



Abteilung I
A-3073/2011

Urteil vom 13. Februar 2012

Besetzung

Richter Markus Metz (Vorsitz),
Richter Alain Chablais, Richter Christoph Bandli,
Gerichtsschreiberin Tanja Haltiner.

Parteien

SWITCH,
Werdstrasse 2, Postfach, 8021 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

Bundesamt für Kommunikation BAKOM,
Abteilung Telecomdienste,
Zukunftstrasse 44, Postfach, 2501 Biel,
Vorinstanz

Gegenstand

Aufsichtsverfahren betreffend Dienstleistungsangebot.

Sachverhalt:**A.**

Im Mai 2009 gründete die SWITCH die Tochtergesellschaft switchplus ag, welche Endkundinnen die Registrierung von Domain-Namen der Domain ".ch" und ".li" als Wiederverkäuferin (Registrar) anbieten soll. Zudem bietet die Tochtergesellschaft Mail- und Hosting-Services an.

B.

Im Zusammenhang mit der Gründung der switchplus ag eröffnete das Bundesamt für Kommunikation (nachfolgend: BAKOM) gegen die SWITCH am 16. März 2010 ein Aufsichtsverfahren.

Mit Verfügung vom 11. April 2011 verpflichtete das BAKOM die SWITCH in Dispositivziffer 1, sämtliche Leistungen, welche diese aufgrund ihrer Registrierungs- und Verwaltungstätigkeit von Domain-Namen zu erbringen in der Lage sei und welche die switchplus ag anbiete, allen Whole-Sale-Partnerinnen zu den gleichen Bedingungen anzubieten. Von der Offerierungspflicht ausgenommen seien Leistungen, die typischerweise nur zwischen verbundenen Unternehmen erbracht würden sowie Leistungen, die keinen direkten oder indirekten Bezug zur delegierten Tätigkeit der Registrierung und Verwaltung von Domain-Namen hätten. Gemäss Dispositivziffer 2 habe die SWITCH eine Liste der Leistungen, die sie allen Whole-Sale-Partnerinnen inklusive der switchplus ag zu gleichen Bedingungen anbieten wolle, zu erstellen. Die Preise und die übrigen Konditionen der einzelnen Leistungen seien dabei verbindlich festzulegen und dem BAKOM sowie allen Whole-Sale-Partnerinnen innert 30 Tagen ab Rechtskraft der Verfügung zuzustellen. Gleichzeitig sei der Leistungskatalog unter Nachführung allfälliger Änderungen zu veröffentlichen. Zudem habe die SWITCH sicherzustellen, dass die switchplus ag innert 30 Tagen seit Eröffnung der Verfügung von keinen werbewirksamen Leistungen der SWITCH profitiere, welche anderen Whole-Sale-Partnerinnen nicht zur Verfügung stehen würden, wobei sich diese Verpflichtung namentlich auch auf den Webauftritt beziehe (Dispositivziffer 3). Mit Dispositivziffer 4 wurde die SWITCH verpflichtet, dem BAKOM jeweils unaufgefordert sämtliche Verträge oder Vertragsänderungen zwischen ihr und der switchplus ag innert 30 Tagen nach Abschluss zur Kenntnis zu bringen. Von dieser Mitteilungspflicht ausgenommen seien Verträge, die keinen direkten oder indirekten Bezug zur delegierten Tätigkeit der Registrierung und Verwaltung von Domain-Namen hätten. Weiter wurde die SWITCH

verpflichtet, sämtliche mit ihren Leistungen an die switchplus ag verbundenen Kosten sachgerecht und in einer getrennten Kostenrechnung gegenüber dem BAKOM auszuweisen, erstmals für das Rechnungsjahr 2010 (Dispositivziffer 5). Einer allfälligen Beschwerde gegen Dispositivziffern 3 und 5 wurde die aufschiebende Wirkung entzogen (Dispositivziffer 6). Die Verwaltungsgebühren wurden der SWITCH auferlegt (Dispositivziffer 7) und die Firmen Hostpoint AG et al. vom Ausgang des Verfahrens in Kenntnis gesetzt (Dispositivziffer 9).

C.

Mit Beschwerde vom 27. Mai 2011 gelangte die SWITCH (nachfolgend: Beschwerdeführerin) an das Bundesverwaltungsgericht und beantragt, Dispositivziffern 1 bis 4 sowie Dispositivziffer 7 betreffend Kostenaufgabe der Verfügung des BAKOM (nachfolgend: Vorinstanz) vom 11. April 2011 seien aufzuheben. Weiter sei festzustellen, dass die Vorinstanz dadurch, dass sie die Firmen Hostpoint AG et al. vor Eintritt der Rechtskraft der angefochtenen Verfügung über den Ausgang des Aufsichtsverfahrens informiert habe, Bundesrecht verletzt habe. In verfahrensrechtlicher Hinsicht verlangt sie die Wiederherstellung der in Dispositivziffer 6 entzogenen aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde gegen Dispositivziffer 3 der angefochtenen Verfügung. Eventualiter sei ihr eine angemessene Frist von mindestens 120 Tagen zur Vornahme der im Sinne von Dispositivziffer 3 der angefochtenen Verfügung erforderlichen Vorkehrungen, insbesondere zur entsprechenden Umgestaltung ihres Webauftritts, zu gewähren.

D.

Die Vorinstanz verlangt mit Vernehmlassung vom 8. Juni 2011 die Abweisung des Antrags auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung. Ebenso sei der entsprechende Eventualantrag abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei.

Mit unaufgeforderter Eingabe gleichen Datums reicht die Beschwerdeführerin ergänzend ein Schreiben der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) zu den Akten, wonach diese mangels Anhaltspunkten für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darauf verzichte, ihr Sekretariat mit der Eröffnung einer Untersuchung zu beauftragen.

E.

Mit Zwischenverfügung vom 10. Juni 2011 hiess das

Bundesverwaltungsgericht das Gesuch der Beschwerdeführerin um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde gut.

F.

Mit Vernehmlassung vom 8. Juli 2011 beantragt die Vorinstanz, die Beschwerde sei in der Hauptsache vollumfänglich abzuweisen.

G.

Die Beschwerdeführerin hält mit ihren Schlussbemerkungen vom 19. August 2011 an den in der Beschwerde vom 27. Mai 2011 gestellten Anträgen fest. Eventualiter sei ihr bei Abweisung des Antrags 1 hinsichtlich Dispositivziffer 3 der angefochtenen Verfügung eine angemessene Umsetzungsfrist von 120 Tagen zur Vornahme der erforderlichen Vorkehrungen, insbesondere der entsprechenden Umgestaltung des Webauftritts, zu gewähren.

H.

Auf weitere Vorbringen der Parteien und die sich bei den Akten befindlichen Schriftstücke wird – sofern entscheiderelevant – in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1. Gemäss Art. 31 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (VGG, SR 173.32) beurteilt dieses Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33 und 34 VGG genannten Behörden. Da im Telekommunikationsbereich keine Ausnahme vorliegt und das BAKOM eine Behörde im Sinne von Art. 33 Bst. d VGG ist, ist das Bundesverwaltungsgericht für die Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

1.2. Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung durch diese unmittelbar betroffen und macht ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung geltend. Sie ist daher ohne Weiteres beschwerdelegitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG).

1.3. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist daher einzutreten.

2.

Das Bundesverwaltungsgericht prüft die Entscheide seiner Vorinstanzen mit voller Kognition. Gerügt werden kann daher gemäss Art. 49 VwVG die Verletzung von Bundesrecht – einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens –, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts sowie die Unangemessenheit des angefochtenen Entscheids.

3.

3.1. In der angefochtenen Verfügung hält die Vorinstanz unter dem Titel Voraussetzungen für den (Whole-Sale-)Partnervertrag fest, dass im Fall der switchplus ag knapp 80 % der benötigten 1'000 registrierten Domain-Namen direkt von der Beschwerdeführerin oder auf Namen von deren Mitarbeitenden zugunsten der Tochtergesellschaft registriert worden seien, womit die switchplus ag vom Whole-Sale-Angebot habe profitieren können, ohne vorgängig die für den Erwerb eines solchen Kundenstamms notwendigen Investitionen zu tätigen. Die Vorinstanz ist jedoch im Zeitpunkt des Erlasses ihrer Verfügung davon ausgegangen, dass die switchplus ag seit ihrer Gründung durch eigene Geschäftstätigkeit mindestens 1'000 Domain-Namen von Kunden registrieren konnte, so dass sie mittlerweile die Voraussetzungen für einen Whole-Sale-Partnervertrag erfülle und daher die ursprüngliche Ungleichbehandlung durch die Beschwerdeführerin dahingefallen sei, weshalb diesbezüglich auf die Anordnung von Aufsichtsmaßnahmen verzichtet wurde. Da dieser Punkt nicht weiter Thema des vorinstanzlichen Verfahrens war und daher keinen Eingang ins Dispositiv der angefochtenen Verfügung gefunden hat, kann er auch nicht Thema des Beschwerdeverfahrens sein (ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 2.7).

3.2. Unbestritten geblieben und daher in Rechtskraft erwachsen ist Dispositivziffer 5 der angefochtenen Verfügung betreffend die Leistungserbringung und -verrechnung zwischen der Beschwerdeführerin und ihrer Tochtergesellschaft (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.213). Über die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung wurde bereits mit Zwischenverfügung vom 10. Juni 2011 befunden.

4.

4.1. Die Beschwerdeführerin macht in formeller Hinsicht eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend: Es sei ihr trotz entsprechendem Gesuch keine Einsicht in die von insgesamt elf Firmen eingereichte Aufsichtsbeschwerde, welche das strittige Verfahren ausgelöst habe, gewährt worden. Dem hält die Vorinstanz entgegen, die Anzeige sei für die Eröffnung des Aufsichtsverfahrens nicht relevant gewesen, weshalb ihr kein Aktencharakter zukomme. Der Beschwerdeführerin sei es jederzeit freigestanden, Einsicht in die Akten zu nehmen oder zu beantragen, die Anzeige vom 15. Januar 2010 zu den Akten zu nehmen, was sie nicht getan habe.

4.2. Nach ständiger Rechtsprechung und Lehre umfasst der Anspruch auf rechtliches Gehör im Sinne von Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) als Teilgehalt ebenfalls das Recht der Parteien auf Akteneinsicht. Dieses wird auf Gesetzesebene für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht in den Art. 26 ff. VwVG konkretisiert. Gemäss dem in Art. 26 Abs. 1 VwVG beschriebenen Akteneinsichtsrecht hat jede Partei oder ihr Vertreter grundsätzlich Anspruch darauf, in ihrer Sache die Verfahrensunterlagen, d.h. insbesondere die Eingaben von Parteien und Vernehmlassungen von Behörden (Bst. a) und alle als Beweismittel dienenden Aktenstücke (Bst. b), am Sitz der verfügenden Behörde einzusehen.

Das Akteneinsichtsrecht bezieht sich auf alle – auch neu eingehenden – verfahrensbezogenen Akten, die geeignet sind, Grundlage des Entscheids zu bilden. Die Akteneinsicht ist demnach auch zu gewährleisten, wenn die Ausübung des Akteneinsichtsrechts den Entscheid in der Sache nicht zu beeinflussen vermag (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1813/2009 vom 21. September 2011 E. 7.1.4 mit Hinweis; BERNHARD WALDMANN/ JÜRIG BICKEL in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Zürich 2009 [VwVG-Praxiskommentar], Art. 29 Rz. 94 f.; STEPHAN C. BRUNNER in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren,

Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Zürich 2008 [VwVG-Kommentar], Art. 26 Rz. 1, 33 und 45). Der Betroffene kann sich nur dann wirksam zur Sache äussern und geeignete Beweise führen oder bezeichnen, wenn er über Anträge der Gegenseite oder Stellungnahmen Dritter orientiert bzw. wenn ihm die Möglichkeit eingeräumt wird, die Unterlagen einzusehen, auf welche die Behörde in ihrer Verfügung abzustellen gedenkt (BGE 132 V 387 E. 3.1; vgl. auch WALDMANN/BICKEL, VwVG-Praxiskommentar, Art. 29 Rz. 94).

Die Akteneinsicht erstreckt sich demnach grundsätzlich auf alle für den Entscheid wesentlichen Akten, d.h. auf jene Akten, die Grundlage einer Entscheidung bilden. Um den Umfang des Akteneinsichtsrechts zu bestimmen, kommt es auf die Bedeutung eines Aktenstückes für die verfügungswesentliche Sachverhaltsdarstellung an (Urteile des Bundesgerichts 2A.132/2006 vom 20. Juli 2006 E. 2.5, 2P.50/2003 vom 7. August 2003 E. 4 und 2A.587/2003 vom 1. Oktober 2004 E. 7.3, je mit Hinweisen, BGE 129 I 85 E. 4.1, BGE 121 I 225 E. 2a; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2213/2006 vom 2. Juli 2007, E. 4.3.1; MARC HÄUSLER/RETO FERRARI-VISCA, Das Recht auf Akteneinsicht im Verwaltungs- und Verwaltungsjustizverfahren, in: Jusletter vom 8. August 2011, S. 2 und 4). Akten, welche mit dem Verfahren, in dem die Akteneinsicht begehrt wird, nichts zu tun haben, unterliegen der Akteneinsicht zum Vorneherein nicht. Durch die Gewährung der Akteneinsicht soll dem Betroffenen die Kenntnis der wesentlichen Tatsachen, d.h. jener Tatsachen, welche die Behörde ihrer Verfügung zugrunde zu legen gedenkt, verschafft werden, damit sich dieser äussern kann. Dies wiederum bedeutet, dass sich das Recht auf Akteneinsicht nur auf jene Akten bezieht, auf deren Inhalt die geplante Verfügung gestützt werden soll (WILLY HUBER, Das Recht des Bürgers auf Akteneinsicht im Verwaltungsverfahren, Diss. St. Gallen 1980, S. 66 und S. 70 f.).

4.3. Tatsächlich hat die Beschwerdeführerin mit E-Mail vom 29. März 2010 um Akteneinsicht ersucht, insbesondere um Zustellung der Aufsichtsbeschwerde. Mit Schreiben vom 1. April 2010 erklärte die Vorinstanz, die Beschwerdeführerin sei selbstverständlich berechtigt, jederzeit Einsicht in die Verfahrensakten zu nehmen. Im Übrigen wurde in diesem Schreiben festgehalten, dass die eingereichte Aufsichtsbeschwerde noch nicht zu den Verfahrensakten genommen worden und nachdem die Anzeigenden auf eine Parteistellung verzichtet hätten zudem unklar sei, ob das Dokument verfahrensrelevant sei. Falls für die Entscheidungsfindung auf die Aufsichtsbeschwerde abgestellt würde,

werde diese zu den Akten genommen und Einsicht gewährt. In der Folge hat die Vorinstanz die fragliche Aufsichtsbeschwerde in ihrer Verfügung vom 11. April 2011 im Rahmen der Prozessgeschichte zwar erwähnt, sich bei der Begründung jedoch nicht darauf abgestützt.

Da es sich daher bei der entsprechenden Aufsichtsbeschwerde nicht um ein entscheidrelevantes Dokument handelt, d.h. die Beschwerde nicht als Grundlage für den angefochtenen Entscheid herbeigezogen wurde, erstreckt sich das Recht auf Akteneinsicht nicht darauf, womit eine Verletzung des rechtlichen Gehörs zu verneinen ist. Aus den eingereichten Akten ergibt sich zudem, dass die Beschwerdeführerin im Rahmen des vorinstanzlichen Verfahrens zur Aufsichtsbeschwerde Stellung nehmen konnte (vgl. E-Mail vom 8. Juli 2010, Beilage 16 zur Vernehmlassung, worin die Beschwerdeführerin auf ihre Stellungnahme zur Aufsichtsbeschwerde Bezug nimmt).

5.

5.1. Weiter verlangt die Beschwerdeführerin es sei festzustellen, die Vorinstanz habe dadurch, dass sie die Anzeigerinnen vor Eintritt der Rechtskraft der Verfügung informiert habe, Bundesrecht verletzt. Die Vorinstanz erklärt hierzu, der Rechtsvertreter der Anzeigerinnen sei nach Abschluss des Verfahrens praxisgemäss darüber informiert worden, dass der Anzeige mittels Anordnung von Aufsichtsmaßnahmen Folge gegeben worden sei.

5.2. Aufgrund seiner Formulierung lässt sich das Feststellungsbegehren der Beschwerdeführerin am ehesten unter Art. 25a Abs. 1 Bst. c VwVG subsumieren, wonach derjenige, welcher ein schutzwürdiges Interesse hat, von der Behörde, die für Handlungen zuständig ist, welche sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und Rechte oder Pflichten berühren, verlangen kann, die Widerrechtlichkeit von Handlungen festzustellen. Diesfalls hätte die Beschwerdeführerin mit ihrem Begehren an die Vorinstanz gelangen müssen. Es rechtfertigt sich jedoch aus prozessökonomischen Gründen, das Begehren anhand zu nehmen, zumal mit Art. 25a VwVG nicht nur die nachträgliche rechtliche Beurteilung tatsächlicher Staatshandlungen bezweckt wird, sondern die Bestimmung als Signal für künftiges Verwaltungshandeln auch präventiven Charakter hat. Bei Begehren auf Feststellung der Widerrechtlichkeit einer Handlung ist das aktuelle Interesse regelmässig dahingefallen, doch muss wegen der grundsätzlichen Fragestellung

darauf verzichtet werden. Eine Ausnahme wird in solchen Fällen selbst dann bejaht, wenn nicht anzunehmen ist, dass sich der Vorfall genau gleich wiederholen wird (vgl. BEATRICE WEBER-DÜRLER, VwVG-Kommentar, a.a.O., Art. 25a Rz. 2 und Rz. 30; ISABELLE HÄNER, VwVG-Praxiskommentar, a.a.O., Art. 25a Rz.44, je mit Hinweisen). So präsentiert sich denn auch der vorliegende Fall: Die Anzeigerinnen sind bereits über den Ausgang des Verfahrens vor Vorinstanz informiert worden, so dass die Beschwerdeführerin deshalb kein praktisches Interesse an der Rechtsklärung im Urteilszeitpunkt mehr haben kann. Da sich dieselbe Frage in künftigen Aufsichtsverfahren jedoch jederzeit wieder stellen kann und es von Bedeutung ist, ob die Vorinstanz Anzeigerinnen vorab über den Verfahrensausgang informieren darf, kann ausnahmsweise auf die Aktualität des Rechtsschutzinteresses verzichtet werden und es ist auf das Begehren einzutreten.

5.3. Gemäss Art. 71 Abs. 2 VwVG hat der Anzeiger nicht die Rechte einer Partei. Er besitzt namentlich keinen Anspruch auf rechtliches Gehör. Trifft die Behörde einen Entscheid, ist dieser weder zu begründen noch der anzeigenden Person zuzustellen (vgl. STEFAN VOGEL, VwVG-Kommentar, Art. 71 Rz. 38 mit Hinweisen). Immerhin darf die anzeigende Person nach Praxis des Bundesrats einen Bescheid über das Eintreten oder Nichteintreten auf die Anzeige erwarten. Tritt eine Aufsichtsbehörde auf eine Anzeige nicht ein, so sollte sie der anzeigenden Person die Gründe zumindest in groben Zügen erläutern. Tritt sie dagegen ein, so kann sie der anzeigenden Person beispielsweise mitteilen, dass sie die Angelegenheit prüfen oder ihr nachgehen werde. Weiter sollte sie kurz erklären, weshalb sie sie über den weiteren Verlauf der Angelegenheit nicht informieren könne (vgl. OLIVER ZIBUNG, VwVG-Praxiskommentar, Art. 71 Rz. 34 mit Hinweisen).

5.4. Obwohl die Anzeigerinnen keine Parteistellung im vorinstanzlichen Verfahren hatten, wurden sie gemäss Dispositivziffer 9 der angefochtenen Verfügung von dessen Ausgang in Kenntnis gesetzt und zwar noch vor Eintritt der Rechtskraft des erwähnten Entscheids. Dies geschah, obschon die Aufsichtsbeschwerde nicht zu den Akten genommen wurde und nicht Grundlage des angefochtenen Entscheids bildete. Wie sich aus vorstehender Erwägung ergibt, hat eine Behörde sogar in Fällen, in denen sie gestützt auf eine Aufsichtsbeschwerde einen Entscheid trifft – was vorliegend ja nicht der Fall ist – ihren Entscheid nicht zu begründen und der anzeigenden Person zuzustellen. Sie kann die Anzeigerin von sich aus in groben Zügen informieren, wie sie mit der

Anzeige zu verfahren gedenkt. Wenn jedoch wie vorliegend eine Aufsichtsbeschwerde nicht anhand genommen bzw. durch sie kein Verfahren ausgelöst wird und sie nicht Grundlage einer Verfügung bildet, die Anzeigenden aber dennoch über den Ausgang des Verfahrens vor Eintritt der Rechtskraft der entsprechenden Verfügung in Kenntnis gesetzt werden, geht dies über den praxisgemäss zu erwartenden Bescheid über das Eintreten oder Nichteintreten auf die Anzeige hinaus und trägt Art. 71 Abs. 2 VwVG, wonach die anzeigende Person nicht die Rechte einer Partei hat, nicht genügend Rechnung. Die diesbezügliche Rüge der Beschwerdeführerin erweist sich als begründet. Dies auch vor dem Hintergrund, dass der Ausgang des vorliegend strittigen, nicht durch die Anzeigerinnen ausgelösten Aufsichtsverfahrens für diese von Bedeutung ist. Es bleibt somit festzustellen, dass die Vorinstanz dadurch, dass sie die Anzeigerinnen vom Ausgang des Verfahrens vor Eintritt der Rechtskraft in Kenntnis gesetzt hat, rechtswidrig gehandelt hat.

6.

Die von der Beschwerdeführerin als Monopolistin im Rahmen der ihr übertragenen öffentlichen Aufgabe gegenüber Dritten zu erbringenden Dienstleistungen umfassen einerseits ein Retail-Angebot betreffend die direkte Zuteilung und Verwaltung von ".ch"-Domain-Namen an Endkundinnen und andererseits ein Whole-Sale-Angebot, d.h. die Bereitstellung der geeigneten technischen und administrativen Vorkehrungen zugunsten Dritter, welche Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Zuteilung und Verwaltung von ".ch"-Domain-Namen an eigene Endkundinnen zu erbringen wünschen (vgl. zum Ganzen Art. 7 des verwaltungsrechtlichen Vertrags vom 31. Januar 2007 zwischen der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz). Die Beschwerdeführerin hat für "Partner" genannte Wiederverkäuferinnen ein Whole-Sale-Modell entwickelt, das diesen ermöglicht, Domain-Namen in eigenem Namen und auf eigene Rechnung weiterzuverkaufen. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen für dieses Modell wurden von der Vorinstanz erstmals am 29. August 2003 genehmigt. Bevor ein interessiertes Unternehmen als Partner anerkannt wird, muss es zunächst die Registrierung von 1'000 Domain-Namen beantragt haben. Die Beschwerdeführerin nennt die Partner mitunter auch Registrar.

Strittig ist einzig letzterer Bereich bzw. die Frage, ob die Beschwerdeführerin ihre Tochtergesellschaft gegenüber anderen Whole-Sale-Partnerinnen durch Verschaffung ungerechtfertigter Vorteile bevorzugt.

7.

7.1. Das schweizerische Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (FMG, SR 784.10) und seine Ausführungsbestimmungen wurden in einem Zeitpunkt erlassen, in dem die Beschwerdeführerin bereits während zehn Jahren die Verwaltung der Domain-Namen ".ch" wahrgenommen hatte. Mit zunehmender Bedeutung der modernen Telekommunikation wurde die Verwaltung der zahlenmässig begrenzten Adressierungselemente als Schlüsselfrage erachtet, die in den Grundsätzen auf Gesetzesstufe verankert werden sollte. Gleichzeitig ging es auch darum möglichst beizubehalten, was sich bisher auch ohne gesetzliche Regelung bewährt hatte. So stellt insbesondere die Delegation der Verwaltung der Top Level Domain (TLD) ".ch" von der Vorinstanz an die Beschwerdeführerin mittels verwaltungsrechtlichem Vertrag vom 24. Januar 2003 bzw. erneuert in demjenigen vom 31. Januar 2007 eine nachträgliche Legitimierung des beim Erlass der entsprechenden Bestimmungen bereits bestehenden Zustands dar (vgl. zum Ganzen: UELI BURI, Domain-Namen in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, III/2, 2. Auflage, Basel 2005, S. 344 f., 350).

7.2. Art. 28 bis 30 FMG befassen sich mit den Adressierungselementen; deren Verwaltung und Zuteilung ist in Art. 28 FMG geregelt. Gemäss Art. 28 Abs. 1 FMG verwaltet die Vorinstanz die Adressierungselemente unter Beachtung der internationalen Normen. In besonderen Fällen kann sie die Verwaltung und Zuteilung bestimmter Adressierungselemente Dritten übertragen, wobei der Bundesrat die Einzelheiten, namentlich die Aufsicht durch die Vorinstanz, regelt (Art. 28 Abs. 2 FMG). Zu den Adressierungselementen gehören insbesondere die Internet Domain-Namen (PETER R. FISCHER/OLIVER SIDLER, Fernmelderecht in: Weber [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. V/1, 2. Aufl. 2003, Informations- und Kommunikationsrecht, S. 216; BGE 131 II 162 E. 2). Gestützt darauf wurde die Verordnung vom 6. Oktober 1997 über die Adressierungselemente im Fernmeldebereich (AEFV, SR 784.104) mit Wirkung per 1. April 2002 durch Vorschriften zur Übertragung und Verwaltung von Adressierungselementen allgemein und von der Domain ".ch" untergeordneten Domain-Namen im Besonderen ergänzt (AS 2002 273). Gemäss Anhang zur AEFV wird der Begriff Domain-Name als alphanumerischer Kommunikationsparameter definiert, der in Verbindung mit einer IP-Adresse die Identifikation einer insbesondere aus Netzrechnern oder -servern bestehenden Internet-Domain sowie der Benutzerrechner, die an den Verbindungen in diesem Netz beteiligt sind,

ermöglicht. Die entsprechenden Vorschriften in der AEFV regeln die Grundsätze der Delegation der Verwaltung an die Registerbetreiberin und Beschwerdeführerin sowie deren Aufgaben und Pflichten (Art. 14a ff. AEFV). Nach Art. 14a AEFV bezeichnet die Vorinstanz die Registerbetreiberin und schliesst mit ihr einen verwaltungsrechtlichen Vertrag ab. Die Aufgaben und Pflichten der Betreiberin werden in Art. 14a Abs. 2 und 14b AEFV aufgeführt. Nach Art. 14b Abs. 3 AEFV ist die Registerbetreiberin vorbehältlich der Fälle von Nichtzahlung oder zweifelhafter Zahlungsfähigkeit verpflichtet, ihre Dienste allen Nutzerinnen und Nutzern des Internets anzubieten. Nach Art. 14c Abs. 2 AEFV legt sie die allgemeinen Geschäftsbedingungen ihres Dienstangebots fest und unterbreitet sie der Vorinstanz zur Genehmigung. Weiter ist die Registerbetreiberin verpflichtet, allen Personen, welche Domain-Namen Dritten zuteilen und verwalten wollen und die diesbezüglichen technischen und administrativen Voraussetzungen erfüllen, ein Grosshandelsangebot zu unterbreiten, welches bezüglich des Preises und des angebotenen Dienstes attraktiv sein muss (Art. 14c^{quater} AEFV).

7.3. Im Anhang 2.13 zur Verordnung des BAKOM vom 9. Dezember 1997 über Fernmeldedienste und Adressierungselemente (TAV, SR 784.101.113) finden sich technische und administrative Vorschriften über die Zuteilung und Verwaltung von Domain-Namen der zweiten Ebene, die der Internet-Domain ".ch" untergeordnet sind. Im Rahmen jener Bestimmungen bestehen die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beschwerdeführerin für die Registrierung und Verwaltung von Domain-Namen, die der Domain ".ch" und ".li" untergeordnet sind, welche von der Vorinstanz zu genehmigen sind (vgl. Art. 14c Abs. 2 AEFV und BURI, a.a.O., S. 345).

7.4. Als Aufsichtsbehörde wacht die Vorinstanz gemäss Art. 13i AEFV darüber, dass die Beschwerdeführerin als Registerbetreiberin das anwendbare Recht sowie die spezifischen Vertragsbestimmungen einhält. Bestehen Anzeichen, dass sie diesen Bestimmungen nicht nachkommt, hat die Vorinstanz eine Überprüfung durchzuführen und nötigenfalls die erforderlichen Massnahmen anzuordnen (Art. 13j AEFV).

8.

Die Beschwerdeführerin übt gestützt auf die Delegation der Tätigkeit als Registerbetreiberin für die Domain ".ch" in diesem Bereich eine öffentliche Aufgabe des Bundes aus. Wer staatliche Aufgaben

wahrnimmt, ist gemäss Art. 35 Abs. 2 BV an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen. Bei einer Übertragung von Verwaltungsaufgaben an Private sind die Interessen Dritter in gleicher Weise zu schützen, wie wenn die Aufgabe durch die Verwaltung selbst wahrgenommen würde (PIERRE MOOR, *Droit Administratif*, Volume III, Bern 1992, S. 59). Die Beschwerdeführerin hat daher im Rahmen ihrer Tätigkeit als Registerbetreiberin die allgemein geltenden Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns – insbesondere jenen der Rechtsgleichheit – zu befolgen und zu gewährleisten (PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 3. Aufl., Bern 2009, S.127 ff.). So wird denn in Übereinstimmung mit dieser verfassungsrechtlichen Norm in Art. 14c Abs. 1 AEFV konkret festgehalten, dass die Registerbetreiberin sich in ihren vertraglichen Beziehungen mit den Gesuchstellerinnen und Inhaberinnen von Domain-Namen an die Grundsätze und Verpflichtungen des öffentlichen Rechts hält. Im Vordergrund steht dabei das öffentliche Interesse an einem einwandfrei funktionierenden System der Zuteilung und Verwaltung von ".ch"-Domain-Namen (vgl. Art. 13e AEFV), welches jedoch vorliegend nicht Streitgegenstand bildet. Vielmehr geht es darum zu überprüfen, ob die Vorinstanz zu Recht die mit der angefochtenen Verfügung gegenüber der Beschwerdeführerin verhängten Massnahmen erlassen hat bzw. ob die Beschwerdeführerin die ihr im Bereich des Grosshandelsangebots übertragenen Aufgaben verfassungs-, gesetzes- und vertragskonform ausführt. Insbesondere ist umstritten, ob die Beschwerdeführerin ihre Tochtergesellschaft auf diverse Arten ungerechtfertigt gegenüber anderen Whole-Sale-Partnerinnen bevorzugt und diese damit benachteiligt.

9.

9.1. Das allgemeine Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV hat sich aus der allgemeinen Garantie der Rechtsgleichheit heraus entwickelt (vgl. BERNHARD WALDMANN, *Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz*, Bern 2003, S. 135 ff.). Der Diskriminierungsbegriff wird in der europäischen Rechtssprache zwar nicht rein, aber doch mehrheitlich menschenrechtsbezogen verwendet (vgl. WALDMANN, a.a.O., S. 195 ff., insb. S. 213). Auch in der Schweiz benutzen sowohl das in Art. 8 Abs. 2 BV verankerte Diskriminierungsverbot wie auch die entsprechende bundesgerichtliche Rechtsprechung grundsätzlich menschenbezogene Differenzierungsmerkmale und bringen den Begriff in engen

Zusammenhang mit der Menschenwürde (vgl. BGE 129 I 217 E. 2.1; BGE 129 I 392 E. 3.2.2; vgl. WALDMANN, a.a.O., S. 764; JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 692). Trotz diesem vorwiegend menschenbezogenen Begriffsverständnis wird der Diskriminierungsbegriff im Allgemeinen in der schweizerischen Rechtssprache aber vielschichtig verwendet. Insbesondere das Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht sprechen auch dann von "Diskriminierung", wenn Gleichbehandlungsgebote mit wettbewerbspolitischen und nicht menschenrechtlichem Unrechtsgehalt aufgestellt werden (vgl. WALDMANN, a.a.O., S. 220 f. und S. 226). Vor diesem Hintergrund ist Art. 13e Abs. 1 AEFV betreffend transparente und nichtdiskriminierende Zuteilung der Adressierungselemente durch die Registerbetreiberin und Beschwerdeführerin zu verstehen, nämlich als Gleichbehandlungsgebot in Bezug auf den vorliegend nicht strittigen Bereich der Leistungserbringung an die Endkundinnen. Ebenso sind jedoch auch die Aussagen der Vorinstanz betreffend (Nicht)Diskriminierung der Whole-Sale-Partnerinnen durch die Beschwerdeführerin im vorliegend umstrittenen Bereich der ihr übertragenen öffentlichen Aufgabe zu verstehen.

9.2. Nach dem allgemeinen Grundsatz der Rechtsgleichheit im Sinne von Art. 8 Abs. 1 BV ist Gleiches ist nach Massgabe seiner Gleichheit gleich, Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln. Der Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung wird insbesondere verletzt, wenn hinsichtlich einer entscheidungswesentlichen Tatsache rechtliche Unterscheidungen getroffen werden, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder wenn Unterscheidungen unterlassen werden, die aufgrund der Verhältnisse hätten getroffen werden müssen (Urteil des Bundesgerichts 2C_587/2011 vom 12. Dezember 2011 E. 4.2 mit Hinweis). Eine rechtsanwendende Behörde (bzw. eine Drittperson bei der Ausübung der ihr übertragenen staatlichen Aufgabe, vgl. Art. 35 Abs. 2 BV) verletzt dann den Gleichheitssatz, wenn sie zwei gleiche tatsächliche Situationen ohne sachlichen Grund unterschiedlich beurteilt (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 507 mit Hinweisen).

10.

10.1. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung müssen direkte Konkurrenten durch den Staat – und durch Dritte, welche öffentliche

Aufgaben erfüllen (vgl. Art. 35 Abs. 2 BV) – gleich behandelt werden, wenn sie im gleichen Bereich tätig sind, sich an dieselbe Adressatengruppe mit denselben Angeboten für die gleichen Bedürfnisse richten (BGE 125 II 326 E. 10a, BGE 124 II 193 E. 8b). Soweit eine sachliche Begründung für eine Ungleichbehandlung zweier direkter Konkurrenten vorliegt, wird das Gleichbehandlungsgebot nicht verletzt, wohl aber die Wirtschaftsfreiheit, wenn dadurch im Ergebnis der Wettbewerb verzerrt wird. Der Grundsatz der Gleichbehandlung direkter Konkurrenten ergibt sich insoweit nicht aus Art. 8 Abs. 1 BV, sondern leitet sich aus Art. 27 Abs. 1 und Art. 94 Abs. 1 BV i.V.m. Art. 94 Abs. 4 BV ab. Er ergänzt das allgemeine Gleichbehandlungsgebot, indem er einen darüber hinausreichenden Schutz gegen staatliche Ungleichbehandlungen bietet (BGE 130 I 53 E. 6.3.3; BGE 124 II 193 E. 8b; RAINER J. SCHWEIZER in: Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender [Hrsg.], 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 8 Rz. 21 mit Hinweisen). Nach dem sich aus der Wirtschaftsfreiheit ergebenden Grundsatz der Gleichbehandlung der direkten Konkurrenten sind Massnahmen verboten, die den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren bzw. nicht wettbewerbsneutral sind, namentlich wenn sie bezwecken, in den Wettbewerb einzugreifen, um einzelne Konkurrenten oder Konkurrentengruppen gegenüber anderen zu bevorzugen oder zu benachteiligen (BGE 130 I 26 E. 6.3.3, BGE 125 I 431 E. 4b/aa; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2005, Rz. 693; KLAUS A. VALLENDER in: Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, a.a.O., Art. 27 Rz. 28 mit Hinweisen). Dieser spezifische Gleichbehandlungsgrundsatz schützt folglich vor staatlichen Ungleichbehandlungen, die zwar auf ernsthaften, sachlichen Gründen beruhen mögen und damit nach Art. 8 Abs. 1 BV möglicherweise zulässig wären, gleichzeitig aber einzelne Konkurrenten namentlich durch unterschiedliche Belastungen oder staatlich geregelten Marktzugang bzw. -ausschluss begünstigen oder benachteiligen (BGE 121 I 129 E. 3d; VALLENDER, a.a.O., Art. 27 Rz. 28 mit Hinweisen). Der besondere Gleichbehandlungsgrundsatz begründet möglicherweise als spezifisches verfassungsmässiges Recht eine Legitimation des Benachteiligten, ohne dass zusätzlich die verfassungswidrige Anwendung einer besonderen schützenden Gesetzesbestimmung erforderlich wäre; zu denken ist beispielsweise an Fälle, in denen Behörden oder Dritte, welche öffentliche Aufgaben erfüllen Vorschriften in ungleicher Weise anwenden und dadurch einzelne Wettbewerber benachteiligen (VALLENDER, a.a.O., Art. 27 Rz. 28 mit Hinweisen).

10.2. Träger der Wirtschaftsfreiheit sind neben natürlichen Personen mit schweizerischem Bürgerrecht und niedergelassenen Ausländern auch die inländischen juristischen Personen des Privatrechts (BGE 124 I 25; VALLENDER, a.a.O., Art. 27 Rz. 39 und 44 mit Hinweisen). Gemäss den Begriffsbestimmungen unter Ziffer 1.4 TAV sind Whole-Sale-Partnerinnen natürliche oder juristische Personen oder Kollektiv- oder Kommanditgesellschaften, die ein Grosshandelsangebot nach Art. 14c^{ter} AEFV beziehen. Damit können sich die betroffenen Whole-Sale-Partnerinnen auf Art. 27 Abs. 1 BV i.V.m. Art. 94 Abs.1 BV i.V.m. Art. 94 Abs. 4 BV berufen.

Vorliegend ist das Konkurrenzverhältnis zwischen der Tochtergesellschaft der Beschwerdeführerin und den übrigen Whole-Sale-Partnerinnen sowohl gemäss Definition der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als auch der Lehre zu bejahen (vgl. BGE 125 I 431 E. 4a; VALLENDER, a.a.O., Art.27 Rz. 29 mit zahlreichen Hinweisen u.a. auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung): So richten sich die sogenannten Wiederverkäuferinnen mit demselben Angebot an den gleichen Kundenkreis und stammen aus der gleichen Branche. Ausserdem sind die streitigen Dienstleistungen objektiv und subjektiv austauschbar. Somit sind die in (direktem) Konkurrenzverhältnis stehenden GrosshandelspartnerInnen von der Beschwerdeführerin bei der Ausübung der ihr übertragenen staatlichen Aufgabe grundsätzlich gleich zu behandeln (vgl. Art. 35 Abs. 2 BV sowie auch Art. 14c Abs. 1 Satz 2 AEFV).

10.3. Eine Abweichung vom Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten aufgrund eines zulässigen öffentlichen Interesses muss den allgemeinen Eingriffsvoraussetzungen nach Art. 36 BV genügen und darf insbesondere nicht unverhältnismässig sein. Vor allem sind spürbare Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden (Urteil des Bundesgerichts 2P.183/2004 vom 2. Februar 2005 E. 3.1, BGE 125 I 431 E. 4a; VALLENDER, a.a.O., Art. 27 Rz. 30 mit Hinweisen). Zur Differenzierung zwischen grundsatzkonformen und -widrigen Massnahmen hält das Bundesgericht fest, dass mit der Wirtschaftsfreiheit unvereinbar und daher unzulässig vor allem diejenigen Ungleichbehandlungen sind, welche durch gewerbe- oder wirtschaftspolitische Überlegungen begründet sind, insbesondere wenn sie bezwecken, in den Wettbewerb einzugreifen, um einzelne Konkurrenten gegenüber anderen zu bevorzugen oder zu benachteiligen und dass der Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten auch dort Geltung hat, wo staatliche

Marktordnungen bestehen (BGE 125 I 431 E. 4a; VALLENDER, a.a.O., Art. 27 Rz. 35 mit Hinweisen).

Vorliegend ist kein öffentliches Interesse zur Rechtfertigung einer Abweichung vom Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten ersichtlich; im Gegenteil ist die Beschwerdeführerin bei der Wahrnehmung der ihr übertragenen öffentlichen Aufgabe an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu deren Verwirklichung beizutragen (vgl. Art. 35 Abs. 2 BV). Hinzuweisen bleibt in diesem Zusammenhang auf folgende Analogie: Die Rechtsprechung sieht im Diskriminierungsverbot von Art. 11 Abs. 1 FMG im Wesentlichen die Pflicht der marktbeherrschenden Anbieterin, allen Konkurrentinnen dieselben Zugangsbedingungen zu gewähren (vgl. BGE 132 II 284 E. 6.4; BVGE 2010/19 E. 9.3.3.4). Nach vorwiegender Meinung in der Lehre beinhalten die Zugangsbedingungen alle relevanten Geschäftsbedingungen, insbesondere die Einrichtungen, Dienste und Informationen (Art. 52 Abs. 1 der Verordnung vom 9. März 2007 über die Fernmeldedienste [FDV, SR 784.101.1]) sowie die Preise (vgl. FISCHER/SIDLER, a.a.O. S. 155, Rz. 157; MATTHIAS AMGWERT, Netzzugang in der Telekommunikation, Diss. Zürich 2008, Rz. 304). Gemäss Art. 52 Abs. 2 FDV darf insbesondere keine andere Anbieterin schlechter gestellt werden als Geschäftseinheiten, Tochterfirmen oder andere Partnerinnen der marktbeherrschenden Anbieterin.

11.

In der Folge sind nun die einzelnen beanstandeten Verhaltensweisen der Beschwerdeführerin unter den vorgenannten Gesichtspunkten zu durchleuchten. Es handelt sich dabei um das entgeltlich lizenzweise Zurverfügungstellen der Registrar-Software an die Tochtergesellschaft, die Werbung für die Tochtergesellschaft – v.a. durch den Link auf www.switch.ch – sowie die Duldung der Verwendung ihres Namens durch ihre Tochtergesellschaft.

12.

12.1. Die Vorinstanz führt in der angefochtenen Verfügung aus, die Beschwerdeführerin und ihre Tochtergesellschaft switchplus ag hätten im Lizenz- und Maintenancevertrag vereinbart, dass die für die Registrar-Tätigkeit geeigneten Teile der von der Beschwerdeführerin entwickelten Software der switchplus ag entgeltlich lizenzweise zum Gebrauch und zur Weiterentwicklung überlassen würden. Dabei handle es sich um eine

spezifische Software-Applikation, die nicht als Standardlösung massentauglich auf dem Markt erhältlich sei. Unbestritten sei, dass alle Whole-Sale-Partnerinnen über eine sogenannte Registrar-Software verfügen müssten, um für ihre Kunden online Domain-Namen registrieren zu können. Die Beschwerdeführerin stelle ihrer Tochtergesellschaft somit eine unabdingbare Infrastruktur zur Verfügung, welche anderen Partnern nicht oder zumindest nicht zu den gleichen Bedingungen offen stehe. Auch wenn nicht abgeschätzt werden könne, ob andere Whole-Sale-Partnerinnen an einem Angebot der Lizenzierung der Registrar-Software durch die Beschwerdeführerin interessiert wären, so bestehe hinsichtlich dieses Angebots dennoch eine nicht zu rechtfertigende, diskriminierende Ungleichbehandlung in Bezug auf die switchplus ag einerseits und die anderen Whole-Sale-Partnerinnen andererseits. Aus diesem Grund sei die Beschwerdeführerin zu verpflichten, anderen Whole-Sale-Partnerinnen dieselben Leistungen anzubieten, wie sie der switchplus ag im Lizenz- und Maintenancevertrag über die Registrar-Software zukommen würden.

12.2. Die Beschwerdeführerin hält dem entgegen, dass die Whole-Sale-Partnerinnen nicht nur auf das Zurverfügungstellen einer Registrar-Software, sondern auch auf das Hosting und den Betrieb der entsprechenden Software angewiesen seien, welche aber gemäss Ansicht der Vorinstanz individuell sichergestellt werden müssten. Im Zusammenhang mit der Beurteilung ihres Verhaltens als Registerbetreiberin könne es aber nicht darauf ankommen, ob ein Whole-Sale-Partner auf eine bestimmte Leistung angewiesen sei, um im Bereich der Zuteilung und Verwaltung von Domain-Namen tätig sein zu können. Entscheidend sei vielmehr, welche von den Whole-Sale-Partnerinnen benötigten Leistungen nur von der Registerbetreiberin allein erbracht werden könnten. Diese Leistungen würden den Umfang des in Erfüllung der übertragenen öffentlichen Aufgabe zur Verfügung zu stellenden Grosshandelsangebots definieren. Die Registrar-Software gehöre nicht dazu, weil sie – wie das Hosting und der Betrieb dieser Software – keine Leistung darstelle, welche nur von ihr erbracht werden könne. Ein Whole-Sale-Partner könne diese Leistungen nämlich selber erbringen oder bei Dritten beziehen.

12.3. Diesbezüglich erwidert die Vorinstanz, der Whole-Sale-Partnervertrag sehe nicht vor, dass die Beschwerdeführerin den Whole-Sale-Partnerinnen die von ihr entwickelte Registrar-Software zur Nutzung anbieten müsse. Dass sie diese Software nun aber der switchplus ag als

einzigster Whole-Sale-Partnerin zur Lizenznutzung überlassen habe, führe zu einer Benachteiligung anderer Whole-Sale-Partnerinnen. Da es sich dabei um eine spezifische Software handle, die als Schnittstelle zum Online-Bereich der Beschwerdeführerin diene, habe ein Whole-Sale-Partner in diesem Bereich keine individuelle Gestaltungsmöglichkeit, um sich von anderen Marktteilnehmenden abzugrenzen. Sie habe die Beschwerdeführerin nicht verpflichtet, die Registrar-Software allen Whole-Sale-Partnerinnen anzubieten. Da die Software nur den Whole-Sale-Partnerinnen der Beschwerdeführerin diene, führe es zu ungleich langen Spiesen, wenn die Software nur einzelnen Whole-Sale-Partnerinnen bzw. einzig der switchplus ag angeboten werde. Deshalb sei die Beschwerdeführerin zu verpflichten, die für das Whole-Sale-Verhältnis zwingend notwendige Registrar-Software entweder keinem oder allen Whole-Sale-Partnerinnen zu gleichen Bedingungen anzubieten. Ob ein Unternehmen von diesem Angebot tatsächlich Gebrauch mache, sei rechtlich nicht relevant.

12.4. Die Beschwerdeführerin wendet ein, die Vorinstanz verkenne, dass die Registrar-Software nicht die Schnittstelle zwischen ihr und den Whole-Sale-Partnerinnen betreffe, sondern die Anwendung für den "Web-Shop" darstelle, wo die Endkunden online Domain-Namen registrieren könnten. Im Übrigen könne diese Software entgegen der Behauptung der Vorinstanz sehr wohl bei verschiedenen Anbietern als Standardprodukt erworben werden. Damit sei ihre Registrar-Software keinesfalls zwingend notwendig für die Erbringung von Domain-Namen-Dienstleistungen durch die Whole-Sale-Partnerinnen. Dies hätten auch die bis heute über 60 Whole-Sale-Partnerinnen bewiesen, welche für ihr Geschäft entweder eine eigene Plattform erschaffen und betreiben oder eine fertige Software einkaufen würden. Die Vorinstanz führe selber aus, dass sie als Registerbetreiberin nur verpflichtet sei, für das Whole-Sale-Partnerverhältnis zwingend notwendige oder damit offensichtlich in Zusammenhang stehende Leistungen entweder keinem oder allen Whole-Sale-Partnerinnen zu gleichen Bedingungen anzubieten. Gerade weil sie in diesem Bereich aber einen Standard verwende, welcher auch von anderen Registries in anderen Top-Level-Domains eingesetzt werde, könne ein Whole-Sale-Partner seinen Kundinnen ohne Mehraufwand Domain-Namen vieler anderer Top-Level-Domains anbieten. Der im Whole-Sale-Partnervertrag festgehaltene und von der Vorinstanz genehmigte Dienstleistungsumfang entspreche dem, was ein Whole-Sale-Partner an Funktionen für die Zuteilung und Verwaltung von Domain-Namen notwendigerweise brauche. Hinzu komme, dass die

Registrar-Software ausschliesslich auf der Ebene der Dienstleistungen für Endkundinnen eine Rolle spielen und damit nicht zu den von ihr als Registerbetreiberin gegenüber den Whole-Sale-Partnerinnen zu erbringenden öffentlichen Aufgaben gehöre. Auf der Ebene der Dienstleistungen für Endkundinnen stehe sie nämlich im Wettbewerb zu den Whole-Sale-Partnerinnen. Die Registrar-Software stehe in ihrem Eigentum, über welches sie nach ihrem Willen verfügen könne.

12.5. Der Konzern ist wirtschaftlich ein Gesamtunternehmen. Es wäre unsinnig, in jeder der juristisch selbstständigen, geschäftlich tätigen Untergesellschaft sämtliche für den Betrieb des Geschäfts nötigen Leistungen separat zu erbringen. Die Effizienz gebietet, alle jene Leistungen zentral zu erstellen, die so kostengünstiger erzeugt und mehreren Einheiten im Konzern zur Verfügung gestellt werden können. Es wird regelmässig darauf geachtet, dass die Stelle im Konzern, welche die zentrale Leistung erbringt, die wirklich entstandenen Kosten auf die Untergesellschaft überwälzt. Dies wird mittels konzerninternem Vertrag sichergestellt und zwar sowohl, um den Anforderungen des Steuerrechts zu genügen, als auch zur Vermeidung von Kostenintransparenz, schädlichen Kostenverzerrungen und verdeckten Quersubventionierungen. In der Praxis häufig sind Kostenanlastungsverträge oder konzerninterne Güteraustauschverträge u.a. in der Form von Know-how-Lizenzverträgen. Im Allgemeinen halten sich die Konzerne im eigenen Interesse aus obgenannten Gründen an die Leitlinie des Abschlusses zu Drittbedingungen. Dennoch kann nicht ausgeschlossen werden, dass es im Einzelfall zu einer verdeckten Gewinnverschiebung kommt (vgl. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2009, § 11 Rz. 431 f. und Rz. 436 f.).

12.6. Die vorliegend strittige Software ist zwar unbestrittenermassen zwingend notwendig zur Erbringung der entsprechenden Dienstleistung an die Endkundinnen im Bereich der Domain-Namen durch die Whole-Sale-Partnerinnen, d.h. jeder Grosshandelspartner ist auf deren Verwendung angewiesen. Es sind jedoch diverse weitere Softwares für Dienstleistungen rund um Domain-Namen erhältlich, teilweise online (vgl. z.B. <http://www.sitepoint.com/domain-registration-software/>, <http://www.4-site.de/leistungen/domain-bestellsystem.html>, http://www.dnworker.de/strawberry_promo/; zudem die von der Beschwerdeführerin erwähnten Sites: www.dominic.de, <http://opensrs.com/>, <http://www.logicboxes.com>; alle Websites besucht am 30. Dezember 2011). Mit anderen Worten handelt es sich dabei um

eine Standard-Software, die auf dem Markt bzw. bei diversen anderen Händlern und nicht nur von der Registerbetreiberin erhältlich ist. Die Beschwerdeführerin verfügt in Bezug auf die strittige Software somit nicht über eine Monopolstellung. Es ist denn auch weder gesetzlich noch vertraglich vorgesehen, dass sie den GrosshandelspartnerInnen die Registrar-Software lizenzweise zum Gebrauch überlassen müsste. Bis anhin ist zudem keine Nachfrage nach der Registrar-Software der Beschwerdeführerin seitens der übrigen Whole-Sale-Partnerinnen aktenkundig bzw. liegt der Fall nicht so, dass die Beschwerdeführerin einzelnen Whole-Sale-Partnerinnen die lizenzweise Überlassung ihrer Software zum Gebrauch aktenkundig verweigert hätte. Die Registrar-Software wurde auch der Tochtergesellschaft nicht unentgeltlich, sondern vielmehr entgeltlich im Rahmen eines konzerninternen Lizenzvertrages überlassen, wie es bei Gesamtunternehmen üblich und auch wirtschaftlich sinnvoll scheint (vgl. vorstehend E. 12.5). Eine genauere Betrachtung des zwischen der Beschwerdeführerin und ihrer Tochtergesellschaft abgeschlossenen Lizenzvertrags vom 31. Juli 2009 – insbesondere im Hinblick auf die Angemessenheit des für das Zurverfügungstellen der Software von der switchplus ag geleistete Entgelt – zeigt, dass diesbezüglich keine unzulässige Bevorzugung der Tochtergesellschaft der Beschwerdeführerin auszumachen ist; die Verrechnung von Kosten zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft sind im Anhang A des Lizenzvertrags transparent aufgeführt. Ungeachtet der Frage, ob bereits eine potentielle Ungleichbehandlung ausreichend ist, um den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 Abs. 1 BV zu verletzen, ist Folgendes festzuhalten: Das Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) greift, wenn der wirksame Wettbewerb *tatsächlich* beseitigt wird (vgl. Art. 5 Abs. 1 KG), indem beispielsweise die Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs verhindert oder die Marktgegenseite benachteiligt wird (Art. 7 Abs. 1 KG). Nach dem sich aus der Wirtschaftsfreiheit ergebenden Grundsatz der Gleichbehandlung der direkten Konkurrenten sind gleichfalls Massnahmen verboten, die den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren bzw. nicht wettbewerbsneutral sind, namentlich wenn sie bezwecken, in den Wettbewerb einzugreifen, um einzelne Konkurrenten oder Konkurrentengruppen gegenüber anderen zu bevorzugen oder zu benachteiligen (vgl. dazu ausführlicher vorne E. 10.1). Will heissen, der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit ist dann verletzt, wenn eine Ungleichbehandlung – sei es eine potentielle oder tatsächliche, aus sachlichen Gründen erfolgende oder nicht – *tatsächlich* zu einer Verzerrung des Wettbewerbs unter den Konkurrenten führt. Dies ist

vorliegend jedoch zu verneinen: Dadurch, dass die Beschwerdeführerin ihrer Tochtergesellschaft die Registrar-Software lizenzweise zu einem unbestrittenen massen angemessenen Entgelt zum Gebrauch überlässt, greift sie nicht regulierend in den Wettbewerb auf der Ebene des Grosshandelsangebots ein, da es jeder Whole-Sale-Partnerin frei steht, die notwendige Software selbst zu entwickeln oder aber diese standardmässig auf dem Markt erhältliche Software entgeltlich zu erwerben und zwar im Rahmen beidseitiger Vertragsfreiheit von der Beschwerdeführerin oder anderen Händlern. Eine allfällig nach Art. 8 Abs. 1 BV relevante, dadurch bestehende Ungleichbehandlung, dass bis anhin nur die Tochtergesellschaft der Beschwerdeführerin von dieser die Registrar-Software bezogen hat, erscheint mit Blick auf die Konzernstruktur bzw. –verbindung wirtschaftlich sinnvoll und daher durch ernsthafte Gründe gerechtfertigt (vgl. vorstehend E. 12.5). Das Verhalten der Beschwerdeführerin in Bezug auf das Zurverfügungstellen der Registrar-Software ist folglich weder unter dem Blickwinkel von Art. 8 Abs. 1 BV noch unter demjenigen von Art. 27 Abs. 1 BV zu beanstanden. Mit Verwendung einer standardisierten Schnittstelle, welche den Whole-Sale-Partnerinnen die Anwendung der selbst entwickelten oder entgeltlich lizenzweise erhältlich gemachten Software vereinfacht, ist die Beschwerdeführerin der verfassungs- bzw. gesetzes- und vertragskonformen Erfüllung der ihr übertragenen öffentlichen Aufgabe nachgekommen.

12.7.

12.7.1. Dennoch erscheinen die in diesem Zusammenhang in den Dispositivziffern 1, 2 und 4 verhängten Aufsichtsmaßnahmen – nicht zuletzt unter dem Blickwinkel des aus Art. 27 BV entwickelten Grundsatzes der Gleichbehandlung der Konkurrenten – als im öffentlichen Interesse liegend und gerechtfertigt. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit fordert, dass Verwaltungsmaßnahmen zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels geeignet und notwendig sind. Zudem muss der angestrebte Zweck in einem vernünftigen Verhältnis zu den auferlegten Belastungen stehen (vgl. Art. 5 Abs. 2 BV und detailliert zum Verhältnismässigkeitsprinzip: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 581 ff.). So sind die vorliegend getroffenen Massnahmen geeignet, die Gleichbehandlung der Konkurrenten auf der Whole-Sale-Ebene sicherzustellen. Die Massnahmen sind zudem sinnvoll bzw. erforderlich, da so insbesondere durch das in Dispositivziffer 4 geforderte zur Kenntnis bringen der

konzerninternen Verträge und Vertragsänderungen die Vorinstanz als Aufsichtsbehörde in die Lage versetzt wird, überprüfen zu können, dass keine verdeckten Gewinnausschüttungen oder Quersubventionen erfolgen, welche der Tochtergesellschaft ungerechtfertigte Vorteile gegenüber anderen Whole-Sale-Partnerinnen verschaffen würden. Indem Dispositivziffer 1 (und als Folge davon auch die damit in Zusammenhang stehende Dispositivziffer 2) jedoch Leistungen, welche typischerweise nur zwischen verbundenen Unternehmen erbracht werden, von der Angebotspflicht zu gleichen Bedingungen an alle Whole-Sale-Partnerinnen ausnimmt, wird der Konzernstruktur hinreichend Rechnung getragen. Die verhängten Massnahmen gehen insofern nicht weiter, als es zur Erreichung des angestrebten Zwecks der Gleichbehandlung der Konkurrenten bzw. zur Beachtung und Verwirklichung der Grundrechte, an welche die Beschwerdeführerin bei der Erfüllung der ihr übertragenen öffentlichen Aufgabe ohnehin gebunden ist (vgl. Art. 35 Abs. 2 BV), notwendig ist. Dies zeigt sich auch darin, dass die Vorinstanz in Dispositivziffern 4 und 1 (sowie damit auch in der daraus abgeleiteten Dispositivziffer 2) von der Offerierungs- bzw. Mitteilungspflicht diejenigen Leistungen ausnimmt, welche keinen direkten oder indirekten Bezug zur delegierten Tätigkeit der Registrierung und Verwaltung von Domain-Namen haben. Die verhängten Massnahmen beziehen sich folglich nur auf den notwendigerweise zu regelnden und der vorinstanzlichen Aufsicht unterstehenden Bereich der öffentlichen Aufgabe der Beschwerdeführerin als Registerbetreiberin, was zeigt, dass die Vorinstanz ihre Kompetenzen nicht überschritten hat. Das Interesse an einer verfassungs-, gesetzes- und vertragskonformen Ausübung der an die Beschwerdeführerin übertragenen öffentlichen Aufgabe durch diese sowie die Kontrolle der Aufgabenerfüllung durch die Vorinstanz als gesetzliche Aufsichtsbehörde (Art. 28 Abs. 2 FMG i.V.m. Art. 13i AEFV) überwiegen das Interesse der Beschwerdeführerin an einem regelungsfreien Zustand bzw. schränken diese Massnahmen die Beschwerdeführerin wie erwähnt ohnehin nicht stärker ein, als gesetzlich vorgesehen ist (vgl. Art. 13i AEFV, Art. 13j AEFV, Art. 14a ff. AEFV).

12.7.2. Die Frage stellt sich, ob Dispositivziffer 1 dahingehend präzisiert werden müsste, dass auch Leistungen der Beschwerdeführerin an ihre Tochtergesellschaft von der Offerierungspflicht ausgenommen sind, die zu keiner ungerechtfertigten Ungleichbehandlung der Konkurrenz bzw. zu keiner Verzerrung des Wettbewerbs in diesem Bereich führen. Dies würde aber nichts daran ändern, dass im strittigen Einzelfall eine Überprüfung durch die Vorinstanz als Aufsichtsbehörde notwendig wird,

weshalb es ohnehin deren pflichtgemäsem Ermessen anheim zu stellen ist, im Rahmen eines allfälligen künftigen Aufsichtsverfahrens darüber zu entscheiden, ob eine konkrete ausschliessliche Leistung an Tochtergesellschaft zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung anderer Konkurrentinnen führt. Dispositivziffer 1 kann daher in ihrer ursprünglichen Formulierung belassen werden.

12.7.3. Das Begehren der Beschwerdeführerin betreffend Aufhebung der Dispositivziffern 1, 2 und 4 erweist sich daher als unbegründet und die Beschwerde ist in Bezug auf diesen Punkt abzuweisen.

13.

13.1. Die Vorinstanz führt mit Verfügung vom 11. April 2011 aus, ein Blick auf die Website www.switch.ch mache deutlich, dass die Beschwerdeführerin den prominent platzierten, orangen Werbebalken "Der direkte Weg zu Ihrer Internet-Adresse" trotz des ihr auferlegten richterlichen Verbots, Bannerwerbung für die switchplus ag zu schalten, noch nicht entfernt habe. Werde auf den Knopf "weiter" innerhalb des Werbebalkens gedrückt, so gelange man direkt auf die Website www.switchplus.ch, wo das Firmenlogo "switchplus, Internet Services by SWITCH" prange. KundInnen sowie die Öffentlichkeit im Allgemeinen müssten deutlich zwischen der öffentlichen, regulierten Tätigkeit der Beschwerdeführerin einerseits und den Dienstleistungen der switchplus ag und anderen Whole-Sale-Partnerinnen andererseits unterscheiden können, um ihre Wahlfreiheit effektiv wahrnehmen zu können. Die Beschwerdeführerin habe ihren Bekanntheitsgrad in der Öffentlichkeit vorab durch ihre Registrierungstätigkeit für Domain-Namen mit der Endung ".ch" erlangt. Die Website www.nic.ch sei erst nach Gründung der Tochtergesellschaft switchplus ag aktiviert worden. Die Mehrheit potentieller Endkundinnen werde deshalb noch für längere Zeit zunächst auf www.switch.ch nach einschlägigen Informationen suchen. Auf jener Homepage werde mittels gut sichtbarer Werbung bzw. mit einem direkten Link zur Homepage www.switchplus.ch auf die switchplus ag als Whole-Sale-Partnerin hingewiesen, während ein Hinweis auf andere Whole-Sale-Partnerinnen gänzlich fehle. Die breite Öffentlichkeit werde daher kaum in der Lage sein, zwischen der regulierten Tätigkeit der Beschwerdeführerin und den kommerziell angebotenen Leistungen der switchplus ag zu unterscheiden. Letztere werde nach wie vor mit dem Bekanntheitsgrad der Beschwerdeführerin beworben, indem auf ihre unternehmerische Nähe zur Beschwerdeführerin hingewiesen werde. Bei

potentiellen Kundinnen entstehe so der Eindruck, dass es sich um ein einziges Unternehmen handle bzw. könnten die unterschiedlichen Tätigkeiten der beiden Unternehmungen nicht erkannt werden. Dadurch solle werbewirksam vermittelt werden, dass eine Vertragsbeziehung zur switchplus ag auch das Know-how der Beschwerdeführerin miteinschliesse. Der Bekanntheitsgrad und die langjährige Erfahrung der Beschwerdeführerin in Zusammenhang mit der Verwaltung und Registrierung von Domain-Namen mit der Endung ".ch" würden dazu benutzt, die switchplus ag von anderen Whole-Sale-Partnerinnen positiv abzuheben. Die Beschwerdeführerin habe aber im Rahmen der ihr übertragenen öffentlichen Aufgabe alle Whole-Sale-Partnerinnen gleich zu behandeln. Nachdem die Registrierung der Domain-Namen ".ch" jahrelang auf www.switch.ch vorgenommen werden konnte, genüge der Hinweis nicht, neu sei hierfür www.nic.ch eingerichtet worden. Diese Website sei der breiteren Öffentlichkeit noch nicht geläufig, im Gegensatz zum allgemein bekannten Namen der Beschwerdeführerin.

Werde der switchplus ag die Verwendung der Marke SWITCH zu Werbezwecken erlaubt, so müsse diese Leistung auch allen anderen Whole-Sale-Partnerinnen zugänglich gemacht werden, was hiesse, dass auch letzteren erlaubt sein müsste, das Logo bzw. die geschützte Marke der Beschwerdeführerin auf ihrer Website zu platzieren. Die Beschwerdeführerin habe mit anderen Worten dafür zu sorgen, dass die switchplus ag nicht mit der Marke SWITCH oder mit Hinweisen auf die unternehmerische Nähe zu ihr werbend auftrete, sofern anderen Whole-Sale-Partnerinnen ein vergleichbarer Werbeauftritt unmöglich sei. Die Tätigkeiten der Beschwerdeführerin und ihrer Tochtergesellschaft müssten stets so dargestellt werden, dass für einen Durchschnittsmenschen ohne Weiteres erkennbar sei, dass es sich dabei um zwei selbstständig auftretende Unternehmungen mit unterschiedlichen Tätigkeitsbereichen handle.

13.2. Die Beschwerdeführerin hält dem entgegen, bei der aktuellen Gestaltung ihrer Website www.switch.ch und den damit verbundenen Hinweisen auf ihre Tochtergesellschaft handle es sich nicht um Werbung, sondern um ein Firmenporträt. Aber auch falls es sich dabei um Werbung handeln würde, träfe sie kein Gebot zur Gleichbehandlung: Denn ebenso wie die Registrar-Software stelle Werbung keine notwendigerweise durch sie zu erbringende Leistung dar, auf welche die Whole-Sale-Partnerinnen zwingend angewiesen wären. Zu berücksichtigen sei ferner, dass sich die angebliche Werbung nicht auf der Whole-Sale-Ebene auswirke, sondern

auf derjenigen des Endkundenmarkts, wo sie in Konkurrenz zu den Whole-Sale-Partnerinnen stehe und ihre unabhängig von der ihr übertragenen öffentlichen Aufgabe erlangte Bekanntheit für sich und ebenfalls für ihre Tochtergesellschaft ausnutzen dürfe. Die durch die Vorinstanz delegierte öffentliche Aufgabe als Registerbetreiberin erbringe sie sowohl gegenüber Endkundinnen als auch gegenüber den Whole-Sale-Partnerinnen ausschliesslich auf www.nic.ch, wo ihre Tochtergesellschaft in keiner Weise spezifisch hervorgehoben werde. Auf www.switch.ch stelle sie ihr gesamtes Unternehmen dar, wozu selbstverständlich auch der Hinweis auf die Tochtergesellschaft und deren Dienstleistungsangebot, welches mehr als nur den Bereich der Registrierungen von ".ch"-Domain-Namen umfasse, gehöre. Die Website www.switch.ch liege damit ausserhalb des Bereichs der an sie delegierten öffentlichen Aufgabe, weshalb die Vorinstanz nicht kompetent sei, über deren Inhalt zu verfügen, selbst wenn sich darauf ein Verweis zur regulierten Tätigkeit befinde. Zur Untermauerung ihrer Argumentation verweist die Beschwerdeführerin beispielhaft auf die Swisscom, welche als Inhaberin der Grundversorgungskonzession gegenüber den TelekommunikationsEndkundinnen ebenfalls eine öffentliche Aufgabe erfülle und sich dabei gleichzeitig in Konkurrenz zu anderen Anbietenden befinde. Dennoch sei keine Rede davon, dass die Swisscom ihre Konkurrenz mittels Werbung unterstützen oder Zugang zu ihren Websites gewähren müsse.

Im Rahmen des Whole-Sale-Partnervertrags gestatte sie den Whole-Sale-Partnerinnen die Verwendung des SWITCH-Partner-Logos. Die Verwendung der Marke SWITCH, deren Ruf unabhängig von ihrer Tätigkeit als Registerbetreiberin aufgebaut worden sei und daher nicht in den Kompetenzbereich der Vorinstanz falle, sei jedoch nicht Gegenstand der delegierten öffentlichen Tätigkeit.

13.3. Die Vorinstanz erklärt, auch in diesem Punkt sei die Beschwerdeführerin nicht zu einzelnen Leistungen an Dritte verpflichtet worden, sondern vielmehr dazu, für das Whole-Sale-Verhältnis zwingend notwendige oder damit offensichtlich in Zusammenhang stehende Leistungen entweder keinem oder allen Whole-Sale-Partnerinnen zu gleichen Bedingungen anzubieten. Folgerichtig sei auch kein bestimmter Webauftritt verlangt worden. Es sei somit auch dem Grundsatz in Art. 35 des verwaltungsrechtlichen Vertrags vom 31. Januar 2007 Rechnung getragen worden, wonach die Beschwerdeführerin in Bezug auf die Organisation ihrer Aufgabenerfüllung grundsätzlich frei sei. Demzufolge

sei auch die Rüge zurückzuweisen, wonach insbesondere Dispositiv-Ziffer 3 der angefochtenen Verfügung offen lasse, welche Umgestaltungen des Webauftritts verlangt werden würden, denn die Beschwerdeführerin sei ja gerade eben im Rahmen der gesetzlichen und vertraglichen Vorschriften frei, den Webauftritt ihren Bedürfnissen entsprechend zu gestalten. Die Beschwerdeführerin verkenne mit ihrer Ansicht, wonach es ihr erlaubt sein müsse, ihre Tochtergesellschaft auf dem relevanten Markt mit allen möglichen Vorteilen auszustatten, ihre verfassungsrechtlichen Pflichten. Sie verschaffe der switchplus ag gegenüber anderen Whole-Sale-Partnerinnen Vorteile, in deren Genuss diese nur deshalb gelange, weil ihre Muttergesellschaft als Registerbetreiberin für Domain-Namen ".ch" fungiere. Eine solche Interessenverstrickung verdiene keinen Rechtsschutz.

13.4. Hierauf erwidert die Beschwerdeführerin, die Werbung spiele ebenso wie die Registrar-Software ausschliesslich auf der Ebene der Dienstleistungen für Endkunden eine Rolle und gehöre somit nicht zu den von ihr als Registerbetreiberin gegenüber den Whole-Sale-Partnerinnen notwendigerweise zu erbringenden öffentlichen Aufgabe.

13.5.

13.5.1. Der Begriff der Firma als der für den Handelsverkehr gewählte und im Handelsregister eingetragene Name ist von demjenigen der Marke gemäss Art. 1 des Markenschutzgesetzes vom 28. August 1992 (MSchG, SR 232.11) als Kennzeichen, das Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von solchen anderer Unternehmungen unterscheidet, abzugrenzen (MARTINA ALTENPOHL in: Basler Kommentar Obligationenrecht II, Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], 3. Auflage, Basel 2008, Art. 944 Rz. 3; CHRISTIAN HILTI, Schutz nicht registrierter Kennzeichen in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, a.a.O., S. 108; CHRISTIAN HILTI, Firmenrecht in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, a.a.O., S. 3). Mit Firmengebrauchspflicht wird die Pflicht umschrieben, wie bzw. in welcher Form eine Firma im Verkehr korrekt zu gebrauchen ist (HILTI, Firmenrecht a.a.O., S. 51). Gemäss Art. 954a des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) muss die im Handelsregister eingetragene Firma vollständig und unverändert verwendet werden im formellen geschäftlichen Verkehr, d.h. auf Briefen, Bestellformularen und Rechnungen sowie in Bekanntmachungen (Abs. 1). Zusätzlich können

Logos, Kurz- oder Geschäftsbezeichnungen, Enseignes und ähnliche Angaben verwendet werden (Abs. 2).

Vorliegend verwendet die Tochtergesellschaft der Beschwerdeführerin gestützt auf den per 31. Juli 2009 abgeschlossenen Markenvertrag entgeltlich die Wortmarke SWITCH, welche identisch mit dem Firmennamen der Muttergesellschaft gemäss Handelsregistrauszug des Kantons Bern
(http://be.powernet.ch/webservices/inet/HRG/HRG.aspx/getHRGHTML?c_hnr=0357001278&amt=036&toBeModified=0&validOnly=0&lang=1&sort=0 bzw. www.zefix.ch, besucht am 3. Januar 2012) ist.

Gemäss Handelsregistrauszug des Kantons Zürich
(http://zh.powernet.ch/webservices/inet/HRG/HRG.aspx/getHRGHTML?c_hnr=0203033807&amt=020&toBeModified=0&validOnly=0&lang=1&sort=0 bzw. www.zefix.ch, besucht am 3. Januar 2012) lautet der Firmenname der Tochtergesellschaft der Beschwerdeführerin "switchplus ag". Ob sich die Tochtergesellschaft durch die zusätzliche Verwendung des Firmennamens der Konzernmutter (Internet Services by SWITCH) auf ihrer Homepage www.switchplus.ch und bei weiterer Verwendung dieses Zusatzes bzw. der mit dem Firmennamen ihrer Muttergesellschaft identischen Wortmarke SWITCH allenfalls aufgrund einer irreführenden Verwendung einer nicht im Handelsregister eingetragenen Bezeichnung nach Art. 326^{ter} des Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0) strafbar macht und ob die Beschwerdeführerin als Muttergesellschaft sich durch die Duldung der Verwendung ihres Firmennamens als Wortmarke mit einer allfälligen Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen konfrontiert sehen könnte (vgl. diesbezüglich BGE 120 II 331), ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens und kann daher offen gelassen werden.

Vorliegend relevant ist Folgendes: Die Verwendung des Firmenlogos oder auch -namens der Muttergesellschaft durch eine Tochtergesellschaft erscheint in der Praxis nicht unüblich. Die Muttergesellschaft nimmt regelmässig Einfluss auf die zwar juristisch, jedoch nicht wirtschaftlich selbstständige Tochtergesellschaft (vgl. BÖCKLI, a.a.O., § 11 Rz. 3 ff.), was im Fall der Beschwerdeführerin mit Bezug auf die übrigen Whole-Sale-Partnerinnen nicht möglich ist. Insofern besteht zwischen der Tochtergesellschaft der Beschwerdeführerin und anderen GrosshandelspartnerInnen ein sachlicher Unterschied, welcher sich wohl als ernsthafter Grund für eine unterschiedliche Behandlung der

Tochtergesellschaft unter dem Blickwinkel von Art. 8 Abs. 1 BV aufführen liesse. Anders präsentiert sich hingegen die Sachlage in Bezug auf die durch Art. 27 Abs. 1 BV geschützte Wirtschaftsfreiheit bzw. insbesondere bezüglich dem daraus entwickelten Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten. Führt nämlich eine – wenn auch sachlich gerechtfertigte – Ungleichbehandlung zu einer Wettbewerbsverzerrung, wird dadurch die Wirtschaftsfreiheit bzw. als ein Teilgehalt davon der Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten verletzt (vgl. dazu ausführlich vorne E. 10.1).

13.5.2.

13.5.2.1 Unbestrittenermassen ist die Beschwerdeführerin in der Wahl ihrer Organisation frei (vgl. Art. 35 ff. des verwaltungsrechtlichen Vertrags vom 31. Januar 2007). Die Konzernbildung ist demnach nicht genehmigungsbedürftig, da die öffentliche Aufgabe der Beschwerdeführerin nicht weiterübertragen wird und an sich auch nicht zu beanstanden, solange sie wie erwähnt nicht zu einer Ungleichbehandlung der mit der Tochtergesellschaft direkt konkurrierenden Whole-Sale-Partnerinnen und damit zu einer Wettbewerbsverzerrung führt.

13.5.2.2 Durch die Verwendung der mit dem Firmennamen ihrer Muttergesellschaft identischen Wortmarke einerseits sowie durch den auf www.switch.ch aufgeschalteten, direkt zur Homepage der Tochtergesellschaft führenden Link andererseits profitiert Letztere vom Ruf bzw. Bekanntheitsgrad der Ersteren. Der Domain-Name www.switch.ch ist nämlich in der breiten Öffentlichkeit weitaus bekannter als www.nic.ch, welcher neu zur Erbringung der der Beschwerdeführerin übertragenen öffentlichen Aufgabe von dieser erstellt worden ist. Hinzu kommt, dass der Domain-Name www.nic.ch auf den ersten Blick keinen Hinweis auf die dem breiten Publikum bekannte Beschwerdeführerin enthält. Der Durchschnittsendkunde wird daher die Internetseite www.switch.ch besuchen und durch den gut sichtbar angebrachten, orangen Link direkt zur Homepage der Tochtergesellschaft als Whole-Sale-Partnerin geführt. Dadurch wird der switchplus ag ein Wettbewerbsvorteil verschafft, über welchen andere Grosshandelspartnerinnen nicht verfügen. Ausserdem werden die Durchschnittsendkunden aufgrund dieses Links zur Homepage der Tochtergesellschaft auf www.switch.ch nicht in der Lage sein bzw. zumindest Mühe damit haben, deren Tätigkeit von derjenigen der

Beschwerdeführerin als Registerbetreiberin in Ausübung der ihr übertragenen öffentlichen Aufgabe abzugrenzen.

Auch wenn weder Werbung durch die Beschwerdeführerin noch die Verwendung deren mit ihrem Firmennamen identischen Wortmarke im Rahmen der Erfüllung der übertragenen öffentlichen Aufgabe notwendige Leistungen der Registerbetreiberin darstellen und deren Tochtergesellschaft beide Leistungen nicht unentgeltlich erhält, wird letztere, da sie als einzige beworben wird und die mit dem Firmennamen ihrer bekannten Muttergesellschaft identische Wortmarke verwenden darf, dadurch gegenüber anderen Whole-Sale-Partnerinnen im Bereich der Verteilung und Verwaltung von Domain-Namen mit der Endung ".ch" bevorzugt behandelt. Durch diese Ungleichbehandlung der direkten Konkurrentinnen greift die Beschwerdeführerin regelnd und wettbewerbsverzerrend in den ihr übertragenen öffentlichen Aufgabenbereich ein und verletzt damit einerseits die durch Art. 27 Abs. 1 BV i.V.m. Art. 94 Abs. 1 und 4 BV geschützte Wirtschaftsfreiheit der übrigen, im Vergleich zur switchplus ag benachteiligten Whole-Sale-Partnerinnen und als Folge davon andererseits ihre verfassungsrechtliche Pflicht, bei der Wahrnehmung der ihr übertragenen staatlichen Aufgabe zur Verwirklichung der Grundrechte beizutragen (vgl. Art. 35 Abs. 2 BV, auch bezüglich Bindung an die Grundrechte bei Wahrnehmung staatlicher Aufgaben).

13.5.2.3 Im Übrigen ist der umstrittene Link keine Darstellung, weder des gesamten Konzerns noch der Tochtergesellschaft selbst. Eine solche erfolgt versteckter, aber ebenfalls unter www.switch.ch/de/about/profile/ (besucht am 30. Dezember 2011). Der Tochtergesellschaft bleibt es unbenommen, im Bereich der Verwaltung und Verteilung von Domain-Namen mit der Endung ".ch" wie andere Konkurrentinnen das offizielle Partnerlogo von Switch gemäss Ziffer 6.10 des standardisierten Partnervertrags zwischen der Beschwerdeführerin und künftigen Whole-Sale-Partnerinnen zu verwenden, anstatt mit der mit dem Firmennamen der Beschwerdeführerin identischen Wortmarke in der Korrespondenz mit Endkunden für Domain-Namen ".ch" und auf ihrer Homepage zu werben.

13.6. Demzufolge hat die Vorinstanz die mit Dispositivziffer 3 verhängte Aufsichtsmassnahme zu Recht erlassen (zur Verhältnismässigkeit der Massnahme kann auf E. 12.7 vorne verwiesen werden). Die Beschwerde ist auch in diesem Punkt als unbegründet abzuweisen und die Beschwerdeführerin hat dafür besorgt zu sein, dass ihre

Tochtergesellschaft von keinen werbewirksamen Leistungen ihrerseits profitiert, welche anderen Whole-Sale-Partnerinnen nicht gleichermassen zur Verfügung stehen (zur Entfernung des Links auf www.switch.ch bzw. zum Webauftritt allgemein vgl. nachfolgend E. 13.7).

13.7. Der Eventualantrag der Beschwerdeführerin für den Fall, dass Dispositivziffer 3 der angefochtenen Verfügung nicht antragsgemäss aufgehoben wird, ihr eine angemessene Umsetzungsfrist von 120 Tagen zur Vornahme der erforderlichen Vorkehrungen – insbesondere zur entsprechenden Umgestaltung des Webauftritts – zu gewähren, ist abzuweisen.

Das von der Beschwerdeführerin ins Feld geführte Argument, aufgrund der in Dispositivziffer 3 angeordneten Massnahmen sei das Konzept der Website nicht mehr konsistent, vermag nicht zu überzeugen. Das Porträt und die angebotenen Dienstleistungen der Tochtergesellschaft können auf deren Homepage, welche bis auf die Verwendung der mit dem Firmennamen der Beschwerdeführerin identischen Wortmarke unverändert bleiben kann, beschrieben bzw. dargestellt werden. Es geht vorliegend hauptsächlich um die Entfernung des Links auf www.switch.ch zur Website der Tochtergesellschaft, welcher sich – wie mit Zwischenverfügung vom 10. Juni 2011 festgehalten worden und unbestritten geblieben ist – rasch entfernen lässt. Weiter kann im Profil der Beschwerdeführerin unter www.switch.ch/de/about/profile/ wie bis anhin auf die Konzernstruktur verwiesen und die Tochtergesellschaft sowie deren Homepage kurz erwähnt werden. Die übrigen Ausführungen betreffend die Tochtergesellschaft lassen sich problemlos auf deren Homepage www.switchplus.ch übertragen. Die dafür gemäss vorinstanzlicher Verfügung vorgesehenen 30 Tage (nun ab Rechtskraft des vorliegenden Urteils) reichen vollends aus.

14.

Zusammenfassend bleibt Folgendes festzuhalten: Das aus der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 Abs. 1 BV i.V.m. Art. 94 Abs.1 und 4 BV hergeleitete verfassungsrechtliche Grundprinzip der Gleichbehandlung der (direkten) Konkurrenten ist von der Beschwerdeführerin als Registerbetreiberin bei der Erfüllung der ihr mit verwaltungsrechtlichem Vertrag vom 31. Januar 2007 übertragenen öffentlichen Aufgabe der Verwaltung und Zuweisung von Domain-Namen mit der Endung ".ch" zu beachten (vgl. Art. 35 Abs. 2 BV). Konkret

bedeutet dies für den vorliegenden Fall, dass die Beschwerdeführerin nicht regulierend bzw. wettbewerbsverzerrend in das Verhältnis zwischen den Whole-Sale-Partnerinnen eingreifen darf; insbesondere darf sie ihre Tochtergesellschaft nicht ungerechtfertigt gegenüber anderen GrosshandelspartnerInnen bevorzugen, wie dies durch Werbung auf www.switch.ch und die Überlassung der mit ihrem Firmennamen identischen Wortmarke SWITCH geschehen ist. Die in diesem Zusammenhang von der Vorinstanz in Dispositivziffer 3 getroffenen Aufsichtsmaßnahmen sind demgemäss nicht zu beanstanden und verhältnismässig. Auch wenn in Bezug auf die lizenzweise Gebrauchsüberlassung der Registrar-Software durch die Beschwerdeführerin an die switchplus ag aufgrund dessen, dass es sich um eine standardisierte, auf dem Markt erhältliche Software handelt, keine Benachteiligung anderer Whole-Sale-Partnerinnen auszumachen ist, erweisen sich Dispositivziffern 1, 2 und 4 der angefochtenen Verfügung unter dem Blickwinkel von Art. 27 Abs. 1 BV ebenfalls als gerechtfertigt und verhältnismässig. Der Beschwerdeführerin wurden demzufolge zu Recht in Dispositivziffer 7 die Kosten des Aufsichtsverfahrens auferlegt.

Daher ist die Beschwerde mit Bezug auf das Feststellungsbegehren (vgl. vorne E. 5) gutzuheissen und im Übrigen abzuweisen sowie die Beschwerdeführerin zu verpflichten, die in Dispositivziffer 3 der vorinstanzlichen Verfügung vorgesehenen Vorkehrungen innert 30 Tagen ab Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu treffen.

15.

Bei diesem Verfahrensausgang unterliegt die Beschwerdeführerin grösstenteils und hat von den gesamten Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 5'000.– einen reduzierten Betrag von Fr. 4'000.– zu übernehmen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Der Vorinstanz werden keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Die von der Beschwerdeführerin zu bezahlenden, reduzierten Verfahrenskosten von Fr. 4'000.– werden mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'000.– verrechnet. Der Restbetrag in der Höhe von Fr. 2'000.– ist innert 30 Tagen nach Eintritt des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Die Zustellung des Einzahlungsscheins erfolgt mit separater Post.

16.

Der Beschwerdeführerin, die im vorliegenden Verfahren nicht anwaltlich vertreten war, ist trotz teilweisen Obsiegens keine Parteientschädigung

zuzusprechen, da ihr keine verhältnismässig hohen Kosten entstanden sind (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2] e contrario). Die Vorinstanz als Bundesbehörde hat unabhängig vom Ausgang des Verfahrens keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und es wird festgestellt, dass die Vorinstanz die Anzeigerinnen rechtswidrigerweise vor Eintritt der Rechtskraft ihres Entscheids über den Verfahrensausgang in Kenntnis gesetzt hat.

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen. Demzufolge wird die Beschwerdeführerin verpflichtet, die in Dispositivziffer 3 der vorinstanzlichen Verfügung vom 11. April 2011 vorgesehenen Vorkehrungen innert 30 Tagen ab Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu treffen.

2.

Der Beschwerdeführerin werden reduzierte Verfahrenskosten im Umfang von Fr. 4'000.– auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'000.– verrechnet. Der Restbetrag in der Höhe von Fr. 2'000.– ist innert 30 Tagen nach Eintritt des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Die Zustellung des Einzahlungsscheins erfolgt mit separater Post.

3.

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 5363-10/1000189360; Einschreiben)

- das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation UVEK (Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Markus Metz

Tanja Haltiner

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen 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 ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: