

- 2 Privatrecht – Zivilrechtspflege – Vollstreckung
 Droit privé – Procédure civile – Exécution
 Diritto privato – Procedura civile – Esecuzione

32

Auszug aus dem Urteil der Abteilung II
i. S. Swisscom (Schweiz) AG gegen Wettbewerbskommission
B–2050/2007 vom 24. Februar 2010

Kartellrecht. Sanktion wegen angeblichem Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung durch Erzwingung unangemessener Terminierungspreise im Mobilfunk. Auskunftspflicht. Selbstbelastungsverbot. Marktstellung. Marktmachtmissbrauch im Kontext der bundesrechtlichen Wertparitätskontrollen: Fehlendes Erzwingungspotential innerhalb des fernmelderechtlich regulierten Rahmens. Unzulässigkeit einer (rechtspolitischen) Lückenfüllung. Grundsatzurteil.

Art. 4 Abs. 2, Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Art. 7 Abs. 2 Bst. c, Art. 40 und Art. 49a Abs. 1 KG. Art. 11 Abs. 3 Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen. aArt. 11 FMG. Art. 21 OR. Art. 13 PüG. Art. 157 StGB. Art. 30 Abs. 1 BV. Art. 6 Abs. 1 und 2, Art. 7 Abs. 1 EMRK.

1. Die verhängte Sanktion ist eine « strafrechtliche Anklage » gemäss Art. 6 Abs. 1 EMRK (E. 4.2). Tragweite des in Art. 7 Abs. 1 Satz 1 EMRK verankerten Bestimmtheitsgebots beziehungsweise Legalitätsprinzips (E. 4.3). Art. 7 Abs. 1 KG verletzt für sich alleine Art. 7 Abs. 1 Satz 1 EMRK (E. 4.5.2), hingegen ist Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG mit Blick auf das vorgeworfene tatbestandsmässige Verhalten hinreichend bestimmt (E. 4.5.2). Das Wissen, beim Weiterführen eines Verhaltens ein kartellrechtliches Sanktionsrisiko zu tragen, schliesst trotz generalklauselhafter Umschreibung des Tatbestandes eine Sanktion nicht aus (E. 4.6). Art. 7 Abs. 1 KG und Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG bilden zusammen genommen eine genügende gesetzliche Grundlage gemäss Art. 7 Abs. 1 EMRK (E. 4.8, E. 11.1.3).

2. Nach Art. 6 Abs. 1 EMRK reicht es aus, wenn eine Sanktionsverfügung von einem Gericht beurteilt werden kann, das seine Kognition EMRK-konform wahrnimmt; das Bundesverwaltungsgericht ist ein solches Gericht (E. 5.5). Eingehende Darlegung der Kognition des Bundesverwaltungsgerichts (E. 5.6).
3. Die Frage, welche Grenzen das Selbstbelastungsverbot nach Art. 6 Abs. 1 und 2 EMRK einem Unternehmen bezüglich seiner kartellgesetzlichen Mitwirkungspflicht generell und einzelfallunabhängig setzt, kann hier offengelassen werden (E. 5.7.5). Keine Verletzung des Aussageverweigerungsrechts, soweit Auskunftsbegehren vorbehaltlos beantwortet werden; einzig (anfechtbare) Auskunftsverfügungen könnten eine unerlaubte Ausübung von Zwang darstellen, soweit damit unzulässige Fragen mit Sanktionsfolgen durchgesetzt werden sollen (E. 5.7.5.1.1).
4. Der relevante Markt setzt den Rahmen zur Analyse der Frage der Marktbeherrschung. Auf seine Festlegung kann nicht verzichtet werden (E. 9.2.3). Obwohl die Mobilterminierung einen notwendigen Bestandteil für das Anbieten von Telefoniedienstleistungen auf der Endkundenebene darstellt, kann sie einen auf die Vorleistungsebene begrenzten Markt bilden. Interdependenzen zwischen Vorleistungs- und Endkundenmärkten können bei der Marktanalyse berücksichtigt und der Einfluss des nachgelagerten Markts eruiert werden (E. 9.5.2). Aus der Sicht der Fernmeldedienstanbieterinnen (FDA) bestehen weder nachfragen- noch angebotsseitige Substitutionsmöglichkeiten zur Terminierung eines Anrufs in ein bestimmtes Mobilfunknetz (E. 9.5.3). Ebenso wenig verfügen die Endkunden der FDA über Möglichkeiten, die Mobilterminierungsleistungen der Mobilfunkanbieterinnen zu umgehen (E. 9.5.4).
5. Beurteilung von aktuellem und potenziellem Wettbewerb auf dem relevanten Markt für die Terminierung von Anrufen im Bereich der Sprachtelefonie in das eigene Mobilfunknetz (E. 10.4). Disziplinierende Kräfte wirkten vorliegend weder vom nachgelagerten Markt noch von der Marktgegenseite her (E. 10.6.4, E. 10.7.3 ff.). Der Einfluss der fernmelderechtlichen Rahmenordnung auf den Handlungsspielraum der betroffenen Unternehmen bildet kein Kriterium für die Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung, sondern ist bei der Würdigung der Missbrauchsfrage zu berücksichtigen (E. 10.8, E. 12.3.1). Auch

aus angeblichen Verlusten aus dem Terminierungsgeschäft im Terminierungsverkehr zwischen Mobilfunknetzen lässt sich keine Einschränkung des Verhaltensspielraums auf dem relevanten Markt ableiten. Untauglichkeit des zur Begründung des Verlustes herangezogenen Nettozahlungsmodells (E. 10.9). Bestätigung des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung (E. 10.11).

6. Würdigung des vorgeworfenen Ausbeutungsmissbrauchs bei Terminierungspreisen. Art. 7 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. c KG werden im Lichte des Streitgegenstandes betrachtet und in Zusammenhang mit allen preisbezogenen und im konkreten Fall potenziell anwendbaren bundesrechtlichen Wertparitätskontrollen gestellt (E. 11). Um den Anforderungen an das Bestimmtheitsgebot beziehungsweise das Legalitätsprinzip nach Art. 7 Abs. 1 Satz 1 EMRK zu entsprechen, ist vorliegend der Gehalt von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG im Lichte der obligationen-, preisüberwachungs- und fernmelderechtlichen Wertparitätskontrollen zu bestimmen (E. 11.3).
7. Bei der Beurteilung einer allfälligen Preisausbeutung wird zuerst die Frage der Erzwingung geprüft, namentlich ob für die Marktgegenseite eine Zwangslage tatsächlich bestand (E. 12.1). Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Bst. c KG schützt einzig die einem Marktbeherrscher als Vertragspartnerin direkt gegenüberstehende (« ausgelieferte ») Marktgegenseite vor Preisausbeutung (E. 12.3.1). Auf « normalen », von der Vertragsfreiheit beherrschten beziehungsweise nicht interdependent vernetzten oder regulierten Märkten beinhaltet die marktbeherrschende Stellung dem Wesen nach zwingend auch die Möglichkeit, « unwiderstehlichen Zwang » auszuüben, (E. 11.3.1.3, E. 12.3.2). Der regulatorische Rahmen von aArt. 11 Abs. 1 FMG zerstört das Erzwingungspotenzial eines interkonnektionsverpflichteten Unternehmens, indem die Verhandlungsmacht der die Terminierung nachfragenden Marktgegenseite erheblich gestärkt wird durch die Möglichkeit, bei der Eidgenössischen Kommunikationskommission ein Gesuch um Preisfestsetzung (aArt. 11 Abs. 3 FMG) einzureichen (E. 11.3.4, E. 12.3.3.2 ff., E. 12.5.1).
8. Im Lichte von Art. 7 Abs. 1 Satz 1 EMRK ist es dem Bundesverwaltungsgericht verwehrt, im Interesse der Endkunden den Anwendungsbereich des kartellgesetzlichen Preisausbeutungstat-

bestandes durch eine richterrechtliche, « lückenfüllende » Auslegung auszudehnen (E. 12.4.2 und 12.5.2).

Droit des cartels. Sanction à raison d'un prétendu abus de position dominante: imposition de prix de terminaison mobile inéquitable. Obligation de renseigner. Droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination. Position sur le marché. Abus de position dominante dans le contexte des contrôles de l'équivalence des prestations institués par le droit fédéral: impossibilité, pour une entreprise, d'imposer des prix dans le cadre de la régulation instituée par le droit des télécommunications. Inadmissibilité du comblement d'une lacune juridique de nature politique. Arrêt de principe.

Art. 4 al. 2, art. 7 al. 1 en relation avec l'art. 7 al. 2 let. c, art. 40 et art. 49a al. 1 LCart. Art. 11 al. 3 de l'ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises. Ancien art. 11 LTC. Art. 21 CO. Art. 13 LSP. Art. 157 CP. Art. 30 al. 1 Cst. Art. 6 al. 1 et 2, art. 7 al. 1 CEDH.

1. La sanction infligée est une « accusation en matière pénale » au sens de l'art. 6 al. 1 CEDH (consid. 4.2). Portée de l'exigence de précision, respectivement du principe de la légalité, découlant de l'art. 7 al. 1 1^{ère} phrase CEDH (consid. 4.3). A lui seul, l'art. 7 al. 1 LCart est contraire à l'art. 7 al. 1 1^{ère} phrase CEDH (consid. 4.5.2); l'art. 7 al. 2 let. c LCart décrit en revanche avec une précision suffisante les éléments constitutifs des pratiques réputées illicites (consid. 4.5.2). Le fait de savoir que la poursuite d'un comportement risque d'entraîner une sanction en vertu du droit des cartels n'exclut pas une sanction malgré la description générale des éléments constitutifs de l'acte incriminé (consid. 4.6). L'art. 7 al. 1 LCart en relation avec l'art. 7 al. 2 let. c LCart forme une base légale suffisante au sens de l'art. 7 al. 1 CEDH (consid. 4.8, consid. 11.1.3).
2. Selon l'art. 6 al. 1 CEDH, il suffit que la sanction infligée puisse être contrôlée par un tribunal exerçant un pouvoir d'examen conforme à la CEDH; le Tribunal administratif fédéral remplit cette condition (consid. 5.5). Analyse détaillée du pouvoir de cognition du Tribunal administratif fédéral (consid. 5.6).
3. De façon générale et indépendamment du cas particulier, la question de savoir quelles limites le droit de ne pas contribuer à sa

propre incrimination (art. 6 al. 1 et 2 CEDH) pose à l'obligation de collaborer des entreprises, prévue par le droit des cartels, peut être laissée ouverte (consid. 5.7.5). Il n'y a pas violation du droit de refuser de fournir des renseignements lorsqu'il est répondu sans réserve à la demande de renseignements; sont uniquement contestables les décisions sur les renseignements qui comportent une contrainte, en ce sens que la demande de renseignements contient des questions infondées et qu'elle est assortie d'une menace de sanction (consid. 5.7.5.1.1).

4. La question de la position dominante ne peut être analysée qu'une fois le marché pertinent déterminé (consid. 9.2.3). Bien que la terminaison mobile soit une partie indispensable de l'offre de services de téléphonie au niveau du consommateur final, elle peut se situer au niveau du marché de gros. Les interdépendances entre marché de gros et marché des consommateurs finaux peuvent être prises en compte dans l'analyse du marché et leur influence sur le marché en aval peut être évaluée (consid. 9.5.2). Du point de vue des fournisseurs de services de télécommunication (FST), il n'existe aucune possibilité de substitution, ni du côté de la demande, ni de celui de l'offre, pour la terminaison d'un appel dans un réseau mobile déterminé (consid. 9.5.3). De même, pour les clients finaux des FST, il est impossible de se dispenser des services de terminaison mobile des fournisseurs de téléphonie mobile (consid. 9.5.4).
5. Appréciation de la concurrence actuelle et potentielle sur le marché pertinent de la terminaison d'appels téléphoniques vocaux dans le propre réseau de téléphonie mobile d'un opérateur (consid. 10.4). En l'espèce, ni le marché en aval, ni les concurrents ne pouvaient exercer un effet de discipline sur l'opérateur (consid. 10.6.4, consid. 10.7.3 ss). L'influence de la réglementation des télécommunications sur la marge de manœuvre des entreprises concernées n'est pas un critère pour décider du caractère dominant d'une position; il faut en revanche en tenir compte pour juger la question de l'abus (consid. 10.8, consid. 12.3.1). Les allégations de pertes subies dans les activités de terminaison entre réseaux de téléphonie mobile ne permettent pas non plus de conclure à une restriction de la liberté d'action sur le marché concerné. Absence de pertinence du modèle de paiement net invoqué pour expliquer les pertes (consid. 10.9). Confirmation de

l'existence d'une position dominante sur le marché (consid. 10.11).

6. Appréciation du grief des prix abusifs des terminaisons. L'art. 7 al. 1 et al. 2 let. c LCart sont considérés à la lumière de l'objet du litige et en tenant compte de tous les contrôles de l'équivalence des prestations prévus par le droit fédéral en matière de prix et pouvant être exercés dans le présent cas (consid. 11). Afin d'assurer tant le degré de précision de la base légale que le principe de la légalité requis par l'art. 7 al. 1 1^{ère} phrase CEDH, la teneur de l'art. 7 al. 2 let. c LCart doit être interprétée à la lumière des contrôles de l'équivalence des prestations prévus par les législations en matière d'obligations, de surveillance des prix et de télécommunications (consid. 11.3).
7. Pour apprécier l'éventuel abus dans la fixation des prix, la question de savoir si le prix pouvait être imposé, en particulier si les concurrents étaient effectivement contraints de l'accepter, est examinée (consid. 12.1). L'art. 7 al. 1 LCart en relation avec l'art. 7 al. 2 let. c LCart protègent contre les prix abusifs uniquement les concurrents qui sont partenaires contractuels directs de l'entreprise dominante (consid. 12.3.1). Tant sur des marchés « usuels », où règne la liberté contractuelle, que sur des marchés qui ne forment pas un réseau interdépendant ou qui ne sont pas régulés, la position dominante implique la possibilité d'exercer une « contrainte irrésistible » (consid. 11.3.1.3, consid. 12.3.2). Le cadre régulateur institué par l'ancien art. 11 al. 1 LTC élimine toute possibilité de contrainte dont pourrait disposer l'entreprise tenue d'accorder l'interconnexion, car le pouvoir de négociation de son concurrent, demandeur de terminaison, est considérablement renforcé par la possibilité de saisir la Commission fédérale de la communication d'une demande de fixation de prix (ancien art. 11 al. 3 LTC) (consid. 11.3.4, consid. 12.3.3.2 ss, consid. 12.5.1).
8. En vertu de l'art. 7 al. 1 1^{ère} phrase CEDH, le Tribunal administratif fédéral ne peut pas élargir, dans l'intérêt des clients finaux, le champ d'application de la notion de prix abusifs du droit des cartels par une interprétation extensive dans le sens du « comblement » d'une « lacune » (consid. 12.4.2 et 12.5.2).

Diritto dei cartelli. Sanzione per presunto abuso di posizione dominante sul mercato tramite imposizione di prezzi di terminazione inadeguati per la telefonia mobile. Obbligo d'informare. Divieto di autoaccusarsi. Posizione sul mercato. Abuso della posizione dominante sul mercato nel contesto dei controlli dell'equivalenza delle prestazioni stabiliti dal diritto federale: mancanza del potenziale di imposizione nel quadro regolato dal diritto delle telecomunicazioni. Inammissibilità della colmatatura di una lacuna giuridica di natura politica. Sentenza di principio.

Art. 4 cpv. 2, art. 7 cpv. 1 in combinato disposto con l'art. 7 cpv. 2 lett. c, art. 40 e art. 49a cpv. 1 LCart. Art. 11 cpv. 3 dell'ordinanza del 17 giugno 1996 concernente il controllo delle concentrazioni di imprese. Vecchio art. 11 LTC. Art. 21 CO. Art. 13 LSPr. Art. 157 CP. Art. 30 cpv. 1 Cost. Art. 6 cpv. 1 e 2, art. 7 cpv. 1 CEDU.

1. La sanzione inflitta è una « accusa penale » giusta l'art. 6 cpv. 1 CEDU (consid. 4.2). Portata della necessità di precisione e del principio di legalità ancorati all'art. 7 cpv. 1 frase 1 CEDU (consid. 4.3). L'art. 7 cpv. 1 LCart è già di per sè contrario all'art. 7 cpv. 1 frase 1 CEDU (consid. 4.5.2), mentre l'art. 7 cpv. 2 lett. c LCart, riferito al comportamento contestato nella fattispecie, è sufficientemente preciso nel descrivere gli elementi costitutivi per le pratiche ritenute illecite (consid. 4.5.2). Il solo fatto di sapere che il proseguimento di un comportamento può implicare il rischio di incorrere in una sanzione di diritto dei cartelli non esclude l'irrogazione di una sanzione malgrado gli elementi costitutivi per infliggerla siano formulati per mezzo di una clausola generale (consid. 4.6). Il combinato disposto dell'art. 7 cpv. 1 LCart e dell'art. 7 cpv. 2 lett. c LCart è base legale sufficiente giusta l'art. 7 cpv. 1 CEDU (consid. 4.8, consid. 11.1.3).
2. Giusta l'art. 6 cpv. 1 CEDU è sufficiente che una decisione di sanzione possa essere giudicata da un tribunale, il quale esercita la sua cognizione conformemente alla CEDU; il Tribunale amministrativo federale è un tale tribunale (consid. 5.5). Esposizione dettagliata della cognizione del Tribunale amministrativo federale (consid. 5.6).
3. A titolo generale ed indipendentemente dal caso concreto, la questione a sapere quali siano i limiti che il divieto di autoaccusarsi pone ad un'impresa giusta l'art. 6 cpv. 1 e 2 CEDU, in riferimento all'obbligo di collaborare stabilito dal diritto dei cartelli,

può essere lasciata aperta (consid. 5.7.5). Il diritto di non rispondere non è violato, finché la richiesta di informazioni può essere soddisfatta senza riserve; singole decisioni (impugnabili) di richiesta d'informazioni possono rappresentare un illecito esercizio di forza, nella misura in cui sono mirate a porre domande illecite con conseguenze sanzionatorie (consid. 5.7.5.1.1).

4. Per analizzare la questione della posizione dominante è indispensabile definire il mercato rilevante (consid. 9.2.3). Nonostante la terminazione mobile sia un elemento necessario per l'offerta di prestazioni di telefonia a livello del cliente finale, può formare un mercato limitato ai servizi wholesale (mercato tra operatori). Le interdipendenze fra il mercato tra operatori e quello del cliente finale possono essere prese in considerazione nell'analisi del mercato e la loro influenza sul mercato a valle può essere accertata (consid. 9.5.2). Dal punto di vista del fornitore di servizi di telecomunicazione (FST) non esistono possibilità di sostituzione alla terminazione di una chiamata in una determinata rete di telefonia mobile, né dal lato della domanda, né da quello dell'offerta (consid. 9.5.3). Per i clienti finali del FST risulta impossibile eludere le prestazioni di terminazione mobile dei FST (consid. 9.5.4).
5. Valutazione della concorrenza attuale e potenziale nel mercato rilevante per la terminazione di chiamate nell'ambito della telefonia vocale sulla propria rete mobile (consid. 10.4). Nella fattispecie, effetti disciplinanti non provengono né dal mercato a valle, né dalla controparte (consid. 10.6.4, consid. 10.7.3 segg.). L'influsso delle disposizioni quadro del diritto sulle telecomunicazioni sul margine di manovra delle imprese interessate non è un criterio per valutare la posizione dominante sul mercato, bensì è da considerare per esaminare la questione dell'abuso di una simile posizione (consid. 10.8, consid. 12.3.1). Nemmeno da presunte perdite di utili subite nelle attività di terminazione tra reti di telecomunicazione mobile si può dedurre una limitazione del margine di manovra sul mercato rilevante. Inidoneità del modello di pagamento a netto richiamato per motivare le perdite (consid. 10.9). Conferma dell'esistenza di una posizione dominante nel mercato (consid. 10.11).
6. Apprezzamento del rimproverato abuso di posizione dominante in relazione all'imposizione dei prezzi delle tariffe di terminazione. L'art. 7 cpv. 1 e cpv. 2 lett. c LCart vanno considerati alla

luce dell'oggetto della controversia e devono essere posti in relazione con tutti i controlli di equivalenza delle prestazioni potenzialmente previsti dal diritto federale in riferimento al caso concreto (consid. 11). Al fine di soddisfare i requisiti della necessità di determinatezza e del principio di legalità giusta l'art. 7 cpv. 1 frase 1 CEDU, il contenuto dell'art. 7 cpv. 2 lett. c LCart deve essere determinato alla luce dei controlli di equivalenza delle prestazioni nell'ambito del diritto delle obbligazioni, della sorveglianza dei prezzi e delle telecomunicazioni (consid. 11.3).

7. Nella valutazione di un eventuale abuso della posizione dominante sul mercato in materia di prezzi viene innanzitutto esaminata la questione dell'imposizione dei prezzi; cioè se per i partner commerciali è effettivamente esistita una situazione di necessità ad accettare i prezzi imposti (consid. 12.1). L'art. 7 cpv. 1 in combinato disposto con il cpv. 2 lett. c LCart proteggono da un abuso in materia di imposizione dei prezzi solamente i concorrenti che come partner contrattuali sono direttamente contrapposti all'impresa dominante (consid. 12.3.1). Nei mercati « normali », caratterizzati dalla libertà contrattuale, quindi non collegati o regolamentati in modo interdipendente, la posizione dominante implica necessariamente per natura anche la possibilità di esercitare una « forza indomabile » (consid. 11.3.1.3, consid. 12.3.2). Il quadro regolatorio del vecchio art. 11 cpv. 1 LTC elimina ogni possibilità di imposizione del prezzo da parte di un'impresa tenuta all'interconnessione, cosicché il potere contrattuale della controparte richiedente il servizio di terminazione viene fortemente rafforzato dalla possibilità di inoltrare una domanda di fissazione del prezzo (vecchio art. 11 cpv. 3 LTC) alla Commissione federale delle comunicazioni (consid. 11.3.4, consid. 12.3.3.2 segg., consid. 12.5.1).
8. Giusta l'art 7 cpv. 1 frase 1 CEDU al Tribunale amministrativo federale non è consentito di estendere, nell'interesse del cliente finale, il campo d'applicazione della nozione di imposizione abusiva dei prezzi in materia di diritto dei cartelli, tramite un'interpretazione giudiziale mirata alla colmatatura delle lacune (consid. 12.4.2 e 12.5.2).

Am 15. Mai 2000 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) eine erste Untersuchung gemäss Art. 27 des Kartellgesetzes

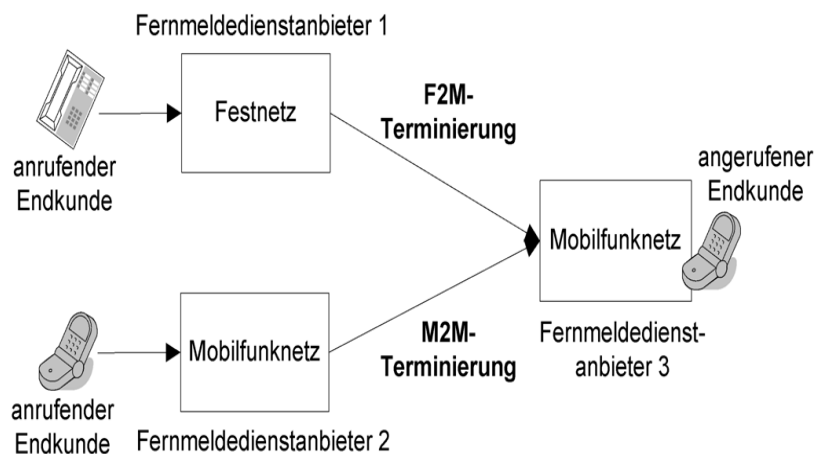
vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) zu den Verhältnissen auf dem Mobilfunkmarkt in der Schweiz. Grund dafür waren Anhaltspunkte für eine kollektiv marktbeherrschende Stellung der drei in diesem Markt tätigen Unternehmen Swisscom Mobile AG (inzwischen mit Swisscom Fixnet AG fusioniert zur Swisscom [Schweiz] AG, Beschwerdeführerin), Orange Communications AG (Orange) und TDC Switzerland AG (Sunrise). Die Preise der drei Anbieterinnen seien in Struktur und Höhe ähnlich. Dies treffe für die Preise abgehender Verbindungen (Originierung) und für die Preise ankommender Verbindungen (Terminierung) zu. Mit Verfügung vom 3. Dezember 2001 stellte die Wettbewerbskommission (WEKO) diese Untersuchung ein, da im Retailmarkt (Marktgenseite sind Endkunden) weder eine kollektiv marktbeherrschende Stellung der drei Fernmeldedienstanbieterinnen (FDA) noch eine marktbeherrschende Stellung der einzelnen Unternehmen festgestellt werden konnte. Die Analyse der « Wholesale »-Märkte (Geschäftsbeziehungen der FDA untereinander) für in ein Mobilfunknetz eingehende Fernmeldedienste habe die Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung der einzelnen Mobilfunkanbieterinnen grundsätzlich bestätigt. Die WEKO verzichtete jedoch auf eine abschliessende Beurteilung in diesem Bereich und behielt sich die Eröffnung eines neuen Verfahrens vor (vgl. Recht und Politik des Wettbewerbs [RPW] 2002/1 S. 97 ff.).

Am 15. Oktober 2002 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO gegen die drei Mobilfunkanbieterinnen Orange, Sunrise und die Beschwerdeführerin eine erneute Untersuchung gemäss Art. 27 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 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.

Wird ein Gesprächspartner unter seiner Handynummer aus dem Netz einer anderen FDA angerufen, erfordert dies die Terminierung durch das Mobilfunknetz des angerufenen Handybenutzers. Von Mobilterminierung wird gesprochen, wenn es sich um die Terminierung eines Telefonanrufs von einem Fest- oder Mobilfunknetz in ein Mobilfunknetz handelt. Die Mobilterminierung eines Anrufs aus einem Mobilfunknetz in ein anderes

Mobilfunknetz wird als « mobile-to-mobile » beziehungsweise « M2M »-Terminierung bezeichnet. Die Mobilterminierung eines Anrufs aus einem Festnetz auf ein Mobilfunknetz « fix-to-mobile » beziehungsweise « F2M »-Terminierung:

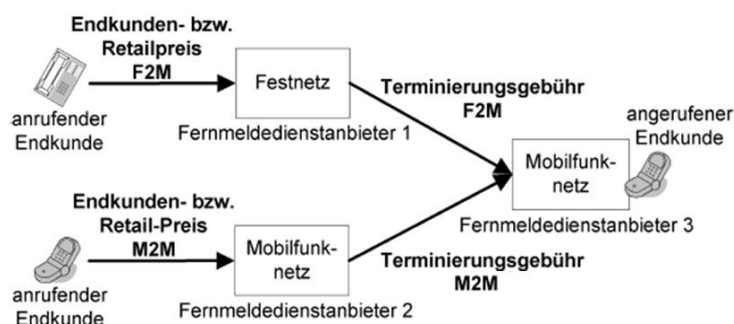
Abb. 1: Mobilterminierung



Die FDA des anrufenden Endkunden (originierendes Netz) hat die FDA des angerufenen Endkunden für die Weiterleitung des Gesprächs an den gewünschten Endkunden im terminierenden Netz zu entschädigen. Die Entgelte, die das terminierende Netz dem originierenden Netz für diese Dienstleistung berechnet, heißen « Terminierungsgebühren » beziehungsweise Terminierungspreise.

Von diesen zu unterscheiden ist der Betrag, welcher die originierende FDA ihrem (anrufenden) Endkunden gestützt auf die mit ihm getroffene vertragliche Vereinbarung für das Gespräch in Rechnung stellt. Dieser Betrag wird « Retail »- beziehungsweise Endkundenpreis und das Verhältnis der FDA zu deren Endkunden « Retail »-Ebene genannt (teilweise auch: Endkundenebene, Dienstleistungsebene oder Ebene der nachgelagerten Nachfrage der Endkunden). Das Verhältnis der FDA untereinander wird als « Wholesale »- oder *Vorleistungs-Ebene* bezeichnet (teilweise auch: Infrastrukturebene; Wiederverkaufsbereich):

Abb. 2: Mobilterminierungspreise



Vom 1. Oktober 2002 bis 31. Mai 2005 berechnete die Beschwerdeführerin den beiden anderen Mobilfunkanbieterinnen und dem Swisscom Festnetz (damals Swisscom Fixnet AG) einen Terminierungspreis von 33,5 Rappen pro Minute (Rp./Min.). Im gleichen Zeitraum verlangte Orange von ihr wie von Sunrise und vom Swisscom Festnetz einen Mobilterminierungspreis von 36,95 Rp./Min. Der Mobilterminierungspreis von Sunrise gegenüber den erwähnten FDA betrug in dieser Periode 36,85 Rp./Min. Per 1. Juni 2005 reduzierte die Beschwerdeführerin ihren Terminierungspreis auf 20 Rp./Min. Sunrise senkte den eigenen Terminierungspreis per 1. August 2005 auf 29,95 Rp./Min. und Orange per 1. Januar 2006 auf 32,95 Rp./Min. und per 1. Juli 2006 auf ebenfalls 29,95 Rp./Min.

Am 6. Februar 2004 bestätigte die damalige Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO/WEF) auf Beschwerden der Beschwerdeführerin und von Orange die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörde zur Durchführung der Untersuchung betreffend die Terminierungspreise im Mobilfunkmarkt (vgl. RPW 2004/1 S. 204 ff.).

Mit Schreiben vom 25. März 2004 orientierte das Sekretariat die Beschwerdeführerin, Orange und Sunrise über die Änderung des KG mit Inkrafttreten am 1. April 2004 und die damit verbundene Einführung von direkten Sanktionen. Die Beschwerdeführerin ersuchte das Sekretariat darauf mit als «Meldung gemäss Übergangsbestimmung» betitelter Schreiben vom 1. April 2004 zu bestätigen, dass eine Belastung nach Art. 49a Abs. 1 KG für die Beschwerdeführerin aufgrund dieser Meldung in jedem Fall entfalle. Das Sekretariat antwortete, dass die angerufene

Übergangsbestimmung auf bereits bekannte Sachverhalte keine Anwendung finde. Auf das darauffolgende Gesuch der Beschwerdeführerin um Erlass einer Feststellungsverfügung trat die WEKO mit Verfügung vom 8. November 2004 nicht ein. Die REKO/WEF hiess die dagegen erhobene Beschwerde am 18. März 2005 teilweise gut (vgl. RPW 2005/2 S. 418 ff.). Gegen diesen Entscheid erhob das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (EVD) Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht, welches den Entscheid am 8. Juni 2006 teilweise aufhob und letztinstanzlich feststellte, dass das Schreiben der Beschwerdeführerin vom 1. April 2004 keine Meldung im Sinne der Schlussbestimmung zur Änderung des KG vom 20. Juni 2003 darstellte (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.289/2005 vom 8. Juni 2006; vgl. auch das Urteil des Bundesgerichts 2A.287/2005 vom 19. August 2005, veröffentlicht in: RPW 2005/4 S. 708 ff.).

Am 22. April 2005 unterbreitete das Sekretariat den betroffenen FDA einen ersten Antrag an die WEKO.

Mit Schreiben vom 7. April 2006 machte die WEKO Sunrise, Orange und die Beschwerdeführerin darauf aufmerksam, dass sie sich im Rahmen einer ersten Verfügung nur zu Sachverhalten betreffend die Terminierung in Mobilfunknetze äussern werde, welche sich bis am 31. Mai 2005 zugetragen hätten.

Gleichzeitig schlug ein ergänzender Antrag des Sekretariates vom 7. April 2006 vor, die Beschwerdeführerin für den Zeitraum vom 1. April 2004 bis 31. Mai 2005 mit einem Betrag von CHF 488'936'331.– zuzüglich Zins zu sanktionieren, während die Untersuchung gegenüber Orange und Sunrise für Sachverhalte bis zum 31. Mai 2005 einzustellen sei. Für die Zeit danach sollte die Untersuchung gegen alle drei Mobilfunkanbieterinnen fortgesetzt werden. Diese machten von der Möglichkeit zur Einreichung einer Stellungnahme zu den angekündigten Anpassungen Gebrauch, wobei eine Auseinandersetzung über den Umfang der den Mobilfunkanbieterinnen zuzustellenden Unterlagen entstand.

Am 11. Oktober 2006 stellte die WEKO der Beschwerdeführerin einen weiteren, überarbeiteten « Entwurf für eine Teilverfügung » zu. Die Beschwerdeführerin nahm dazu am 15. Dezember 2006 Stellung, nachdem die REKO/WEF als Rechtsmittelinstanz über zwei Fristerstreckungsgesuche der Beschwerdeführerin entschieden hatte (vgl. Beschwerdeentscheid FB/2006-8 vom 9. November 2006 veröffentlicht in: RPW

2006/4 S. 722 ff., Beschwerdeentscheid FB/2006-9 vom 4. Dezember 2006 veröffentlicht in: RPW 2006/4 S. 725 ff.).

Am 5. Februar 2007 erliess die WEKO die folgende Verfügung (veröffentlicht in: RPW 2007/2 S. 241 ff., insbes. S. 303 und 304).

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

Gegen diese Verfügung erhob die Beschwerdeführerin am 19. März 2007 Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht und beantragte deren Aufhebung. Die Vorinstanz sei anzuweisen, die Untersuchung betreffend Terminierung Mobilfunk ohne Folgen für die Beschwerdeführerin einzustellen. Die WEKO beantragte vor Bundesverwaltungsgericht die Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolge.

Das Bundesverwaltungsgericht heisst die Beschwerde vom 19. März 2007 teilweise gut, soweit es darauf eintritt (Aufhebung der Dispositiv-Ziff. 2, 3 und 6a der Verfügung vom 5. Februar 2007). Soweit die Dispositiv-Ziff. 1 der Verfügung vom 5. Februar 2007 angefochten ist, weist das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde ab.

Die dagegen beim Bundesgericht erhobene Beschwerde des EVD wurde vollumfänglich, die Beschwerde der Swisscom – ausser mit Bezug auf die Feststellung ihrer marktbeherrschenden Stellung in Dispositiv-Ziff. 1 – mehrheitlich abgewiesen (vgl. BGE 137 II 199).

Aus den Erwägungen:

- 1. Prozessvoraussetzungen (...)**
- 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 blosser 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 E. 3 ff. ist auf die einzelnen Rügen einzugehen, zumal sich diese an den Rahmen der zulässigen Beschwerdegründe von Art. 49 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) 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 FDA. 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 FDA unangemessene « Terminierungsgebühren » erzwungen habe. Ob die Vertragspartner die Nachteile auf ihre Kunden überwält 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 gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG (i. V. m. Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG) mit einem « Betrag » von CHF 333'365'685.– « belastet » (vgl. Dispositiv-Ziff. 3 der angefochtenen Verfügung).

Dem scheint entgegenzustehen, 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 (...) korrigiert und überzeugend dargelegt, dass die FDA 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 (...), 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 Wettbewerbsabreden erwähnt worden war (vgl. BBl 2002 6827, [...]), 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, ebenso wenig 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

(...)

4. Rüge der Verletzung von Art. 7 EMRK

Wie bereits erwähnt, wird nach Art. 49a 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. 49a Abs. 1 KG dritter Satz). Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen (Art. 49a Abs. 1 KG vierter Satz).

Unter der Marginalie « Keine Strafe ohne Gesetz » hält Art. 7 Abs. 1 erster Satz der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) (...) 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. 49a 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 Rechts-

lage objektiv klar gewesen sei und dem Täter subjektiv vorgeworfen werden könne, dass er diese Rechtslage missachtet habe.

Der Grad an Bestimmtheit einer Norm müsse umso 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. 49a 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 KG 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. 49a Abs. 3 KG voraussetze. Daher habe sie am 1. April 2004 eine Meldung gemäss Übergangsbestimmung zum revidierten KG 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 Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom) ihre « Terminierungsgebühren » 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 behördlichen 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, kaufkraftparitätslosen 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 nichtregulierten 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. 49a 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 Strafraum 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 vom 12. März 2004 (SVKG, SR 251.5) (...) 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 mit weiteren Hinweisen; vgl. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte [EGMR], *Lilly France S.A. gegen Frankreich*, Zulässigkeitsentscheid vom 3. Dezember 2002, S. 9 Ziff. 2, sowie EGMR, Urteil *Dubus S. A. gegen Frankreich* vom 11. Juni 2009, Ziff. 35; zu den einschlägigen EMRK-Kriterien vgl. EGMR, *Mamidakis gegen Griechenland*, Urteil vom 11. Januar 2007 Ziff. 20 f.; EGMR, *Malige gegen Frankreich*, Urteil vom 23. September 1998, Ziff. 34 ff.; EGMR, *Weber gegen Schweiz*, Urteil vom 22. Mai 1990, 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 [BB1 2002 2022, 2052, nachfolgend: Botschaft zum 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., nachfolgend: Aspekte; 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.], Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 57 ff.; CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a

Abs. 1 Kartellgesetz, 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 [EMRK] unter besonderer Berücksichtigung der Schweizerischen Rechtslage*, 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 Art. 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 mit weiteren Hinweisen).

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, *Kokinakis gegen Griechenland*, Urteil vom 25. Mai 1993, Ziff. 52; JOACHIM RENZIKOWSKI, in: Wolfram Karl [Hrsg.], *Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention*, 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. 49a Abs. 1 KG, denen auch Strafcharakter zukommt (vgl. E. 4.2 mit weiteren Hinweisen).

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. Commentaire article par article*, 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 *S.W. und C.R. gegen Vereinigtes Königreich* vom 22. November 1995, Ziff. 35; VAN DIJK/VAN HOOFF/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. EGMR, *Cantoni gegen Frankreich*, Urteil vom 15. November 1996, 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. EGMR, *Cantoni gegen Frankreich*, Urteil vom 15. November 1996, 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, *Streletz, Kessler und Krenz gegen Deutschland*, Urteil vom 22. März 2001, 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, *Scoppola gegen*

Italien, Urteil vom 17. September 2009, Ziff. 99 ff., EGMR, *Cantoni gegen Frankreich*, Urteil vom 15. November 1996, Ziff. 29, EGMR, *Veeber gegen Estland*, Urteil vom 21. Januar 2001, 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 nationale 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, *Custers, Deveaux und Turk gegen Dänemark*, Urteil vom 3. Mai 2007, 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 sogenannten « Mauerschützenfall » erfahren, wo eine Verurteilung als vorhersehbar erachtet worden ist, ob schon die menschenrechtswidrige staatliche *Praxis* für die Dauer und Gültigkeit der massgeblichen Rechtsordnung jegliche Strafbarkeit (von Tötungshandlungen an der ehemaligen DDR-Grenze) ausschloss (vgl. EGMR, *Streletz, Kessler und Krenz gegen Deutschland*, Urteil vom 22. März 2001, Ziff. 77 ff.; STEPHAN BREITENMOSE/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, *Streletz, Kessler und Krenz gegen Deutschland*, Urteil vom 22. März 2001, 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, *Gabbari Moreno gegen Spanien*, Urteil vom 22. Juli 2003, 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 vorgesehe-

nen Strafraumen entspricht (vgl. EGMR, *Scoppola gegen Italien*, Urteil vom 17. September 2009, Ziff. 95, EGMR, *Gabbari Moreno gegen Spanien*, Urteil vom 22. Juli 2003, Ziff. 25, EGMR, Zulässigkeitsentscheid *Uttley gegen Grossbritannien* vom 29. November 2005, EGMR, *Wedenig gegen Österreich*, Zulässigkeitsentscheid vom 14. Dezember 1999, 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 HOOFF/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, *Gabbari Moreno gegen Spanien*, Urteil vom 22. Juli 2003, Ziff. 33; RENZIKOWSKI, a. a. O., Rz. 54 zu Art. 7 EMRK). Nach VAN DIJK/VAN HOOFF/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 HOOFF/VAN RIJN/ZWAAK, a. a. O., S. 656 f.; anderer Meinung 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, *Wirtschaft und Wettbewerb* 2/2010, S. 157 ff., insbes. S. 168 f. mit Hinweis unter anderem auf RAINER BECHTOLD/STEPHAN WERNICKE, Kartellbussen ohne Mass, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 14. Februar 2009).

Auch in seiner jüngsten Rechtsprechung verlangt der EGMR nicht, dass das genaue Strafmass gesetzlich festgelegt sein müsste (vgl. EGMR, *Scoppola gegen Italien*, Urteil vom 17. September 2009, Ziff. 94). Vielmehr prüft der EGMR bei angefochtenen Strafzumessungen einzig, ob diese den gesetzlich festgelegten Strafraumen überschreiten (vgl. EGMR, *Scoppola gegen 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 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 25. März 1957 (EGV; heute: Art. 102 Bst. a des Vertrags über die Ar-

beitsweise der Europäischen Union vom 25. März 1957 [AEUV], zuletzt geändert durch Art. 2 des Vertrags von Lissabon vom 13. Dezember 2007) 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. 12.3.3.4). 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 E. 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. 49a 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: Carl Baudenbacher [Hrsg.], Current Developments in European and International Competition Law 2008, Basel 2009, S. 381 ff., 385). Un-

geachtet 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 generalklauselhafte Kriterien für « unzulässiges Verhalten » beziehungsweise « 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 zum 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 zum KG 1994, BBl 1995 I 569; Entscheid der REKO/WEF i. S. X. AG vom 12. November 1998 E. 3.4, veröffentlicht in: RPW 1998/4 S. 655 ff. mit weiteren Hinweisen; AMSTUTZ, a. a. O., S. 55). Bei der Beurteilung dieser Fragen kommt sodann – insbesondere angesichts der wachsenden Bedeutung des sogenannten « more economic approach » (vgl. STEFAN BÜHLER, Ökonomik in der Rechtsanwendung – Bestandsaufnahme und Ausblick, in: Amstutz/Stoffel/Ducrey [Hrsg.], Schweizerisches Kartellrecht im 19. Jahr nach dem Paradigmenwechsel, Zürich/Basel/Genf 2009, S. 33 ff.; MANUEL KELLERBAUER, Der « more economic approach » bei der Anwendung des Artikels 82 EG-Vertrags, Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 12/2009 S. 1576 ff.; LARS-HENDRIK RÖLLER/HANS W. FRIEDERISZICK, Ökonomische Analyse in der EU-Wettbewerbspolitik, in: Carl Baudenbacher [Hrsg.], Neueste Entwick-

lungen im europäischen und internationalen Kartellrecht, 11. St. Gallener Internationales Kartellrechtsforum 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. Beschwerdeentscheid der REKO/WEF vom 4. Mai 2006 i. S. Berner Zeitung AG, Tamedia AG/WEKO 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, Bd. 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 Marktherrscherin 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 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0) (« 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 WEISSENBACHER, in: Basler Kommentar, Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Strafgesetzbuch II, Basel 2003, N. 1 ff. zu Art. 157 StGB mit weiteren Hinweisen). Im Unterschied jedoch zum « offenbaren Missverhältnis » (der Austauschleistungen), das in Art. 157 StGB vorausgesetzt wird, erfordern die im KG zentralen Begriffe wie « Marktbeherrschung » 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 « Erzwungung unangemessener Preise » im KG 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. 49a 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. 49a 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 (...).

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 WEKO 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 des Bundesgerichts 2A.287/2005 vom 19. August 2005 E. 3.4 und 3.5, sowie Urteil des Bundesgerichts 2A.288/2005 vom 8. Juni 2006 und Urteil des Bundesgerichts 2A.289/2005 und 2A.291/2005 vom 8. Juni 2006; anderer Meinung RETO JACOBS, Wirkungen der direkten Sanktionen, in: Amstutz/Stoffel/Ducrey [Hrsg.], Schweizerisches Kartellrecht im 13. Jahr nach dem Paradigmenwechsel, Zürich/Basel/Genf 2009, 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. 49a 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. 49a Abs. 3 Bst. a KG eröffneten (vgl. BGE 135 II 60 E. 3.2.4 am Ende).

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. 49a 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 KG begnügen musste. Dieser räumt

das Bundesgericht die gleiche – übergangsrechtliche – Funktion ein wie jener gemäss Art. 49a 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. 49a Abs. 1 KG durch eine fristgerechte Meldung bzw. durch Auflösung der Wettbewerbsbeschränkung – analog zu Art. 49a 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. 49a 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 (...). 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 (...). 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 i. S. X. AG 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 KG, das heisst 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 », das heisst 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. 49a 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. 49a 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 offengelassen werden, wie die nachfolgenden E. 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. Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG subsumieren lässt, wird nachfolgend in den E. 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 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) 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 mit weiteren Hinweisen).

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 WEKO – als erkennender Behörde – organisatorisch-funktionell verflochten. Deshalb habe sich die WEKO auch systematisch in die laufende Untersuchung des Sekretariats eingemischt und zu Unrecht die Mitwirkung von Mitarbeitern des Sekretariats bei der Entscheidungsfindung geduldet. In Verletzung des Anklageprinzips hätten Sekretariat und WEKO 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 WEKO 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 *Sojus Trade Company GmbH et al. gegen Deutschland* vom 20. April 1999, Ziff. 2, EGMR, *Lilly France S.A. gegen Frankreich*, Zulässigkeitsentscheid vom 3. Dezember 2002; JOCHEN A. FROWEIN/WOLFGANG PEUKERT, Europäische MenschenRechtsKonvention. 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, in: Wolfram Karl [Hrsg.], Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Köln/Berlin/München 2009, 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; [...]).

Diese Einschätzung wird vom Bundesrat wie auch von einer überwiegenden Mehrheit der Lehre geteilt (vgl. Botschaft zum KG 2001, BBl 2002 2040; JÜRGEN BORER, Kommentar zum 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 pénal, AJP 9/2004, S. 1157; TAGMANN, a. a. O., S. 96 ff.; ROLF H. WEBER/MICHAEL VLCECK, Tafeln zum Kartellrecht, Bern 2008, Tafel 82 Ziff. 1; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, Rz. 1144, nachfolgend: Kartellrecht; 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: Basler Kommentar, Watter/Vogt/Bauer/Winzler [Hrsg.], 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 WEKO 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 *Albert und Le Compte gegen Belgien* vom 10. Februar 1983, Ziff. 29, EGMR, *Lilly France S.A. gegen Frankreich*, Zulässigkeitsentscheid vom 3. Dezember 2002, 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 WEKO 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 HOOFF/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, BGE 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 *Levages gegen Frankreich* vom 23. Oktober 1996, Ziff. 44).

5.5.2 In der Schweiz aber hat der Kartellgesetzgeber keinen solchen Instanzenaufbau für Verwaltungssanktionen (Art. 49a ff. KG) beziehungsweise 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 *Albert und Le Compte gegen Belgien* vom 10. Februar 1983, 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, Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht [SZIER] 4/2006, S. 449, nachfolgend: Perspective; 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 *Öztürk gegen Deutschland* vom 21. Februar 1984, Ziff. 56, EGMR, Urteil *Albert und Le Compte gegen Belgien* vom 10. Februar 1983, 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 *Obermeier gegen Österreich* vom 28. Juni 1990, Ziff. 70 i. V. m. Ziff. 17 und 52, EGMR, *Dubus S.A. gegen Frankreich*, Urteil vom 11. Juni 2009, 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 *Öztürk gegen Deutschland* vom 21. Februar 1984, Ziff. 56, EGMR, Urteil *Belilos gegen Schweiz* vom 29. April 1988, Ziff. 68, EGMR, *Riepan gegen Österreich*, Urteil vom 14. November 2000, Ziff. 39, EGMR, *Malige gegen Frankreich*, Urteil vom 23. September 1998, Ziff. 45).

5.5.3.2 Vielmehr trifft das Gegenteil zu, wie das Urteil des EGMR *Mamidakis gegen Griechenland* vom 11. Januar 2007 (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 3 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 » so lange nicht als im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK « beurteilt » (« *determined* ») gilt, als sie noch nicht in Rechtskraft erwachsen ist (vgl. EGMR, Urteil *Delcourt gegen Belgien* vom 17. Januar 1970, Ziff. 25 f.; VAN DIJK/VAN HOOFF/VAN RIJN/ZWAAK, a. a. O., S. 563, 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 *Delcourt gegen Belgien* vom 17. Januar 1970, 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'acquiescement 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 verwaltungsverfahrenrechtlichen 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 rechtsgenügend 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. 49a–Art. 53 KG) mit kartellrechtlichen Strafsanktionen (Art. 54–Art. 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 offengelassen 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 entsprechende Entscheidebehörde 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 mit weiteren Hinweisen).

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 Gewich-

tung 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 2007 E. 2.1, teilweise veröffentlicht in BVGE 2007/43; YVO HANGARTNER, Richterliche Zurückhaltung in der Überprüfung von Entscheiden von Vorinstanzen, in: Schindler/Sutter [Hrsg.], Akteure der Gerichtsbarkeit, Zürich/St. Gallen 2007, S. 171 ff., nachfolgend: Richterliche Zurückhaltung; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a. a. O., Rz. 2.154 mit weiteren Hinweisen; OLIVER ZIBUNG/ELIAS HOFSTETTER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, Zürich/Basel/Genf 2009, N. 19 f. zu Art. 49 VwVG; kritisch dazu BENJAMIN SCHINDLER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich/St. Gallen 2008, 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 Verwaltungsverfahren 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 *Albert und Le Compte gegen Belgien* vom 10. Februar 1983, Ziff. 29, EGMR, *Dallos gegen Ungarn*, Urteil vom 1. März 2001, 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 *Albert und Le Compte gegen Belgien* vom 10. Februar 1983, Ziff. 29; Urteil des Bundesgerichts 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 E. 4/c; HANGARTNER, Richterliche 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, das heisst 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 *Zumtobel gegen Österreich* vom 21. September 1993, 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 quasi-gerichtlichen, das heisst qualifizierten rechtstaatlichen Anforderungen genügenden Verfahren entschieden hat (vgl. EGMR, Urteil *Bryan gegen Vereinigtes Königreich* vom 22. November 1995, Ziff. 45 ff.; HANGARTNER, Richterliche Zurückhaltung, a. a. O., S. 165 f. mit weiteren Hinweisen; 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 eingeschränkte 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 unter anderem 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 beziehungsweise 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 Interkonnectionsbedingungen) seine Prüfungsdichte als mit Art. 6 Abs. 1 EMRK vereinbar, obschon es der ComCom (als nichtrichterliche Behördenkommission, BGE 131 II 13 E. 3.2) technisches Ermessen bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe – in einem hoch technischen Bereich mit Fachfragen übermittlungstechnischer beziehungsweise 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 » im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK BGE 131 II 13 E. 6.4.1, sowie Urteil des Bundesgerichts 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 (teilweise veröffentlicht in 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, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht 110/2009, S. 442 ff.).

5.6.5.5 In diesem Zusammenhang ist hinsichtlich der Kognitionsanfordernisse von Art. 6 Abs. 1 EMRK – entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin – nicht von Belang, dass das Bundesverwaltungsgericht ähnlich wie die REKO/WEF (vgl. Beschwerdeentscheid i. S. Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG/WEKO 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 durchführen können. Dies ist so lange 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, Richterliche 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 KG in rechtsstaatlich einwandfreier, rational nachvollziehbarer Art erfolgt (vgl. 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 so weit 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. 49a 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. ...) 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* beziehungsweise 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.; Zwischenverfügung des Bundesgerichts 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/Genf/München/Bern 2004, S. 695).

5.6.6.4 Schliesslich sind auch keine Gründe erkennbar, welche das Bundesverwaltungsgericht daran hindern würden, die *Bemessung der ausgefallten Sanktion* sowie die entsprechenden Schärfungs- und Milde-

rungsgründe 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 einemungsverfahren gestützt auf Verwaltungsrecht statuiert werde. Entscheidend sei allein das Vorliegen einer « strafrechtlichen Anklage » im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK.

Im Urteil *J.B. gegen die Schweiz* vom 3. Mai 2001 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, in: 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 strafprozessualen Schweigerecht und verwaltungsrechtlicher Auskunftspflicht, recht 1/2005, 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 Selbstbezüglichungsprivileg bezeichnet wird, zählt zum Kernbereich eines fairen Verfahrens (vgl. EGMR, Urteil *Funke gegen Frankreich* vom 25. Februar 1993, 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, *J.B. gegen Schweiz*, Urteil vom 3. Mai 2001 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, *J.B. gegen Schweiz*, Urteil vom 3. Mai 2001, Ziff. 63 ff., veröffentlicht in: Verwaltungspraxis der Bundesbehörden 65.128; kritisch dazu CLÉMENCE GRISEL, L'obligation de collaborer des parties en procédure administrative, Zürich 2008, N. 414; bestätigt in EGMR, *Marttinen gegen Finnland*, Urteil vom 21. April 2009, 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 aus-

geübter Zwang gerechtfertigt sein (vgl. EGMR, *O'Halloran gegen Vereinigtes Königreich*, Urteil vom 29. Juni 2007, 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 *Murray gegen Grossbritannien* vom 8. Februar 1996, 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, *Abu Bakah Jalloh gegen Deutschland*, Urteil vom 11. Juli 2006, 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 mit weiteren Hinweisen; HOLGER DIECKMANN, in: Gerhard Wiedemann [Hrsg.], Handbuch des Kartellrechts, 2. Aufl., München 2008, § 42 N. 21 f., S. 1547 ff. je mit weiteren Hinweisen; PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, Zürich/Basel/Genf 2009, 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 KG 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 CHF 100'000.– belastet. Zudem wird nach Art. 55 KG mit Busse bis zu CHF 20'000.– bestraft, wer insbesondere vorsätzlich Verfügungen der Wettbewerbsbehörden betreffend die Auskunftspflicht (Art. 40 KG) 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 Art. 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 mit weiteren Hinweisen).

Diese Sicht orientiert sich an der Praxis des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (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 vom 25. Januar 2007 in der Rechtssache C-407/04, Dalmine/Kommission, Rz. 34 mit weiteren Hinweisen, insbes. auf EuGH, Urteil vom 18. Oktober 1989 C-374/87, in der Rechtssache 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 3/2007, S. 428 f., 433; DIECKMANN, a. a. O., § 42 N. 21, S. 1547 f. mit weiteren Hinweisen; 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 1/2008, 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: <http://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 « artifizuell » 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 Editionsspflicht 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 Untersuchungsverfahren entsprechende Untersuchungsmassnahmen zu dulden hätten (vgl. LANG, a. a. O., Rz. 21 mit weiteren Hinweisen; 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, das heisst 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 anfechtbarer, 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; BENOÎT CARRON, in: *Commentaire romand, Tercier/Bovet* [Hrsg.], *Droit de la concurrence*, Genf/Basel/München 2002, Rz. 25 zu Art. 40 KG; LAURENT MOREILLON, in: *Commentaire romand, Tercier/Bovet* [Hrsg.], *Droit de la concurrence*, Genf/Basel/München 2002, Rz. 5 zu Art. 52 KG). Gleichzeitig sind die kartellgesetzlichen Sanktionsfolgen anzudrohen (vgl. BILGER, a. a. O., S. 249; PAUL RICHLI, *Kartellverwaltungsverfahren*, in: von Büren/David [Hrsg.], *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht V/2*, Basel 2000, 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. und 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 KG in unverhältnismässiger Weise erschweren, wie die Vorinstanz zu Recht befürchtet (vgl. SEILER, a. a. O., S. 14, 17 ff.; anderer Meinung 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 (inkl. Geschäftsgeheimnisse) feststellen zu können (vgl. Beschwerdeentscheid vom 26. September 2002 [Vertrieb von Tierarzneimitteln] E. 3, veröffentlicht in: RPW 2002/4 S. 698; vgl. auch 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 beziehungsweise 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 *J.B. gegen die Schweiz* vom 3. Mai 2001 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 Heraus-

gabe 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?

(...)

7. Weitere Anträge der Beschwerdeführerin

(...)

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 WEKO 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 » (vgl. 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 KG definiert den Begriff des relevanten Markts nicht näher. Der Bundesrat formulierte jedoch in der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (SR 251.4, nachfolgend: VKU) 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 mit weiteren Hinweisen; Beschwerdeentscheid der REKO/WEF i. S. Ticketcorner AG und Ticketcorner Holding AG vom 27. September 2005 E. 5.2.1; Entscheid der REKO/WEF i. S. Cablecom GmbH gegen 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: Commentaire romand, Tercier/Bovet [Hrsg.], Droit de la concurrence, Genf/Basel/München 2002, 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- resp. Angebotssubstituierbarkeit, auch Angebotsumstellungsflexibilität genannt; vgl. BORER, a. a. O., Rz. 11 zu Art. 5 KG).

Der *räumliche* Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenstände 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. [...] sowie CARL CHRISTIAN VON WEIZSÄCKER, Ex-ante-Regulierung von Terminierungsentsgelten?, Multimedia und Recht 3/2003, S. 170 ff. [...]), nachfolgend: Terminierungsentsgelten; CARL CHRISTIAN VON WEIZSÄCKER, Kommentar, S. 17 f. [...], nachfolgend: Kommentar; vgl. [...]) 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 FDA durch den Zwang zur Interkonnektion eingeschränkt. Zweitens könne sich eine FDA auch deshalb von den anderen Anbieterinnen nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten und die « Terminierungsgebühren » einseitig diktieren, weil die Bestimmungen des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (AS 1997 2187) für alle disziplinierend wirkten (Disziplinierung durch den regulatorischen Rahmen). Drittens werde eine allfällige Marktmacht einer Mobilfunkanbieterin bei der Preisverhandlung durch die sogenannte 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 CARL CHRISTIAN VON WEIZSÄCKER, S. 29, [...]; VON WEIZSÄCKER, Terminierungsentgelten, S. 170 ff., [...]; VON WEIZSÄCKER, Kommentar, S. 17 f., [...]).

9.2.2 Die Vorinstanz verweist auf die « gefestigte Rechtsprechung zum schweizerischen Kartellrecht », nach welcher in jedem Fall eine Abgrenzung des relevanten Markts vorzunehmen sei. Die angefochtene Verfügung folge der langjährigen Praxis der WEKO 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 WEKO noch die REKO/WEF die Markt-abgrenzung offen gelassen. Die REKO/WEF habe hier vielmehr explizit bestätigt, dass die WEKO den Markt richtig abgegrenzt habe (vgl. Beschwerdeentscheid i. S. Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG/WEKO vom 30. Juni 2005, veröffentlicht in: RPW 2005/3 S. 505 ff. E. 5.2 am Ende, 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. BRUNO SCHMIDHAUSER, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 und den dazugehörigen Verordnungen, Zürich 1997, 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 AMGWERT, 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. Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften [ABL.] C 165/6 vom 11.7.2002, nachfolgend: Leitlinien):

« 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 [Rahmenrichtlinie], ABL. Nr. L 108/33 vom 24.4.2002, nachfolgend: Rahmenrichtlinie 2002/21/EG, sowie Rechtssache C-209/98, Entreprenørforeningens Affalds/Miljøsektion [FFAD], Slg. 2000, I-3743, Rn. 57 und Rechtssache C-242/95, GT-LinkA/S, 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. Berner Zeitung AG, Tamedia AG/WEKO, 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 (Beschwerdeentscheid vom 4. Mai 2006, a. a. O., E. 6.1.3 mit Verweis auf ADRIAN RAASS, Zusammenschlusskontrolle im Medienbereich – Kritik an der Kritik, sic! 6/1999, 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, veröffentlicht in: RPW 2007/2 S. 331). 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 Abstimmung 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 WEKO nichts zu ändern (vgl. Entscheid der WEKO i. S. JC Decaux/Affichage, veröffentlicht in: RPW 2001/2 S. 318 f. Rz. 58, Entscheid WEKO i. S. Schlachtbetrieb St. Gallen AG, veröffentlicht in: RPW 2003/3 S. 555 Rz. 14, Entscheid WEKO i. S. TopCard-Angebot der Bergbahnen Lenzerheide-Valbella, Klosters-Davos und Flims-Laax-Falera, veröffentlicht in: RPW 2005/1 S. 48 Rz. 24 f., Entscheid WEKO i. S. Feldschlösschen Getränke Holding/Coca Cola AG/Coca Cola Beverages AG, veröffentlicht in: RPW 2005/1 S. 118 Rz. 59). Angesichts der ausserordentlichen Umstände des vorliegenden Falles kann – unabhängig vom Vorgehen der WEKO 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. Beschwerdeentscheid i. S. Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG/WEKO vom 30. Juni 2005 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 WEKO 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 beziehungsweise 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- beziehungsweise 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 Telefonie- markt oder zumindest von einem Markt für Mobiltelefonie auszugehen.

Zudem hält die Beschwerdeführerin eine Berücksichtigung der Markt- abgrenzungspraxis 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 2002/21/EG 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, das heisst gemäss den Grundsätzen von Art. 11 Abs. 3 VKU (...).

9.3.3 Im Gegensatz dazu halten das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) und die ComCom die Marktabgrenzung der Vorinstanz für korrekt (...).

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 (...). Zum anderen unterstützt die ComCom (...) 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 FDA 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 Commission Recommendation of 11 February 2003 on relevant product and service markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communication networks and services, online unter: < http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/doc/library/proposals/sec2007_1483_final.pdf >):

« 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 (Rahmenrichtlinien 2002/21/EG, a. a. O., S. 33 ff.; 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 sogenannte Marktdefinitionsverfahren. Abs. 1 dieser Bestimmung befasst sich mit der sogenannten 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, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, ABl. L 114/45 vom 8. Mai 2003, nachfolgend: Empfehlung 2003/311/EG), die im Sinne von Art. 15 Abs. 1 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG 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 2002/21/EG aufgeführt).

Zudem veröffentlichte die Kommission am 11. Juli 2002 in Ausführung von Art. 15 Abs. 2 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG die mit den Grundsätzen des EU-Wettbewerbsrechts in Einklang stehenden Leitlinien zur Marktanalyse und zur Bewertung beträchtlicher Marktmacht (Rahmenrichtlinie 2002/21/EG, a. a. O.).

9.4.2 Ein gemäss Empfehlung zu beachtender Markt bildet die « Anrufzustellung in einzelnen Mobiltelefonnetzen » beziehungsweise – 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 beziehungsweise 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, das heisst die Zustellung von Sprache und keine sogenannte 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 Art. 7 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG 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: <http://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 BVGE 2010/19 E. 9.3.8, wonach das Recht der Europäischen Union [EU] keine unmittelbaren Auswirkungen auf das schweizerische Recht entfaltet, die Rechtsordnung der EU unter Umständen aber als Auslegungshilfe beigezogen werden kann [mit Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts 2A.503/2000 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. [...], 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 Gutachten vom 30. November 2004 von CHRISTIAN KOENIG/INGO VOGELANG/KAY E. WINKLER, Marktregulierung im Bereich der Mobilfunkterminierung, online unter:

<http://www.bundesnetzagentur.de> > Suche « Kurzugutachten Mobilfunkterminierung »).

Nachfrager von Mobilterminierungsleistungen sind die Anbieterinnen von Fernmeldediensten (Mobilfunk- und Festnetzanbieterinnen), *Anbieter* der Mobilterminierung die Mobilfunkanbieterinnen. 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 (...), 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 i. S. Telia/Telenor vom 9. Februar 2001, Rn. 87, ABl. L 40/1, wonach Transit und Terminierung untereinander nicht austauschbare Leistungen darstellen und daher eigenständigen relevanten Märkten zuzuordnen sind [zitiert in: ELSPASS, a. a. O., Fn. 633 mit weiteren Hinweisen]).

Des Weiteren kann festgehalten werden, dass für das Nachfrageverhalten der FDA 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; [...]).

b) Nach dem Gesagten steht fest, dass die Mobilterminierung im Verhältnis zwischen den Fernmeldediensteanbieterinnen 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 mit weiteren Hinweisen) 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 mit weiteren Hinweisen) – 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 FDA sind, welche die Mobilterminierungsdienstleistungen zwecks Erbringung ihrer Telekommunikationsdienstleistungen zu Gunsten ihrer Endkunden bei einer anderen Anbieterin nachfragen (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 Wettbewerbsbe-

dingungen 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 Gutachten vom 26. November 2006 i. S. Interkonnektionsverfahren Mobilterminierung, veröffentlicht in: RPW 2006/4 S. 739, nachfolgend: Gutachten IC).

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 FDA 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 FDA. 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 (...).

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 Unterneh-

mens 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 FDA 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; [...]).

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 i. S. Interkonnektionsverfahren Mobilfunkterminierung (vgl. RPW 2006/4 S. 739) hielt sie fest, dass die Terminierung eine notwendige Vorleistung für das Anbieten von Sprachtelefoniedienstleistungen durch FDA 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 erkennt, 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 entsprechenden Tele-

foniedienstleistung 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 FDA 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 (AS 1997 2187) bei der ComCom (...).

Dazu kommt, dass die ausschliesslich auf der Vorleistungsebene fliessenden Mobilterminierungspreise den Endkunden weitgehend unbekannt sind. Etwas anderes macht auch die Beschwerdeführerin nicht geltend (...). 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 (...). 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 (FDA). Dass sich die Nachfrage der FDA 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 beziehungsweise – 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 AMG-WERD 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 Beschwerdeentscheid der REKO/WEF i. S. Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG/WEKO vom 30. Juni 2005 [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 (FDA, 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 Beschwerdeentscheid der REKO/WEF FB/2004-1 i. S. Ticketcorner AG und Ticketcorner Holding AG vom 27. September 2005 E. 5.2.2, wonach in Fällen gemäss Art. 7 KG 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.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. V/2, Basel/Genf/München 2000, S. 147).

Die Nachfragesubstituierbarkeit kann geklärt werden mittels Befragung der Marktteilnehmer, einer Prüfung der Kreuzpreiselastizität oder mit dem SSNIP (Small but Significant and Non-transitory Increase in Price)-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; Beschwerdeentscheid der REKO/WEF i. S. Ticketcorner AG und Ticketcorner Holding AG vom 27. September 2005 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 FDA, 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 FDA des Telefonkunden, bleibt keine andere Möglichkeit, als das Gespräch in das gewählte Mobilfunknetz weiterzuleiten und die Mobilterminierung bei der anderen FDA nachzufragen. Eine Ausweichmöglichkeit hat der Nachfrager nicht, weil die Zustellung des Anrufs in das spezifische Netz einzig von der Mobil-

funkanbieterin 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 (subscriber identity module)-Karten der Endkunden anderer FDA 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 » beziehungsweise « 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 FDA zu profitieren. Dieser Umweg über eine Transitverbindung ändert an der Art und Unumgänglichkeit der Terminierung im Bestimmungsnetz nichts (vgl. [...] 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 FDA 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, veröffentlicht in: RPW 2006/4 S. 739 Ziff. 32 ff. 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; [...]).

b) Die *Angebotsumstellungsflexibilität* beziehungsweise 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 FDA, 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 zum Beispiel 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 Zugriffsmöglichkeit 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 Entscheid der Europäischen Kommission i. S. Telia/Telenor

vom 9. Februar 2001, ABl. L 40 Rn. 87). 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 beziehungsweise 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 Substitutionsmöglichkeiten 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 unter anderem 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. [...]; 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 (...). Auch fixe und mobile Telefonie könne nicht ohne Weiteres in separate Märkte unterteilt werden (vgl. [...]; vgl. nachfolgend E. 9.5.4.4). Je nach Situation seien diese Dienste sowohl als Komplemente als auch als Substitute einzustufen (vgl. [...]).

Zudem gebe es eine Vielzahl von Kommunikationsmitteln und -formen, die als Alternativen zum Informationsaustausch über Mobiltelefone beziehungsweise 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. 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 (...).

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 (...). 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 (...). Eine Einzelanrufbetrachtung sei sinnwidrig, da ein Kunde beim Erwerb eines Telefonabonnements erwarte, dass er damit anrufen kann und angerufen werden kann (...). 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. Verfügung Ziff. 103). Dass eine veraltete Technologie – der Pager – existiere (...), welche nur eingehende Anrufe anzeige, sei kein Beweis dafür, dass ein separater Markt abgegrenzt werden müsse (...).

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; [...]). 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, [...]) nicht nur die eigene Kostenpflicht begründet, sondern auch die Mobilterminierung im Netz der anderen Mobilfunkanbieterin ausgelöst. Im Gegensatz dazu initiiert ein Endkunde, der einzig *eingehende* Dienstleistungen entgegennimmt, das heisst sich mit dem blossen « Angerufenwerden » begnügt, selber keine Mobilterminierungen.

Die Einschränkung der Marktabgrenzung auf drei « Wholesale »-Märkte für in die betreffenden Mobilfunknetze *eingehende* Fernmeldedienste erweist sich jedoch dann als richtig, falls eine Beschränkung auf bloss *eingehende* 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 beziehungsweise die allfällige Überwälzung des Mobilterminierungspreises 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- beziehungsweise 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 *eingehende* 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 [...]).

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 (...). Die gegenseitige Kommunikation ist in keiner Weise gestört.

f) Auch aus dem Verweis auf die FDA, 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 Bst. b). Die Mobilterminierung kann aus der Sicht der Marktgegenseite definitionsgemäss immer nur einen *eingehenden* 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 eingehende Fernmeldedienste ist richtig.

9.5.4.3 Daten – Sprache

a) Die vorinstanzliche Marktabgrenzung ist zudem eingeschränkt auf den Bereich der *Sprachtelefonie*. Die Beschwerdeführerin hält diese Beschränkung für falsch und macht geltend, der relevante Markt umfasse zusätzlich zur Sprach- auch die *Datenübertragung*. Zusammenfassend argumentiert die Beschwerdeführerin wie folgt (...):

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

Selbst die eigene Einschätzung der Vorinstanz spreche eher dafür, dass der Datenverkehr zum gleichen sachlich relevanten Markt gehöre. Die WEKO 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 zum Beispiel 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 Nach-

frage 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; [...]), 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 Fotografien, 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 Telefongespräch 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 Darstellung

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 (...). 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 Anrufer 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, [...]). Somit seien fixe und mobile Telefonie auch Substitute (...). Die fixe Telefonie stelle aber auch bei nicht gleichzeitiger Verfügbarkeit von fixer und mobiler Telefonie dann ein Substitut dar, wenn der Anrufer beziehungsweise 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 (...). Im Rahmen der sogenannten 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 mobilfunknetzbasierend telefonieren. DotEcon weise nach, dass die Nutzung von Festnetz-Linien durch Mobilfunkabonnemente im Durchschnitt gesenkt werde (...).

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; [...]). 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 (...).

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 unterscheiden.

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, online unter: <http://www.bakom.admin.ch> > Dokumentation > Zahlen und Fakten > Statistik zu Telekommunikation > statistische Publikationen, Fernmeldestatistiken 1998–2006 nur noch auf Anfrage verfügbar). 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 Min. (Jahr 2005: 3,38), ein Anruf mit dem Mobiltelefon hingegen nur gerade 1,51 Min. (Jahr 2005: 1,56) gedauert habe (mit Verweis auf die Fernmeldestatistik 2005 des BAKOM, a. a. O., 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 stufe 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; [...]).

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 aufwiesen. 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 (...).

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 » (...).

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, a. a. O., S. 35).

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 (...). 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 2005 des BAKOM wird zudem korrekt der Bezug zu den Schweizer Verhältnissen hergestellt (hohe Marktdurchdringung 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 beziehungsweise als Substitute zur Mobiltelefonie im relevanten Markt zu berücksichtigen seien (...). 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 (...). Dass jedes Kommunikationsmittel besondere Eigenschaften habe, schliesse eine Substituierbarkeit nicht aus. Offensichtlich bestünden zahlreiche Substitutionsmöglichkeiten zur Mobiltelefonie.

Alternative Kommunikationsmittel seien zum Beispiel (...) VoIP-Dienste (Telefonieren über Internet in den verschiedensten Varianten, z. B. Skype, Vonage, Econostream), Dual Mode Telefone (Telefonieren über WLAN 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 beziehungsweise 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 zum Beispiel Skype, würden in aller Regel von einem breitbandfähigen Festnetzanschluss aus getätigt. Sie kämen als Substitute zur Mobiltelefonie deshalb nicht in Frage. Sollten VoIP-Dienste ausnahmsweise über einen WLAN Hotspot angeboten werden, könne dies ebenfalls nicht als Substitut zum Mobilfunknetz angesehen werden, da die Abdeckung mit WLAN (Public Wireless LAN [Local Area Network]) nur punktuell und die Verbindungsqualität gering sei (vgl. Verfügung Ziff. 95, [...], sowie das Gutachten IC vom 20. November 2006, a. a. O., S. 739 Ziff. 38 f.).

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 festnetzbasierend 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 WLAN, 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: <http://www.swiss-hotspots.ch> > News; inzwischen bietet Public Wireless LAN mobile Dienstleistungen an über 1200 Hotspots in der Schweiz an, vgl. online unter: <http://www.swisscom.ch> > Internet > Internet am Hotspot). Gegen eine Substituierbarkeit spricht auch, dass die Bedeutung der Internettelefonie zumindest im vorliegend relevanten Zeitraum aufgrund der aufwendigen 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 beziehungsweise 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 sogenannten 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: <http://www.bakom.admin.ch> > Themen > Technologie > Telekommunikation > UMTS sowie zur Videotelefonie über UMTS online unter: <http://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 FDA verfügen über keine Möglichkeiten, die Mobilterminierungsleistungen der Mobilfunkanbieterinnen zu um-

gehen. 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, [...]).

9.6 Örtliche Marktabgrenzung

9.6.1 Der *räumlich* relevante Markt umfasst sodann dasjenige Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden 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: *Commentaire romand*, Tercier/Bovet [Hrsg.], *Droit de la concurrence*, Genf/Basel/München 2002, 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, a. a. O., S. 739 Ziff. 43 f.). Die Mobilfunkanbieterinnen böten die Terminierung in der ganzen Schweiz an, während die FDA 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. AMGWERT, 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. Handbücher für die Anwaltspraxis, Bd. IX, Basel/Genf/München 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 beziehungsweise 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- beziehungsweise 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, in 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 Entscheid der REKO/WEF i. S. X. AG vom 12. November 1998, veröffentlicht in: RPW 1998/4 S. 674 E. 4.1; LUCAS DAVID/RETO JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 4. Aufl., Bern 2005, Rz. 537). Zu den massgeblichen Kriterien zählen die Marktstrukturdaten, das heisst 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, das heisst 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 marktbeherr-

schende Unternehmen keine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs verlangt; dessen Beschränkung ist ausreichend (Art. 7 Abs. 1 KG; vgl. Beschwerdeentscheid der REKO/WEF vom 1. Mai 2006, veröffentlicht in: RPW 2006/2 S. 319 [vom Bundesgericht bestätigt in BGE 133 II 104 E. 6.3. S. 108] sowie Beschwerdeentscheid vom 4. Mai 2006 i. S. Berner Zeitung AG, Tamedia AG/WEKO, 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: Kunz/Herren/Cottier/Matteotti [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 mit weiteren Hinweisen).

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. AMGWERT, 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 disziplinie-

rend 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 sogenannter 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 (...) 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 FDA festzulegen.

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

Auch könne eine FDA die « Terminierungsgebühren » nicht einseitig diktieren, weil die Bestimmungen des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG, SR 784.10) für alle disziplinierend wirkten (Disziplinierung durch den regulatorischen Rahmen).

Eine allfällige Marktmacht einer Mobilfunkanbieterin bei der Preisverhandlung werde zudem durch die sogenannte 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 Marköffnung nie in der Lage gewesen sei, ihre eigenen « Terminie-

rungsgebühren » 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 (...). 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, das heisst 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 mit weiteren Hinweisen). 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. E. 5.6.4.2 mit weiteren Hinweisen).

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 FDA 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 FDA 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 Marktgegensseite, E. 9.5.3).

Wie die Vorinstanz richtig festhält, verfügt die Beschwerdeführerin auf dem für sie relevanten Markt über einen Marktanteil von 100 %, das heisst 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, das heisst innerhalb von 2 bis 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, a. a. O., S. 739 Ziff. 70]).

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 handelt 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 aktuellem und potenziellem Wettbewerb darauf, dass das betreffende Unternehmen nach Art. 4 Abs. 2 KG marktbeherrschend sei (vgl. etwa Gutachten der WEKO vom 23. Juni 2008 gemäss Art. 47 KG betreffend Mietleitungen, veröffentlicht in: RPW 2008/4 S. 751 ff. und Gutachten der WEKO vom 7. Juli 2008 betreffend Kabelkanalisationen, veröffentlicht in: RPW 2008/4 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 mit weiteren Hinweisen; PETER R. FISCHER/OLIVER SIDLER, Fernmelderecht, in: Rolf H. Weber [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. V, Informations- und Kommunikationsrecht, Teil 1, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2003, Rz. 135 und 143, S. 169 ff.; Urteil des Bundesgerichts 2A_142/2003 vom 5. September 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: Gerhard Wiedemann [Hrsg.], Handbuch des Kartellrechts, 2. Aufl., München 2008, § 22 Rz. 18, S. 906 und GERHARD WIEDEMANN, in: Gerhard Wiedemann [Hrsg.], Handbuch des Kartellrechts, 2. Aufl., München 2008, § 23 Rz. 16 f., S. 983 [wonach eine Monopolstellung in jedem Fall eine beherrschende Stellung im Sinne von Art. 82 EGV begründe. Gemäss § 19 Abs. 2 erster Satz Nr. 1 des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen [GWB] vom 15. Juli 2005 [Bundesgesetzblatt I S. 2114] 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:

Vergleich Festnetz – Mobilfunk

Ein Vergleich der Anzahl Anschlüsse und Verbindungen sowie der durchschnittlichen Dauer von Gesprächen im Fest- beziehungsweise 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 Mobilfunkbereich weniger (3'579 gegenüber 5'766) und deutlich kürzere (1,51 gegenüber 3,39 Min.) Gespräche als im Festnetzbereich gegeben.

Entwicklung der Anzahl Mobilfunkanschlüsse von 1998–2004

Die Entwicklung (bildlich dargestellt in der Ziff. 150/Abb. 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 circa 60 % (Beschwerdeführerin) beziehungsweise je rund 20 % (Sunrise und Orange; bildlich dargestellt in der Ziff. 152/Abb. B-4 der angefochtenen Verfügung).

Alle drei Anbieterinnen hätten folglich in ähnlichem Umfang vom Marktwachstum profitieren können. Entgegen ihrer früheren Annahme (vgl. Verfügung der WEKO vom 3. Dezember 2001, veröffentlicht in:

RPW 2002/1 S. 97) sei der damals mutmasslich unmittelbar bevorstehende Markteintritt einer weiteren international tätigen FDA (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 WEKO habe sowohl die Abonnementsgebühren als auch die Minutenpreise sämtlicher Angebote der drei Mobilfunkanbieterinnen analysiert (ohne Subventionen der Endgeräte) und daraus für jede Mobilfunkanbieterin die sogenannte optimale Angebotskurve abgeleitet. Diese zeige die aus Endkundensicht preislich optimalen Angebote in Abhängigkeit der pro Monat telefonierten Minuten beziehungsweise die jeweils optimale Mobilfunkanbieterin (bildlich dargestellt in den Ziff. 154 und 157 [Abb. B-5 und B-6] der angefochtenen Verfügung).

Aus dem Preispfad gehe hervor, dass selbst ein Mobilfunkkunde, welcher 1'000 Min. pro Monat telefoniere, immer noch durchschnittlich circa 30 Rp. 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, das heisst von sogenannten preisinduzierten Netzwerkeffekten. Bei einer grossen Preisdifferenz zwischen netzübergreifenden Anrufen (off-net) und solchen innerhalb desselben 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 circa 60 % seiner Anrufe innerhalb des Netzes der Beschwerdeführerin und nur circa 20 % der Anrufe würden bei Orange und circa 20 % bei Sunrise terminiert. Ein Kunde von Orange oder Sunrise müsse hingegen circa 80 % seiner Anrufe in fremde Netze tätigen, so dass er nur bei circa 20 % der Anrufe von den tieferen on-net-Tarifen profitieren könne. Betreibe ein Unternehmen 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 circa 21 Jahre (Natel A, 1978) beziehungsweise 6 Jahre (Natel D, 1993) nach der Beschwerdeführerin lanciert hätten (vgl. Verfügung Ziff. 163; [...]), als Letztere bereits über circa 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 beziehungsweise 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 circa 60 % eine starke Stellung im Endkundenmarkt für Mobilfunkdienste einnehme. Der Endkundenmarktanteil beeinflusse jedoch nicht die Marktstellung im relevanten Markt (...). 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 (...).

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 Marktstellung auf dem « Wholesale »-Markt für die Terminierung in ein Mobilfunknetz nicht ausschlaggebend (...).

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 (...). 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 (...).

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 erkennt 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 beziehungsweise 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 A-109/2008 vom 12. Februar 2009 (betr. Zugang zum schnellen Bitstrom) aufgenommen (teilweise veröffentlicht in BVGE 2009/35 E. 10.4.3) und das entsprechende Gutachten der WEKO vom 3. September 2007 (vgl. RPW 2008/1 S. 222 Rz. 62) bestätigt.

Auch erwies es sich im Gutachten der Vorinstanz vom 3. Juni 2008 gemäss Art. 47 KG betreffend Netzzugangsverfahren und Verrechnung von Teilnehmeranschlüssen 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. Rz. 38).

Die WEKO 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., 436). Der dagegen ergangene Beschwerdeentscheid der REKO/WEF vom 30. Juni 2005 (i. S. Swisscom AG, Swisscom Fixnet/WEKO, 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 (...).

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, das heisst inwiefern dies auf sogenannte preisinduzierte Netzwerkeffekte zurückzuführen ist, spielt für die Frage, ob vom nachgelagerten Markt disziplinierende Kräfte ausgingen, letztlich keine Rolle. Unabhängig 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 (...). 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 (...) 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 (...). Die Darstellung der Vorinstanz hat nicht die Verhaltensspielräume der Beschwerdeführerin auf dem nachgelagerten Markt für Mobilfunkdienstleistungen zum Gegenstand, das heisst, 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 « Terminierungsgebühren » 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 beziehungsweise Sunrise circa 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 könnte.

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 gegenüber 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-beziehungsweise 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 FDA durch die Beschwerdeführerin festgehalten werden, sei auch die Frage zu prüfen, ob Orange und Sunrise ihrerseits die Endkunden der anderen FDA (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 Marktherrschaft 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 sogenannten « 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 beziehungsweise als Mitbewerber konfrontiert 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 (...). Dies unter anderem 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 unsubstanziierter 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 Be-

schwerdeführerin 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 beziehungsweise der damaligen Swisscom Mobile im vorliegend 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 (...).

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 würde.

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 (...).

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 offenlassen 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 gegenüber sieht 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, 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 unterschiedliche 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 gesetzeswidrig 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. TSCHAN-NEN/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 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 gerechtfertigt 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. mit weiteren Hinweisen, 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 beziehungsweise 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 vorgebrachten 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.], Praxiskommentar VwVG, Zürich/Basel/Genf 2009, N. 37 f. zu Art. 62 VwVG). Andererseits hat die Prüfung im Rechtsmittelverfahren primär die in den Parteieingaben vorgebrachten 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 Rechts-

schriften vorgetragenen Vorbringen in jede zusätzlich denkbare Richtung geprüft werden (vgl. FRANK SEETHALER/FABIA BOCHSLER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, Zürich/Basel/Genf 2009, 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. [...] 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 (AS 1997 2187) und Art. 7 KG hervorgehe, dass die Interkonnektionsregulierung in aArt. 11 FMG (AS 1997 2187) 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 ([...]; 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 Zu-

sammenschaltung 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 FDA 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 (AS 1997 2187), 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, das heisst, 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 KG ROGER ZÄCH, Wettbewerbsfreiheit oder Konsumentenwohlfahrt als Zweck des Kartellgesetzes?, Schranken des Rechts, in: Roger Zäch [Hrsg.], Schweizerisches Kartellrecht – an Wendepunkten?, Zürich/St. Gallen 2009, S. 1 ff., nachfolgend: Wettbewerbsfreiheit).

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, das heisst zu verhindern,

dass es sich einem wirksamen Wettbewerbsdruck entziehen kann (so ausdrücklich ZÄCH, Kartellrecht, a. a. O., Rz. 532, 572, und AMGWERT, 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 beziehungsweise Marktmacht ebenfalls an den Wettbewerbsbegriff anknüpft, indem von « *wettbewerbsarmem* » bzw. « *wettbewerbslosem* » 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 Interkonktionsbedingungen gemäss aArt. 11 Abs. 1 FMG [AS 1997 2187]), 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 beziehungsweise 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 Tat-

bestandsvoraussetzung zu prüfen. Dabei wird sich unter anderem die zentrale Rechtsfrage stellen, ob sich die beanstandete angeblich kartellgesetzverletzende Erzwingung eines unangemessenen Terminierungspreises von 33,5 Rp. pro terminierter Minute von einer Marktgegenseite, die eine amtliche Preisfestsetzung verlangen könnte beziehungsweise 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. [...], insbes. VON WEIZSÄCKER, Gutachten, S. 9 ff., 24 ff. [...]), sie sei nicht marktbeherrschend gewesen, weil sie beziehungsweise 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, das heisst 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 FDA könne vernünftigerweise davon ausgehen, dass die Anzahl Minuten, welche ihre Endkunden im Netz einer anderen FDA terminieren, 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 FDA hingegen – wie im Verhältnis von Swisscom Mobile zu Sunrise und Orange – *unterschiedlich hoch*, führe das Terminierungsgeschäft zu Gewinnen und Verlusten. Grundsätzlich erziele diejenige FDA mit den höheren « Terminierungsgebühren » (d. h. Sunrise und Orange) einen Gewinn. Die FDA mit der tieferen « Terminierungsgebühr » (d. h. Swisscom Mobile) leiste dagegen *Nettozahlungen* an die anderen FDA.

Die Höhe des Gewinns beziehungsweise 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 beziehungsweise Sunrise Transferzahlungen von Swisscom Mobile an Orange und Sunrise in Millionenhöhe. Daher sei die « M2M »-Terminierung für Swisscom Mobile ein Verlustgeschäft (...).

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 (...).

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 Festnetz-anbieterinnen 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 beziehungsweise 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 beziehungsweise 32,065 Rp./Min. zu Gunsten von Swisscom Mobile, eine Differenz von 35,446 beziehungsweise 35,515 Rp./Min. zu Gunsten von Orange und eine solche von 35,346 beziehungsweise 35,415 Rp./Min. zu Gunsten von Sunrise ergeben (...).

Aufgrund dieser regulierungsbedingt grossen Differenz zu den « Terminierungsgebühren » der Mobilfunkanbieterinnen im Untersuchungszeitraum (Swisscom Mobile 33,5 Rp./Min., Sunrise 36,85 Rp./Min., 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 (...).

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 (Fest- 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 sogenannten « 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 (...). 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 Rp. 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 (...).

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 (...).

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 (...). 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:

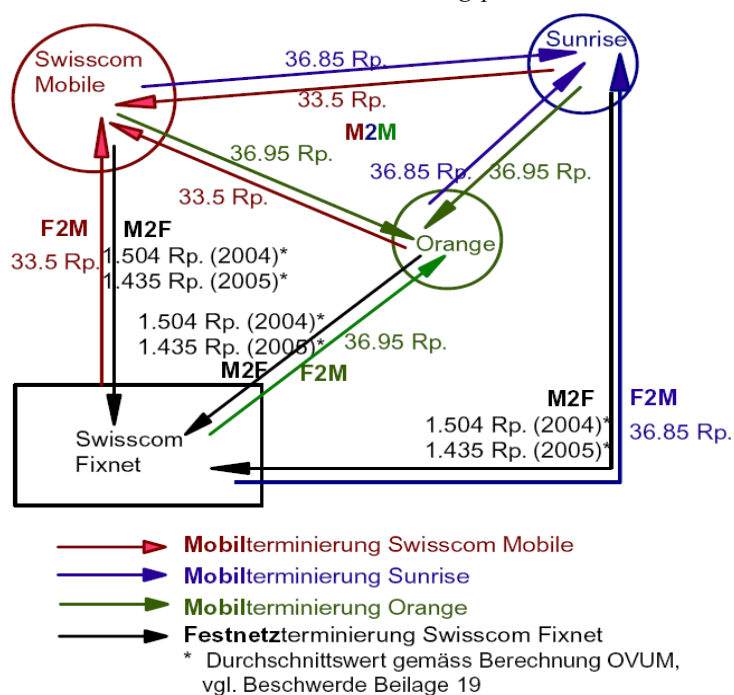
Orange verlangte von der Beschwerdeführerin sowie von Sunrise und Swisscom Fixnet je einen Mobilterminierungspreis von 36,95 Rp./Min. Der Mobilterminierungspreis von *Sunrise* gegenüber den erwähnten An-

bieterinnen betrug 36,85 Rp./Min., während die *Beschwerdeführerin* Orange, Sunrise und Swisscom Fixnet 33,5 Rp./Min. 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 (...).

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; [...]).

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 « Nettzahlungsmodell » entgegen der korrekten Marktabgrenzung – welche einzig die auf das Mobilfunknetz der Beschwerdeführerin eingehenden, von einem Mobilfunknetz oder einem Festnetz herkommenden Gespräche umfasst – nach ihrem freien Dafürhalten aus beziehungsweise ein:

Zusätzlich zu den auf das Mobilfunknetz der Beschwerdeführerin eingehenden *Mobilanrufen* (« M2M ») berücksichtigt das Berechnungsmodell jene *Mobilgespräche*, welche von ihrem Mobilfunknetz auf ein anderes Mobilfunknetz geführt werden, und bezieht so den *bilateralen Mobilterminierungsverkehr* zwischen der Beschwerdeführerin und Orange beziehungsweise 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 Rp. 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 « Festnetz-anbieter-Mobilfunkanbieter » aufgrund des « asymmetrischen » Eingriffs des Regulators im Festnetzbereich nicht der Fall sei, steht in keinem Zusammenhang zu der hier zur Debatte stehenden Gewinn- beziehungsweise 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 zurechtgelegten 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 vorliegenden 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- beziehungsweise Festnetzanbieterin geschuldeten (Mobil- bzw. Festnetz-)Terminierungspreis (sowie Originierungs- und evtl. Transitzkosten 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 (...). 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- beziehungsweise Verlustrechnung. Durch die Gegenüberstellung nicht aller, sondern nur bestimmter willkürlich ausgewählter Einnahmen- und Ausgabenfaktoren (nur die von Swisscom Mobile von den anderen *Mobilfunk*anbieterinnen 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 (inkl. 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, das heisst 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 Nettozahlungsmodell 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 » beziehungsweise 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 (...).

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, das heisst *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 » beziehungsweise « vernachlässigbar »; die Terminierungspreise würden sich im M2M-Bereich « gegenseitig praktisch vollständig » aufheben (...).

f) Worin die Beschwerdeführerin unter diesen Umständen eine Situation erblickt, welche ein marktbeherrschendes Unternehmen umgehend durch Ausübung von Marktmacht korrigiert hätte, ist nicht ersichtlich. Eine Einschränkung ihres Verhaltensspielraums auf dem relevanten Markt vermag die Beschwerdeführerin mit dem « Nettopzahlungsmodell » 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. E. 10.2.3) noch der fernmelderechtlichen Praxis der EU (...) 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. 49a 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 E. 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 E. 4.5 im Zusammenhang mit Art. 7 Abs. 1 erster Satz EMRK eingegangen wurde, werden *zwei strukturell verschiedenartige* Verhaltensweisen als missbräuchlich bezeichnet, nämlich *Behinderungssachverhalte* und *Ausbeutungssachverhalte*, 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 dadurch aus,

dass ein Anbieter sein Zugangskontrollmonopol dazu missbraucht, die Entfaltung des *nachgelagerten* Dienstleistungsmarkts zu behindern (vgl. Mitteilung der Kommission vom 22. August 1998 über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Zugangsvereinbarungen im Telekommunikationsbereich – Rahmen, relevante Märkte und Grundsätze, [ABl. 1998 C 265/2, Rz. 52, nachfolgend: Zugangs-Mitteilung]). Denkbar ist auch, dass eine Interkonkurrenzvereinbarung 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. AMGWERT, 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 Binnenmarktrecht, 2. Aufl., Basel 2007, S. 692 Rz. 211 ff.). 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. AMGWERT, 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 aufzuzwingen, 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 Ausweichmöglichkeiten besitzt). Insofern ist der in Art. 7 Abs. 1 KG verwendete, unscharfe Ter-

minus « benachteiligen » als « ausbeuten » zu verstehen (vgl. ZÄCH, Kartellrecht, a. a. O., Rz. 619).

Diese Form *kartellrechtlicher* Preissmissbrauchsaufsicht 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 E. 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 E. 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 FDA (d. h. vorab von Sunrise und Orange) den unangemessenen Terminierungspreis von 33,5 Rp./Min. zu erzwingen. Deshalb sei der verhängte Sanktionsbetrag gemäss Art. 49a 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 beziehungsweise herrschen kann, als die auf Terminierung angewiesenen FDA 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 FDA den angeblich « unangemessenen » Terminierungspreis von 33,5 Rp./Min. « erzwingen » konnte.

Ihr Eingriff ist deshalb *nicht* darauf gerichtet, gegen allfällige Wettbewerbsbehinderungen, das heisst 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 wettbewerbschädlich 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 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 zum Beispiel « 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 (...) 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 Infrastrukturebene (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 (PUE) nach dem Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985 (PüG, SR 942.20) – die Folgen von fehlendem Preiswettbewerb korrigieren (vgl. DUCREY, a. a. O., Rz. 217 mit weiteren Hinweisen). 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 (vgl. 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, das heisst 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 Fernmelde-recht.

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 (AS 1997 2187, neu: Art. 11 f. FMG), welche öffentlichrechtlicher Natur ist, die direkt zwischen den FDA 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 Interkonnectionsentscheiden der ComCom (aArt. 11 Abs. 4 zweiter Satz FMG, AS 1997 2187 [heute: Art. 11b FMG]; BGE 125 II 613 E. 1d; vgl. zu den fernmelderechtlichen Erfordernissen an die Interkonnectionsvereinbarungen Art. 49 aFDV vom 2001, AS 2001 2759 [neu: Art. 64 der Verordnung vom 9. März 2007 über Fernmeldedienste {FDV, SR 784.101.1}]; vgl. dazu AMGWERT, a. a. O., Rz. 339 ff., sowie Rz. 171 zum privat- bzw. öffentlichrechtlichen Doppelcharakter des Netzzugangsregimes und der Doppelnorm von aArt. 11 FMG [AS 1997 2187, neu: Art. 11 und Art. 11a FMG]). Daher ist angesichts des Verhandlungsprimates nach aArt. 11 Abs. 3 FMG (AS 1997 2187) 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 KG – 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 des Bundesgerichts 2A.503/2000 und 2A.505/2000 vom 3. Oktober 2001 E. 4c mit weiteren Hinweisen).

Deshalb muss hier im Einklang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung auf die kontextual bedeutsamsten Wertparitätskontrollen Bezug genommen werden, weil diese – genauso wie das KG als Privatrechtskodifikation – auf die privatrechtlichen Verhältnisse der FDA 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 Wertebene. 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 demselben Ziel diene, nämlich der Verwirklichung der an denselben grundsätzlichen Werten orientierten, als Einheit zu betrachtenden Rechtsordnung (vgl. Urteil vom 3. Oktober 2006 i. S. TDC Switzerland gegen Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG betreffend Forderung aus Wettbewerbsbeschränkung E. 4c, veröffentlicht in: RPW 2006/4 S. 730 ff.). Dieses Urteil hat die I. zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichts im einlässlich begründeten Urteil 4C.404/2006 vom 16. Februar 2007 bestätigt.

Entgegen der Auffassung der Vorinstanz erachtet auch das Bundesverwaltungsgericht die im besagten Urteil 4C.404/2006 vom 16. Februar 2007 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 WEKO – existieren, die sich zuständig erklären können, um ex officio, das heisst 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 zum KG 1994, BBl 1995 I 468, 526 f.; CHRISTIAN BOVET, in: Commentaire romand, Tercier/Bovet [Hrsg.], Droit de la concurrence, Genf/Basel/München 2002, Introduction à la LSPr, Rz. 5 ff.; CLERC, a. a. O., Rz. 198 zu Art. 7 KG; ROLF H. WEBER, Preisüberwachungsgesetz [PüG], Stämpfli Handkommentar, 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], nachfolgend: Handkommentar).

Somit ist nachfolgend entsprechend der höchstrichterlichen Rechtsprechung, soweit dies hier für das Verständnis erforderlich ist, auf die wichtigsten, potenziell anwendbaren Instrumente beziehungsweise 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 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) (vgl. E. 11.3.2); (3.) *Preisüberwachungsgesetz*: Art. 12 f. PüG (vgl. E. 11.3.3) und (4.) *Fernmeldegesetz*: aArt. 11 FMG (AS 1997 2187) (vgl. E. 11.3.4).

11.3.1 Vom KG, das heisst 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. 49a 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 vorzuschicken, 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: Commentaire romand, Tercier/Bovet [Hrsg.], Droit de la concurrence, Remarques liminaires aux art. 6–11 LSP, Rz. 14, Genf/Basel/München 2002; EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988, S. 228; PIERRE ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, 2. Aufl., Bern 1997, S. 298; NICOLAS HERZOG, in: Heinrich Honsell [Hrsg.], Kurzkommentar Obligationenrecht, Basel 2008, N. 1 zu Art. 21 OR; BRUNO SCHMIDLIN, in: Commentaire romand, Thévenoz/Werro [Hrsg.], 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: Basler Kommentar, Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], 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; anderer Meinung BONVIN, a. a. O., 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. 2e/aa; BUCHER, a. a. O., S. 229; anderer Meinung PETER GAUCH, Der Fussballclub und sein Mietvertrag: Ein markanter Entscheid zur Übervorteilung, 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; ZACH, 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 Wachstums-spirale – 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: Edward 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: <http://www.math.uni-hamburg.de/home/ortlieb/> > Ökonomische und ökonomiekritische Texte; WILHELM RÖPKE, Jenseits von Angebot und Nachfrage. Ein Klassiker der Sozialen Marktwirtschaft, Düsseldorf 2009, S. 334 ff.; KURT W. ROTHSCILD, Macht: Die Lücke in der Preistheorie, in: Held/Kubon-Gilke/Sturm [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 Übervorteilungsstatbestand (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 Marktherrschaft konstituierende Merkmal des « in wesentlichem Umfang 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 », in: Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2007/2008, 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: < http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Diskussionsbeitraege/07_0920_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: <http://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 EGV 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. AMGWERT, 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 beziehungsweise 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., nachfolgend: Wettbewerb; ZÄCH, Kartellrecht, a. a. O., Rz. 627 ff.).

Diese Grundlagen befolgt auch die WEKO 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 Leistungs-

wettbewerb, sondern einer monopolnahen Dominanz auf dem relevanten Markt sei (veröffentlicht in: RPW 2005/1 S. 54 ff., insbes. S. 104 Rz. 300). Nach Auffassung der Vorinstanz habe das KG dort einzugreifen, wo die Preise nicht Resultat des Zusammenspiels von Angebot und Nachfrage seien, das heisst in Fällen, wo die Renditennormalisierungsfunktion, welche die Preisbildung im wirksamen Wettbewerb determiniert, ausgeschaltet sei (RPW 2005/1 S. 104 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 KG nicht bezwecke, für « gerechte » Preise zu sorgen (RPW 2005/1 S. 104 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 (RPW 2005/1 S. 104 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: Basler Kommentar, Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Obligationenrecht I, 4. Aufl., Basel 2007, 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 Marktherrschaftssachverhalten 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 mitzubersichtigenden öffentlichrechtlichen *Interkonnektionsregelung* von aArt. 11 FMG (AS 1997 2187) wird mit der fernmelderechtlichen Kontrahierungspflicht der

Beschwerdeführerin die Abschluss- und Partnerwahlfreiheit (als Teilaspekte der Vertragsfreiheit) eingeschränkt (aArt. 11 Abs. 1 FMG [AS 1997 2187]). 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 [AS 1997 2187]; 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 E. 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 Voraussetzungen 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 *Leichtsinn*s 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 mit weiteren Hinweisen).

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, das heisst 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* Interventionschwellen 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 entgegenstehen.

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 subjektbezogenen 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- beziehungsweise Monopolrenten realisiert werden (vgl. BGE 130 II 449 E. 6.4; RUDOLF LANZ, Die wettbewerbspolitische Preisüberwachung, in: Cottier/Oesch [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. XI: Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 2. Aufl., Basel 2007, 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 Unternehmerleistungen (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 mit weiteren Hinweisen).

Fehlen Vergleichsmärkte, das heisst 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, das heisst 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 PUE greift. Dies könnte – im vorliegenden Kontext – nur bei einem *hängigen* Interkonnectionsverfahren der Fall sein, was die Zuständigkeit des Preisüberwachers ausschliessen und ihm lediglich ein Empfehlungsrecht einräumen würde (Art. 15 Abs. 2^{bis} f. PüG). Diese differenzierte Sicht steht mit der Praxis des Bundesgerichts im Einklang, wonach Interkonnectionssachverhalte unter Beachtung des Kartell-, Wettbewerbs- und Preisüberwachungsrechts in den gesamten Kontext der Wirtschaftsordnung gestellt werden müssen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.503/2000 vom 3. Oktober 2001 E. 6c, wonach die Interkonnectionspflicht 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; anderer Meinung wenn auch ohne Bezugnahme auf das bundesgerichtliche Urteil 2A.503/2000, MARCEL DIETRICH/ALEXANDER BÜRG, Abgrenzung der Zuständigkeiten von Wettbewerbskommission und Preisüberwacher, sic! 3/2005, 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., 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 WEKO gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG (i. V. m. Art. 7 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. c KG) ermächtigt, Preisausbeutungen mit Verwaltungssanktionen zu belegen. Diese einschneidende Sank-

tionsbefugnis 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 (AS 1997 2187) (vgl. E. 3.2) verfügt die ComCom auf Antrag des BAKOM (vgl. auch Art. 47 aFDV von 2001 [AS 2001 2759]) 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 FDA Parteien eines Interkonnektionsvertrags sind. Auf Gesuch einer dieser Parteien – oder von Amtes wegen (Art. 44 aFDV von 2001 [AS 2001 2759]) – kann die ComCom einstweiligen Rechtsschutz gewähren, um die Interkonnektion während des Verfahrens sicherzustellen (aArt. 11 Abs. 3 zweiter Satz FMG [AS 1997 2187]; Art. 44 aFDV von 2001 [AS 2001 2759]). Die Art. 38 ff. aFDV von 2001 (AS 2001 2759) regeln das Verfahren zum Abschluss von Interkonnektionsvereinbarungen, Art. 43 ff. aFDV von 2001 (AS 2001 2759) 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 (AS 1997 2187) sind die *Interkonnektionspreise* einer marktbeherrschenden FDA *kostenorientiert* auszugestalten. Die Grundsätze einer solchen kostenorientierten Preisgestaltung werden in Art. 45 aFDV von 2001 (AS 2001 2759) 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 (AS 1997 2187) 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 von 2001 [AS 2001 2759]). 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 (AS 2002 2197) 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 FDA hin tätig werden, wenn diese mit der marktbeherrschenden – und daher nach aArt. 11 Abs. 1 FMG (AS 1997 2187) 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 [teilweise veröffentlicht in BVGE 2010/19] 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 vom 10. Juni 1996 zum revidierten Fernmeldegesetz [FMG], BBl 1996 III 1419, nachfolgend: Botschaft zum FMG 1996). 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 zum FMG 1996, BBl 1996 III 1419). Diese in aArt. 11 Abs. 3 FMG (AS 1997 2187) festgelegte « *Subsidiarität* der Behördenintervention » wird auch als *Verhandlungsprimat* bezeichnet (vgl. AMGWERT, a. a. O., Rz. 349–352), das sich auf die Phase der vertraglichen Interkonnektionsverhandlungen bezieht, die von der Vertragsfrei-

heit (als Inhaltsfreiheit) beherrscht werden. Dies ist abzugrenzen von der nach aArt. 11 Abs. 1 FMG (AS 1997 2187) 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 KG 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 Interkonnectionsverhandlungen 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 (vgl. Verfügung Ziff. 60, 166), wurde auch in der jüngsten Revision des FMG 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 vom 12. November 2003 zur Änderung des Fernmeldegesetzes [FMG], BBl 2003 I 8002, nachfolgend: Botschaft zum FMG 2003).

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 (Botschaft zum FMG 2003, BBl 2003 I 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 Interkonnectionsbedingungen 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 Rechts tradition 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 E. 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, das heisst 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 E. 11.3.1 erwähnt wurde, drei Tatbestandselemente *kumulativ* gegeben sein, damit eine Sanktionierung nach Art. 49a 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. 49a 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 beziehungsweise einer wucherischen Äquivalenzstörung nicht sinnvoll stellen. Denn wie in der

E. 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 « Vertragsausenstehende », 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 mit weiteren Hinweisen 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 (AS 1997 2187) 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 *WEKO* 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 EGV, 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 un-

terhalten, desto geringer seien seine Möglichkeiten, sich dessen Diktat zu widersetzen (vgl. Verfügung Ziff. 266).

Bezogen auf den vorliegenden Sachverhalt seien die FDA 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 FDA, 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 FDA hinsichtlich der Terminierungsgebühren sei damit als schwach anzusehen (vgl. Verfügung Ziff. 267).

Dasselbe gelte für die Endkunden, welche die hohen Terminierungspreise als Teil des Retail-Preises zahlten, der ihnen von ihrer jeweiligen FDA in Rechnung gestellt werde. Da jede im Netz von Swisscom Mobile terminierte Minute letztlich der Nachfrage eines Endkunden entspringe, sei auch deren Verhandlungsposition als schwach anzusehen, wie diejenige der den Anruf vermittelnden FDA. Swisscom Mobile sei deshalb auch in der Lage, die hohe Terminierungsgebühr sowohl gegenüber den FDA als auch gegenüber den Endkunden zu erzwingen (vgl. Verfügung Ziff. 268).

Indem die FDA 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 (vgl. Verfügung Ziff. 269).

12.2.2 Die *Beschwerdeführerin* stellt die ihr unterstellte «Erzwingung» im Wesentlichen mit folgenden Argumenten in Abrede (...):

Vorab stünden die Endkunden der anderen FDA 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 FDA, die individuell ihre eigenen Preise festlegten und so untereinander differenzieren könnten.

Wie alle anderen FDA sei auch sie nicht in der Lage gewesen, ihre Terminierungsgebühren unabhängig von den Terminierungspreisen der

anderen FDA festzusetzen und damit bestimmte Preise zu erzwingen. Einerseits sei sie angesichts des faktischen und rechtlichen Zwangs zur Interkonnektion nicht in der Lage (gewesen), andere FDA zu boykottieren. Auch nehme sie – wie auch die anderen FDA – eine Doppelstellung als Anbieterin *und* Nachfragerin von Terminierungsleistungen ein. In dieser Situation hätten die anderen FDA 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 (AS 1997 2187) jede FDA bei der ComCom auf Terminierung zu markt- und branchenüblichen Bedingungen klagen und die Festsetzung von Terminierungspreisen beantragen. Keine FDA könne ihre Terminierungspreise einseitig diktieren, weil die anderen FDA über realistische und berechenbare Alternativen zu Vertragsverhandlungen verfügten. Die Interkonnektionsklage sei ein äusserst griffiges Instrument zur Disziplinierung der FDA. 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 Verhandlungsergebnis 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 FDA 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 (...), 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 am Ende).

Aber selbst wenn – abweichend von den in den E. 2.2.3 und E. 11.2.1 angestellten Überlegungen – nicht die FDA, sondern die Endkunden als die preislich ausgebeuteten Personen zu betrachten wären, fiel 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. *Marktgegenseite* kann – wie bereits der Begriff besagt – nur die auf dem *relevanten Markt* dem *markt*-beherrschenden Unternehmen als Nachfragerin (und damit als Vertragspartnerin) gegenüber tretende Seite sein, die deswegen auch « Marktgegenseite » 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, das heisst insbesondere einen ausbeuterischen Preis, *diktieren* beziehungsweise « *aufzwingen* » kann.

Wie bereits in der E. 11.3.4.1 erwähnt, stehen sich in den bilateralen Vertragsverhandlungen zu Terminierungspreisen und -tarifen einzig die FDA 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 angewiesenen FDA – 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 FDA 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 (vgl. Verfügung Ziff. 165, 197, 347, 379 und 381). Begriffliche Präzision ist hier umso 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 WEKO zur Frage der Erzwingung auf normale, unregulierte und von der Vertragsfreiheit beherrschte Märkte *ohne* regulatorischen Pflichten und Klagemöglichkeiten für die Marktgegensseite

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 WEKO 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 – beziehungsweise regulierten – Märkten beinhaltet – wie bereits erwähnt (E. 11.3.1.3) – die marktbeherrschende Stellung dem Wesen nach zwingend auch die Möglichkeit, « unwiderstehlichen Zwang » auszuüben 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 Gesetzesmaterialien 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 zum KG 1994, BBl 1995 I 531; vgl. zu den Materialien Amtliches Bulletin der Bundesversamm-

lung [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 E. 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 [AS 1997 2187] 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 (AS 1997 2187) (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 (AS 1997 2187) (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 « Marktherrschaft » (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, nichtreziproken « Markt für schnellen Bitstromzugang ») wie auch der Umstand, dass die fernmelderechtliche regulatorische Rahmenordnung als *lex specialis* dem KG 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 zurzeit auch im Recht der EU vorgesehen (vgl. Leitlinien, a. a. O., Ziff. 135 ff.; STEFAN HENG, Mehr als « inszenierter Wettbewerb » in der Telekommunikation, in: Deutsche Bank Research [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?, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht 3/2003, S. 283–316; 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 auf der Follow-Up-Tagung Kartellrecht an der Universität Konstanz vom 24. April 2009; 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 HEIMESHOF, 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: < http://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 Interkonnections- und Interoperabilitätspflicht) kann sich die Infrastrukturebene kaum als « freier », das heisst 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; [...]) – eine Kooperation und Koordination zwischen den Marktteilnehmern zwecks interoperativer Netzzusammenschaltung notwendig.

Bei dieser Ausgangslage hält das FMG, wie in der E. 11.3.4 dargelegt wurde, den auf Interkonnection angewiesenen FDA bei unzumutbaren Interkonnectionspreisofferten rechtliche Instrumente zur Interessenwahrung bereit, indem diese eine amtliche Preisfestsetzung nach aArt. 11 Abs. 3 FMG (AS 1997 2187) 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) ausgerichtete *Zusammenarbeit* (zwischen den FDA), 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 fernmelderegulatorischen Rahmenordnung zerstört jegliches Erzwingungspotenzial, wie die Beschwerdeführerin zu Recht einwendet.

Was die Vorinstanz letztlich an der aus ihrer Sicht « ineffizienten » fernmelderechtlichen Regulierungsordnung bemängelt (...), ist weniger der Umstand, dass die betroffenen FDA 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 FDA grundsätzlich ein *gemeinsames Interesse* an hohen Terminierungsgebühren haben und davon auch profitieren (Verfügung Ziff. 366, 368 und 370; [...]), 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 Terminierungspreinsniveau führen kann, aber nicht muss, wenn sich die von den FDA 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 EU die Preisbildung für Terminierungsleistungen nicht einfach den Marktteilnehmern überlassen, sondern ex ante et ex officio staatlich reguliert, damit sich die jeweiligen Kartell- beziehungsweise 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 08.3639 s 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 KG 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 – Euro-

päisches 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; anderer Meinung JÖRN KRUSE, Regulierung der Terminierungsentgelte der deutschen Mobilfunknetze?, Wirtschaftsdienst 2003, S. 208, online unter: <http://www.wirtschaftsdienst.eu> > Archiv > Suche).

12.4 Ist eine allfällige Lückenfüllung angezeigt beziehungsweise 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 E. 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. 49a 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.], Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2008, N. 1–5 zu Art. 333 StGB; ROLAND WIPRÄCHTIGER, in: Basler

Kommentar, Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Strafgesetzbuch II, Basel 2003, N. 4–21 zu Art. 333 StGB).

Diese Frage kann hier freilich offengelassen 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: Basler Kommentar, Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], 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, *Scopola gegen Italien*, Urteil vom 17. September 2009, 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. STEFAN TRECHSEL/MARC JEAN-RICHARD, in: Stefan Trechsel et al. [Hrsg.], Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2008, 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 KG – 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 ebenso wenig vor (vgl. E. 11.3.1.3) wie die im Interkonnektionskontext auf der Infrastrukturebene normativ geschaffenen « Zwangsmärkte » (mit teilweise zumindest zweifelhafter Marktqualität), die bei Fernmelde-monopolphänomenen einen Zugriff auf die Infrastruktur beziehungsweise 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 subsumieren 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 SCHACHT-SCHNEIDER, Prinzipien des Rechtsstaates, Berlin 2006, S. 305 ff.).

12.4.2.2 Andererseits ist eine Lückenfüllung auch aus folgendem Grund ausgeschlossen: Im Sinne der höchstrichterlichen Rechtsprechung (vgl. Urteil des Bundesgerichts 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 am Ende 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. 49a Abs. 1 KG vergleichbaren punitiven Sanktionen kennt (vgl. E. 11.3.3.4).

12.4.2.3 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 sogenannte « normale », das heisst 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 Individualrechtsschutz 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*, das heisst 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 [AS 1997 2187]) das Erzwingungspotenzial eines interkonnektionsverpflichteten Unternehmens, nachdem die *Verhandlungsmacht* der Nachfrageseite mit der in aArt. 11 Abs. 3 FMG (AS 1997 2187) 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 FDA 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 Art. 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. 49a 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 offenbleiben.

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 beziehungsweise 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 WEKO 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 beanstanden (E. 12.6.1). Daher hat die Vorinstanz zu Unrecht eine nach Art. 49a 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 ([...]; 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 vom 9. Juni 2005 i. S. Telekurs Multipay AG/WEKO 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 CHF 398'702.– an die vorinstanzlichen Verfahrenskosten zu leisten hat.

Aufgrund des vorstehenden Ergebnisses darf die Beschwerdeführerin nur so weit 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

(...)