunrise Communications AG;
- der Orange Communications SA

Die vorsitzende Richterin: Der Gerichtsschreiber:

Maria Amgwerd Said Huber

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tage nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: