



Abteilung II  
B-8386/2015

## Urteil vom 24. Juni 2021

### Besetzung

Richter David Aschmann (Vorsitz),  
Richterin Maria Amgwerd, Richter Stephan Breitenmoser,  
Gerichtsschreiberin Kathrin Bigler Schoch.

### Parteien

1. **Swisscom AG**,  
3050 Bern Swisscom,  
2. **Swisscom (Schweiz) AG**,  
3050 Bern Swisscom,  
vertreten durch die Rechtsanwälte  
Dr. iur. Marcel Meinhardt und Désirée Stebler,  
Lenz & Staehelin,  
Brandschenkestrasse 24, 8027 Zürich,  
Beschwerdeführerinnen,  
gegen

**Wettbewerbskommission WEKO**,  
Hallwylstrasse 4, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

### Gegenstand

Sanktionsverfügung – Swisscom WAN-Anbindung.

## Inhalts- und Abkürzungsübersicht

### I. Inhaltsübersicht

Sachverhalt: .....	3
1. Prozessvoraussetzungen.....	10
2. Anwendbares Recht .....	11
3. Geltungs- und Anwendungsbereich des Kartellgesetzes.....	12
3.1 Persönlicher Geltungsbereich .....	12
3.2 Sachlicher und räumlicher Geltungsbereich .....	13
3.3 Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften (Art. 3 KG) .....	13
4. Ausgangspunkt des vorliegenden Verfahrens und damit zusammenhängende technische und fernmelderechtliche Fragen .....	16
4.1 Submissionsverfahren der Post .....	16
4.2 Technische Grundlagen.....	17
4.3 "Letzte Meile" und das regulierte Produkt TAL .....	20
5. Rechtmässigkeit des vorinstanzlichen Verfahrens .....	22
5.1 Erfüllung der formellen und materiellen Untersuchungsvoraussetzungen.....	22
5.2 Untersuchungsgrundsatz .....	24
5.3 Rechtliches Gehör .....	27
6. Marktabgrenzung.....	29
6.1 Definition des relevanten Markts .....	29
6.2 Sachlich relevanter Markt.....	29
6.3 Räumlich relevanter Markt .....	35
6.4 Zeitlich relevanter Markt.....	35
6.5 Zwischenergebnis Marktabgrenzung.....	36
7. Marktstellung .....	37
7.1 Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens.....	37
7.2 Aktueller und potentieller Wettbewerb im Allgemeinen .....	38
7.3 Aktueller und potentieller Wettbewerb in Submissionsverfahren .....	39
7.4 Stellung auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten .....	41
7.5 Stellung auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich.....	43
7.6 Stellung auf dem Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffend die Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung.....	49
7.7 Fazit Marktstellung.....	59
8. Missbräuchliches Verhalten im Sinne von Art. 7 KG .....	59
8.1 Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG und Tatbestände nach Art. 7 Abs. 2 KG.....	59
8.2 Erzwingung unangemessener Preise im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG: Gegenüber der Post.....	62
8.3 Erzwingung unangemessener Preise: Gegenüber Sunrise .....	73
8.4 Kosten-Preis-Schere.....	86
8.5 Legitimate business reasons.....	95
8.6 Ergebnis der materiellen Prüfung.....	95
9. Gleichbehandlungsgebot und Willkürverbot .....	95
9.1 Gleichbehandlungsgebot .....	95
9.2 Willkürverbot.....	96
10. Sanktionierung.....	97
10.1 Sanktionierbarkeit und Bestimmtheitsgebot .....	98
10.2 Sanktionierbarkeit in zeitlicher Hinsicht .....	98
10.3 Vorwerfbarkeit.....	101
10.4 Sanktionsbemessung.....	106
11. Ergebnis betreffend materielle Prüfung und Sanktion .....	119
12. Verfahrenskosten und Parteientschädigung.....	120
12.1 Vorinstanzliche Verfahrenskosten .....	120
12.2 Verfahrenskosten und Parteientschädigung für das vorliegende Verfahren .....	120

## II. Abkürzungsverzeichnis

ADSL	Asymmetric Digital Subscriber Line
BAKOM	Bundesamt für Kommunikation
BBCS	Broadband Connectivity Service
CES	Carrier Ethernet Service
CLn	Carrier Line national
COS	Carrier Optical Services
DSL/xDSL	Digital Subscriber Line
FDA	Fernmeldediensteanbieterin
MPLS	Multi Protocol Label Switching
PLC	Powerline Communications
QoS	Quality-of-Service
SDSL	Symmetric Digital Subscriber Line
TAL	Teilnehmeranschlussleitung
VDSL	Very High Speed Digital Subscriber Line
WAN	Wide Area Network

### Sachverhalt:

#### A.

Die schweizerische Post (nachfolgend: "die Post") betreibt ein über das Gebiet der Schweiz verzweigtes Filialnetz für den Bereich Poststellen und Verkauf. Diese Poststellen sind über ein Netzwerk (sog. Wide Area Network; nachfolgend: WAN; für technische Grundlagen vgl. E. 4.2) miteinander verbunden. Da der Dienstleistungsvertrag zur Vernetzung der Poststellen mit dem damaligen Provider per Ende 2009 auslief, schrieb die Post am 21. April 2008 die Errichtung und den vierjährigen Betrieb eines WAN für die Poststandorte ab 2010 im selektiven Verfahren aus. Entsprechend der unterschiedlichen Bandbreiten- und Service-Level-Anforderungen der Standorte gliederte sie die Ausschreibung in zwei Lose (SHAB-Mitteilung 126/76 vom 21. April 2008):

- Los 1: WAN-Anbindung von ca. 500 Poststandorten (Agglomerationsstandorte) in der gesamten Schweiz, Bandbreiten 1 Mbps – 1 Gbps,

symmetrisch, Service- und Supportzeiten: 7x24h, Technologie MPLS mit QoS;

- Los 2: WAN-Anbindung von ca. 1800 Poststandorten (Filialnetz) in der gesamten Schweiz, Bandbreiten 1 Mbps – 4 Mbps, symmetrisch, Servicezeit: 7x24h, Supportzeit: 6x11h, Technologie MPLS mit QoS.

## **B.**

Nachdem sie drei Fernmeldedienstanbieterinnen (nachfolgend: FDA) präqualifiziert hatte, erteilte die Post am 14. Januar 2009 den Zuschlag zu einem Gesamtpreis von CHF 20'462'272 an die Swisscom AG (Beschwerdeführerin 1). Bei nahezu gleichwertiger Bewertung des Kriteriums "Erfüllung der Anforderungen" habe letztlich der tiefere Preis den Ausschlag gegenüber den im Entscheidprozess verbliebenen Konkurrentinnen gegeben, begründete sie diesen Entscheid (SHAB-Mitteilung 127/11 vom 19. Januar 2009).

Am 30. April 2009 reichte Sunrise als unterliegende Mitbewerberin eine Anzeige bei der Vorinstanz gegen die Beschwerdeführerin 1 ein. Sie hielt namentlich fest, für die Anbindung von rund 80 % der ausgeschriebenen Poststellen hätte sie Vorleistungen von Swisscom benötigt; lediglich ca. 20 % hätte sie mit eigenen Produkten und Glasfaseranschlüssen, die den Service-Level-Anforderungen der Post genügt hätten, abdecken können. Für die Swisscom-Vorleistungsprodukte hätte sie mindestens CHF [20-30] Mio. bezahlen müssen. Hätte Sunrise alle und nicht nur einen Teil der ausgeschriebenen Anbindungen mit Swisscom-Vorleistungsprodukten abdecken müssen, hätte der Preis der Swisscom-Vorleistungsprodukte sogar CHF [25-35] Mio. (mit dem Vorleistungsprodukt CES) bzw. CHF [30-40] Mio. (mit den Vorleistungsprodukten BBSCS, SDSL, CLn und COS) betragen. Swisscom habe dagegen den Auftrag zu einem Gesamtpreis von CHF 20.5 Mio. offeriert und erhalten. Selbst wenn die weiteren Kosten und die Marge von Swisscom ausser Betracht gelassen würden, habe Swisscom somit vom Konkurrenten Sunrise für die Vorleistungsprodukte einen rund 60 % höheren Preis als von ihrem vertikal integrierten Anbieter Swisscom Business Customers verlangt. Mit anderen Worten habe Swisscom auf dem Wholesale-Markt vom Konkurrenten Sunrise für Vorleistungsprodukte betreffend 80 % der ausgeschriebenen Anbindungen mehr als auf dem Endkundenmarkt für 100 % der ausgeschriebenen, werthaltigeren Endprodukte verlangt. Mit ihrem Verhalten habe Swisscom von Anfang an verunmöglicht, dass ihre Konkurrenten in dieser Ausschreibung ein konkurrenzfähiges Angebot hätten unterbreiten können. Swisscom

habe daher auf dem Wholesale-Markt für Breitbanddienste mittels einer "Kosten-Preis-Schere" ihre Handelspartner diskriminiert, den wirksamen Wettbewerb behindert und dadurch ihre marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 7 des Kartellgesetzes missbraucht.

### C.

Nach einer Marktbeobachtung und Vorabklärungen eröffnete das Sekretariat der Vorinstanz am 18. Juli 2013 eine kartellrechtliche Untersuchung gegen die Swisscom AG und die Swisscom (Schweiz) AG (Beschwerdeführerinnen). In der entsprechenden Bekanntmachung vom 30. Juli 2013 hielt das Sekretariat der Vorinstanz fest, es bestünden Anhaltspunkte dafür, dass Swisscom eine marktbeherrschende Stellung missbraucht haben könnte. Die bisher gesichteten Informationen ergäben Hinweise, dass Konkurrenten von Swisscom durch eine zu geringe Differenz zwischen Vorleistungs- und Endkundenpreisen in der Aufnahme und Ausübung des Wettbewerbs unzulässig behindert worden seien (vgl. BBI 2013 6192).

Mit Antrag vom 19. Dezember 2014 schlug das Sekretariat der Vorinstanz vor, die Beschwerdeführerinnen mit einer Verwaltungssanktion in der Höhe von CHF [...] zu belegen. Aufgrund der Untersuchungsergebnisse sei erstellt, dass Swisscom auf dem Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffend die Ausschreibung der schweizerischen Post im Bereich WAN-Anbindung über eine marktbeherrschende Stellung verfüge und dass die Preispolitik von Swisscom im Rahmen der Ausschreibung der Post auf dem vorgelagerten Wholesale- und dem Endkundenmarkt eine unzulässige Verhaltensweise nach Art. 7 KG darstelle. Gleichentags erhielt Swisscom Gelegenheit, sich zu diesem Antrag zu äussern.

Am 1. Juni 2015 fand ihre Anhörung durch die Vorinstanz statt.

Im Rahmen der Amtshilfe wurde das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) als Fachbehörde beigezogen. Es äusserte sich mit Eingaben vom 30. August 2012, 6. September 2013 und vom 10. Juli 2015.

### D.

Am 21. September 2015 (Versand: 18. November 2015) verfügte die Vorinstanz Folgendes:

- "1. Swisscom (Schweiz) AG und Swisscom AG werden gemäss Art. 49a Abs. 1 KG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 und 2 KG mit einem Betrag von CHF 7'916'438.– Franken belastet. Der Betrag von insgesamt

7'916'438.– Franken wird den Adressaten der Verfügung unter solidarischer Haftung auferlegt.

2. Swisscom (Schweiz) AG und Swisscom AG werden Verfahrenskosten von insgesamt 200'836.– Franken auferlegt. Die Verfahrenskosten von insgesamt 200'836.– Franken werden den Adressaten der Verfügung unter solidarischer Haftung auferlegt."

Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, aufgrund der Untersuchungsergebnisse sei erstellt, dass die Beschwerdeführerinnen ihre marktbeherrschende Stellung auf dem betreffenden Endkunden- und auf dem Wholesale-Markt in kartellrechtlich unzulässiger Weise missbraucht hätten. Die Beschwerdeführerinnen hätten von der Post und Sunrise unangemessene Preise erzwungen, Sunrise diskriminiert und zu deren Lasten eine "Kosten-Preis-Schere" angewendet (Recht und Politik des Wettbewerbs [RPW] 2016, S. 128 ff.).

#### E.

Gegen diese Verfügung reichten die Beschwerdeführerinnen am 24. Dezember 2015 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht ein mit dem Antrag, die Verfügung der Vorinstanz vom 21. September 2015 sei aufzuheben. Zur Begründung führen sie aus, sowohl auf dem Wholesale- als auch auf dem Endkundenmarkt habe Wettbewerb geherrscht; Swisscom habe sich nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können und entsprechend in keinem der Märkte über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Des Weiteren habe sie von der Post keine unangemessenen Preise erzwungen, denn die Post habe die Auswahl unter den drei von ihr gewünschten Angeboten gehabt. Zudem habe diese den mit Swisscom für den Zeitraum von Herbst 2009 bis Herbst 2013 abgeschlossenen Vertrag aus freiem Willen und ohne irgendwelchen Druck um ein weiteres Jahr verlängert. Auch gegenüber Sunrise habe Swisscom sich nicht missbräuchlich verhalten, denn sie habe von Sunrise keine unangemessenen Vorleistungspreise verlangt. Sie habe die Preise für die kommerziellen Dienstleistungen "Broadband Connectivity Service" (nachfolgend: BBCS) und "Carrier Ethernet Service" (nachfolgend: CES) nicht so ansetzen müssen, dass Vorleistungsnachfragerinnen ohne eigene Infrastruktur einen Poststandort zu denselben Kosten hätten erschliessen können wie Konkurrentinnen, die ihre Endkundenleistung mittels der Teilnehmeranschlussleitung (nachfolgend: TAL) hätten erbringen können. Zudem könne ihr keine Diskriminierung von Sunrise vorgeworfen werden, da bei Bandbreiten über 1.8 Mbit/s und bei fehlender Erschliessung einer Zentrale die Dienstleistungen

BBCS/CES und TAL nicht austauschbar seien und demzufolge eine Vergleichsgrundlage fehle. Schliesslich habe sie keine Kosten-Preis-Schere zu Lasten von Sunrise praktiziert, da Sunrise eine ausreichende Marge hätte erreichen können. Eine Sanktionierung falle schliesslich ausser Betracht, da die Verfolgungsverjährung bereits eingetreten sei. Sofern sich das Bundesverwaltungsgericht trotzdem für eine Sanktionierung ausspreche, wäre die Sanktion massiv zu reduzieren.

#### **F.**

Mit Vernehmlassung vom 16. März 2016 beantragt die Vorinstanz, die Beschwerde sei abzuweisen. Zur Begründung hält sie fest, im Zeitpunkt der Ausschreibung im Jahr 2008 seien der Glasfaserausbau sowie der Ausbau und die technische Aufrüstung der Infrastrukturen der Kabelnetzbetreiber noch nicht so weit entwickelt gewesen, dass sie sich als mögliche potentielle Konkurrenz disziplinierend auf die Preissetzungspolitik der Swisscom hätten auswirken können. Auch in der Ausschreibung der Post hätten die beiden Mitbewerber Sunrise und Upc Cablecom keinen Wettbewerbsdruck aufbauen können. Da die Beschwerdeführerinnen in der Gestaltung der kommerziellen Vorleistungspreise sich stattdessen hätten unabhängig verhalten können, hätten sie über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Eine vertikal integrierte und marktbeherrschende Anbieterin von Vorleistungsprodukten treffe die kartellrechtliche Pflicht, den Abnehmern des Vorprodukts dieses zu Konditionen anzubieten, die den Abnehmern die Möglichkeit zu einem kompetitiven Verhalten eröffnet hätten.

#### **G.**

Mit Replik vom 30. Juni 2016 erklären die Beschwerdeführerinnen namentlich, das KG begründe entgegen der Auffassung der Vorinstanz keine Pflicht eines vertikal integrierten beherrschenden Unternehmens, allfällige unabhängig von seinem Verhalten bestehenden faktischen Marktzutrittschranken zu beseitigen und es anderen Unternehmen zu ermöglichen, mit beliebigen Geschäftsmodellen in den Geschäftskundenmarkt einzutreten, auf diesem Markt konkurrenzfähig zu wirtschaften und im Wettbewerb auf Dauer zu bestehen.

#### **H.**

Die Vorinstanz hält mit Duplik vom 6. September 2016 an ihrem Antrag auf Abweisung der Beschwerde fest. Sie erläutert dabei insbesondere, die vom Gesetzgeber eingeführte Sektorregulierung ziele darauf ab, auf Infrastrukturebene Wettbewerb zu ermöglichen. Die Tatsache, dass bei Netzwerkinfrastrukturen Skaleneffekte bestünden und es daher für konkurrierende

Fernmeldedienstanbieter nicht in jedem Fall wirtschaftlich sei, einen solchen Netzausbau voranzutreiben, habe Swisscom nicht zu vertreten. Umso mehr sei sie aber als marktbeherrschendes Unternehmen dazu verpflichtet, sich im Markt kartellrechtskonform zu verhalten. Dies bedeute nichts anderes, als dass es Swisscom nicht erlaubt sei, von der Marktgegenseite unangemessene Preise zu verlangen, diese zu diskriminieren oder durch eine Kosten-Preis-Schere zu behindern.

#### I.

Mit Eingabe vom 21. März 2018 reichten die Beschwerdeführerinnen zusätzliche Bemerkungen ein. Unter anderem weisen sie darauf hin, dass die Post die Breitbandvernetzung der Poststandorte im Jahr 2017 – nach dem Abbruch eines im 2013 publizierten Vergabeverfahrens – neu ausgeschrieben habe, wobei Sunrise am 20. September 2017 den Zuschlag bekommen habe. Wären die Angebotsbedingungen von Swisscom tatsächlich unangemessen gewesen, hätte die Post den mit Swisscom abgeschlossenen Vertrag kaum von sich aus zuerst um ein Jahr verlängert und dann noch um vier Jahre bis zur Neuvergabe des Postfolgeauftrags weitergeführt. Schliesslich erklärt sie unter Verweis auf die Praxis in der Europäischen Union (nachfolgend: EU), dass Fälle im Zusammenhang mit unangemessenen Preisen ohne Behinderungswirkung von den schweizerischen und internationalen Wettbewerbsbehörden zu Recht nur in seltenen Ausnahmefällen aufgegriffen worden seien.

#### J.

Die Vorinstanz ergänzt mit Stellungnahme vom 9. April 2018, aus der Tatsache, dass die Post in den Jahren 2013 und 2017 die Anbindung ihrer Poststellen erneut ausgeschrieben habe, liessen sich keine Rückschlüsse auf die Wettbewerbsverhältnisse im Jahr 2008 oder auf die von Swisscom verlangten Preise ableiten. Auch der Abbruch der Ausschreibung aus dem Jahr 2013 und die anschliessende Vertragsverlängerung aufgrund fehlender ernstzunehmender alternativer Angebote spiegle eher die fehlende Existenz von Wettbewerbsdruck wider. Zudem behaupte Swisscom zwar, dass gemäss Lehre und Praxis Preise nur in bestimmten Ausnahmefällen unangemessen im Sinne des Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG sein könnten und ein solcher Ausnahmefall im Zusammenhang mit der WAN-Anbindung der Post nicht vorliege. Sie bleibe aber jegliche Literaturstelle oder Praxis schuldig, welche diese Behauptung stütze. So sehe der klare Wortlaut von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG die Ahndung der Erzwingung unangemessener Preise explizit vor, und es existiere zumindest in der EU eine entsprechende Entscheidpraxis.



**K.**

Die Beschwerdeführerinnen erklären mit Eingabe vom 13. April 2018, der Stellungnahme der Vorinstanz vom 9. April 2018 liessen sich keine neuen Argumente entnehmen. Sie sähen daher keinen Anlass, von den bisher vertretenen Rechtspositionen abzuweichen.

**L.**

Am 8. September 2020 teilten die Beschwerdeführerinnen mit, dass sie neu von Lenz & Staehelin vertreten würden. Mit Schreiben vom 11. September 2020 informierten sie das Bundesverwaltungsgericht über eine per Ende November 2020 zu erwartende Eingabe.

Mit Stellungnahme vom 11. Dezember 2020 halten die Beschwerdeführerinnen vollumfänglich an ihren Rechtsbegehren fest. Zusätzlich beantragen sie eventualiter, die Verfügung der Vorinstanz vom 21. September 2015 sei aufzuheben und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Zur Begründung machen sie im Wesentlichen geltend, die angefochtene Verfügung führe zu einer Verhinderung des Investitionswettbewerbs, die Marktabgrenzung der Vorinstanz sei widersprüchlich und es liege keine marktbeherrschende Stellung vor. Insbesondere verkenne die Vorinstanz die Besonderheiten von Bietermärkten und habe die Nachfragemacht der Post sowie den Einfluss der Kabelnetzbetreiber nicht berücksichtigt. Keiner der vorgeworfenen Tatbestände werde erfüllt: So fehle es bei der angeblichen Erzwingung unangemessener Preise an einer Notlage und am Aufzwingen des ausbeuterischen Willens. Worin die Ungleichbehandlung bestehe, sei nicht erkennbar. Bei der angeblichen Kosten-Preis-Schere habe die Vorinstanz fälschlicherweise nur auf die Lage von Sunrise abgestellt. Schliesslich seien der Vorinstanz zahlreiche Fehler im Rahmen des Verfahrens (Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes und des rechtlichen Gehörs) sowie bei der Sanktionsbemessung unterlaufen.

**M.**

Die Vorinstanz liess sich mit Eingabe vom 8. Februar 2021 vernehmen und beantragt, die Rechtsbegehren der Beschwerdeführerinnen seien vollumfänglich abzuweisen; auf das zusätzlich gestellte Eventualbegehren sei nicht einzutreten, weil es verspätet erfolgt sei. Die Auffassung der Beschwerdeführerinnen, dass durch das KG Investitionsanreize zu fördern seien, entbehre jeder Grundlage und sei abzulehnen. Die von den Beschwerdeführerinnen angemahnten Sachverhaltsabklärungen seien nicht entscheidungsrelevant. Mit der Umschreibung, wie sich die Gebote der Wettbewerber von Swisscom im Rahmen der Ausschreibung zusammengesetzt

hätten, sei zudem dem rechtlichen Gehör Genüge getan worden. Auch die übrigen Vorbringen der Beschwerdeführerinnen erwiesen sich als unbegründet.

#### **N.**

Mit Kurzstellungnahme vom 12. März 2021 wiesen die Beschwerdeführerinnen unter anderem darauf hin, es sei nicht entscheidend, ob mit den drei Vorleistungsprodukten TAL, BBCS und CES die Anforderungen der Post-Ausschreibung erfüllt werden könnten, sondern ob diese für Swisscom unterschiedliche Kosten verursachten. Die Vorinstanz ignoriere die deutlichen Aussagen des BAKOM, wonach CES viel höhere Herstellungskosten für Swisscom verursache als TAL. Zudem lege die Vorinstanz für die Prüfung der Kosten-Preis-Schere sowie der Erzwingung unangemessener Preise das Kartellrecht so aus, dass auch Wettbewerber geschützt würden, die keine Investitionen vornähmen, was dem Zweck des Kartellgesetzes widerspreche.

#### **O.**

Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung ist von keiner Seite beantragt worden.

#### **P.**

Auf weitere Vorbringen der Parteien wird, soweit erforderlich, im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

### **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

#### **1. Prozessvoraussetzungen**

Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung von Beschwerden gegen Sanktionsverfügungen der Vorinstanz in Kartellsachen zuständig (Art. 31, 32 und 33 Bst. f des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005, VGG; SR 173.32). Die Beschwerdeführerinnen haben als Partei am vorinstanzlichen Untersuchungsverfahren teilgenommen. Sie sind durch die angefochtene Sanktionsverfügung besonders berührt und haben als Verfügungsadressatinnen ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 48 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren, VwVG; SR 172.021; vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] B-7633/2009 vom 14. September

2015, Rz. 11, "Preispolitik ADSL"). Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht worden (Art. 50 Abs. 1, Art. 52 Abs. 1 VwVG), der Kostenvorschuss wurde innert Frist bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 44 ff. VwVG). Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

## **2. Anwendbares Recht**

Die angefochtene Verfügung erging gestützt auf das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251). Dieses Gesetz bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1 KG).

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

Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG).

Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG). Als solche Verhaltensweisen gelten unter anderem die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG) und die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG).

### 3. Geltungs- und Anwendungsbereich des Kartellgesetzes

#### 3.1 Persönlicher Geltungsbereich

**3.1.1** Nach Art. 2 Abs. 1 KG setzt die Anwendung des Kartellgesetzes in persönlicher Hinsicht ein Handeln als Unternehmen voraus. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG).

**3.1.2** Der persönliche Geltungsbereich ist demnach an den Unternehmensbegriff geknüpft. Im vorliegenden Fall stellt sich die Frage des Unternehmensbegriffs im Kontext eines Konzernsachverhalts. Ein Konzern liegt vor, wenn mehrere rechtlich selbständig organisierte Unternehmen wirtschaftlich unter einheitlicher Leitung zu einem Gesamtunternehmen als wirtschaftliche Einheit zusammengefasst sind (vgl. BGE 130 III 213 E. 2.2.1; JEAN NICOLAS DRUEY, Gesellschafts- und Handelsrecht, Zürich 2010, §1 Rz. 83 ff.; JEAN-PAUL THOMMEN, Lexikon der Betriebswirtschaft, 3. Aufl., Zürich 2004). Als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG gilt in Konzernsachverhalten der Konzern als Ganzes, nicht eine bestimmte Gruppengesellschaft (vgl. Urteil des Bundesgerichts [BGer] 2C\_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 3, "Publigroupe" [in BGE 139 I 72 nicht publizierte Erwägung]; Urteile des BVGer B-7633/2009 Rz. 29, "Preispolitik ADSL"; B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 4.1.3, "Nikon"; B-2977/2007 E. 4.1, "Publigroupe"; JÜRIG BORER, Wettbewerbsrecht I, Schweizerisches Kartellgesetz, 3. Aufl. 2011, Art. 2, Rz. 11; RETO HEIZMANN/MICHAEL MAYER, in: Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler [Hrsg.], DIKE-Kommentar KG [DIKE-KG], Zürich/St. Gallen 2018, Art. 2, Rz. 31; JENS LEHNE, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar zum KG [BSK-KG], 2010, Art. 2 Rz. 27; RALF MICHAEL STRAUB, Der Konzern als Kartellrechtssubjekt, in: Festschrift für Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag, 2018, S. 1269 ff., S. 1278 ff.; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht [nachfolgend: Zäch, Kartellrecht], 2. Aufl. 2005, Rz. 256).

Bei der Beurteilung von missbräuchlichen Verhaltensweisen im Sinne von Art. 7 KG ist demzufolge die Marktmacht des gesamten Konzerns zu berücksichtigen (vgl. Urteile des BVGer B-7633/2009 Rz. 26 ff., "Preispolitik ADSL"; B-581/2012 E. 4.1.3, "Nikon"; BORER, a.a.O., Art. 2 Rz. 11; HEIZMANN/MAYER, DIKE-KG, Art. 2, Rz. 33; LEHNE, a.a.O., Art. 2 Rz. 27; ZÄCH, Kartellrecht, Rz. 256; LINDA KUBLI, Das kartellrechtliche Sanktionssubjekt im Konzern, Basel 2014, S. 137).

Dem Konzern kommt im Kartellverfahren mangels eigener Rechtspersönlichkeit praxisgemäss keine Parteistellung zu (vgl. Urteile des BVGer B-7633/2009 Rz. 68 ff., "Preispolitik ADSL"; B-581/2012 E. 4.1.4, "Nikon"; B-2977/2007 E. 4.1 ff., "Publigroupe"). Generell wird in der schweizerischen Lehre und Praxis aber die Auffassung vertreten, dass Verfügungsadressat und Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG bzw. Unternehmen und Sanktionssubjekt nicht identisch zu sein haben (vgl. Urteil des BVGer B-581/2012 E. 4.1.4, "Nikon", mit Verweis auf KUBLI, a.a.O., S. 181 ff.).

**3.1.3** Beide Beschwerdeführerinnen sind schweizerische Gruppengesellschaften der Swisscom-Gruppe. Die Beschwerdeführerin 1 ist die Top-Holdinggesellschaft der Gruppe, während der Beschwerdeführerin 2 die Stellung einer einfachen Gruppengesellschaft zukommt (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Sachverhalt B.a, "Preispolitik ADSL").

Die Swisscom-Gruppe ist unbestrittenermassen ein Konzern, bei dem die übergeordnete Leitungsmacht von der Beschwerdeführerin 1 ausgeübt wird, der auch die Beschwerdeführerin 2 verpflichtet ist. Massgebliches Kartellrechtssubjekt ist im vorliegenden Fall demzufolge die Swisscom-Gruppe in ihrer Gesamtheit (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 31, "Preispolitik ADSL"). Diese übt nach der Auffassung der Vorinstanz Marktmacht aus, weshalb der persönliche Anwendungsbereich des Kartellgesetzes gegeben ist.

### **3.2 Sachlicher und räumlicher Geltungsbereich**

Unbestrittenermassen gilt das KG zudem im vorliegenden Fall in sachlicher und räumlicher Hinsicht, da zu beurteilen ist, ob die Beschwerdeführerinnen Marktmacht im Sinne von Art. 2 Abs. 1 KG ausgeübt haben, die sich in der Schweiz ausgewirkt hat (Art. 2 Abs. 2 KG; vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 45 f., "Swisscom ADSL").

### **3.3 Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften (Art. 3 KG)**

#### **3.3.1 Fernmelderecht**

Das Kartellgesetz statuiert einen Vorbehalt zu Gunsten von Vorschriften, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen. Darunter versteht es insbesondere Vorschriften, die

eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen oder die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 Bst. a und b KG).

Für den Telekommunikationsmarkt gilt neben den kartellrechtlichen Bestimmungen die besondere Regelung des Fernmelderechts. Das Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10) begründet keine eigenständige staatliche Markt- oder Preisordnung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG, sondern stellt eine sektorielle Regelung dar, welche die anderen allgemeinen und bereichsspezifischen Regelungswerke der Wirtschaftsordnung voraussetzt und ergänzt (vgl. BGE 137 II 199 E. 3.4, "Terminierung Mobilfunk"; 141 II 66 E. 3.3.8, "Hors-Liste Medikamente" [zum Verhältnis KG und HMG]; Urteile des BGer 2A.503/2000 und 2A.505/2000 E. 6c, "Commcare II"; Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 39, "Preispolitik ADSL"; LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7, Rz. 3). Die sich gegenseitig beeinflussenden kartell- und fernmelderechtlichen Vorschriften stehen sich somit grundsätzlich gleichrangig gegenüber und eine Anwendbarkeit des Kartellgesetzes im Bereich des Fernmeldewesens ist nicht per se ausgeschlossen (vgl. BGE 137 II 199 E. 3.4 und 5.1, "Terminierung Mobilfunk"; BGE 141 II 66 E. 3.3.8, "Hors-Liste Medikamente"; Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 39 f., "Preispolitik ADSL").

Im vorliegenden fernmelderechtlichen Zusammenhang ist zudem festzuhalten, dass die Preise von marktbeherrschenden Unternehmen entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerinnen nicht vorrangig sektorspezifisch, namentlich im Rahmen des FMG, kontrolliert werden. Zwar unterliegen marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten unter anderem der Pflicht einer kostenorientierten Preisgestaltung (Art. 11 Abs. 1 FMG; vgl. auch BGE 137 II 199 E. 3.5, "Terminierungspreise Mobilfunk"). Diese Pflicht gilt indessen nur bezüglich der (regulierten) Einrichtungen und Diensten, zu welchen anderen Anbieterinnen Zugang gewährt werden muss, unter anderem zum vollständig entbündelten Teilnehmeranschluss (TAL; Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG; vgl. auch nachfolgende E. 4.3). Die im vorliegenden Fall zu beurteilenden Geschäfte basieren sowohl auf der TAL als auch auf kommerziellen Produkten. Dass das revidierte Fernmeldegesetz seit dem 1. April 2007 die Erschliessung bzw. Entbündelung von Anschlusszentralen durch Mitanbieter fördert und diese seither Marktanteile gewonnen haben, bringt entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen in ihrer Eingabe vom 11. Dezember 2020, Rz. 44, keinen übergeordneten "gesetzgeberischen Willen" zum Ausdruck, der den kartellrechtlichen Schutz des Restwettbewerbs relativiert (vgl. im Übrigen E. 8.3.2.1 b).

Im Rahmen des sich ergebenden Preismixes erweisen sich, wie noch zu zeigen sein wird, nur die Preise der kommerziellen Dienstleistungen als problematisch; zu deren Kontrolle ist die Vorinstanz befugt (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 41, "Preispolitik ADSL").

### **3.3.2 Verhältnis zwischen Wettbewerbskommission und Preisüberwachung**

Art. 3 Abs. 3 KG sieht vor, dass Verfahren zur Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen nach dem KG den Verfahren nach dem PüG (Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985; SR 942.20) vorgehen, es sei denn, die Wettbewerbskommission und der Preisüberwacher treffen gemeinsam eine gegenteilige Regelung.

Im Zusammenhang mit Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG kann es Kompetenzüberschneidungen zwischen der Wettbewerbskommission und der Preisüberwachung geben: Die Preisüberwachung, welche sich hauptsächlich mit sog. "administrierten Preisen" befasst (vgl. PATRIK DUCREY, in: Marbach/Ducrey/Wild, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2017, Rz. 1434; ROLF H. WEBER, DIKE-KG, Art. 3, Rz. 99), verfügt insbesondere über eine vorbehaltene Kompetenz zur Überprüfung von Preisen marktmächtiger Unternehmen (Art. 16 Abs. 2 PüG); eine Intervention durch die Wettbewerbskommission bleibt aber entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen möglich und geht grundsätzlich auch vor (Art. 3 Abs. 3 KG; vgl. BORER, a.a.O., Art. 3 Rz. 14 ff.; MARCEL DIETRICH/ALEXANDER BÜRGI, Abgrenzung der Zuständigkeiten von Wettbewerbskommission und Preisüberwacher, in: Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht [sic!] 2005, S. 179 ff., S. 188; MICHAEL VLCEK, Die Erzwungung unangemessener Preise im Kartell- und Fernmelderecht, Zürich 2013, S. 57; DUCREY, a.a.O., Rz. 1434 und 1681; ROLF H. WEBER, Preisüberwachungsgesetz, Bern 2009, Art. 16, Rz. 4 und 16; WEBER, DIKE-KG, Art. 3, Rz. 95 ff.). Es trifft somit entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen nicht zu, dass das KG für die Ahndung hoher Preise, welche die Konkurrentinnen nicht behindern, das falsche Instrument sei.

### **3.3.3 Fazit zu Art. 3 KG**

Da sich die Wettbewerbsbeschränkungen auch nicht aus Vorschriften über das geistige Eigentum ergeben (Art. 3 Abs. 2 KG), hat die Vorinstanz zu Recht festgestellt, dass im vorliegenden Fall keine vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Art. 3 KG bestünden, welche die Anwendung des

Kartellgesetzes einschränken würden. Die Vorinstanz durfte demnach die vorliegend strittigen Preise überprüfen.

#### **4. Ausgangspunkt des vorliegenden Verfahrens und damit zusammenhängende technische und fernmelderechtliche Fragen**

##### **4.1 Submissionsverfahren der Post**

Der vorliegende Fall betrifft ein Submissionsverfahren, in welchem die Post am 21. April 2008 unter dem Titel "WAN-Anbindung von Poststandorten" WAN-Dienstleistungen für die Anbindung von Poststandorten in der gesamten Schweiz mit folgenden Spezifikationen ausschrieb (vgl. SHAB-Mitteilung 126/76 vom 21. April 2008):

- Los 1: WAN-Anbindung von ca. 500 Poststandorten (Agglomerationsstandorte) in der gesamten Schweiz, Bandbreiten 1 Mbps – 1 Gbps, symmetrisch, Service- und Supportzeiten: 7x24h, Technologie MPLS mit QoS.
- Los 2: WAN-Anbindung von ca. 1800 Poststandorten (Filialnetz) in der gesamten Schweiz, Bandbreiten 1 Mbps – 4 Mbps, symmetrisch, Servicezeit: 7x24h, Supportzeit: 6x11h, Technologie MPLS mit QoS.

Die geforderten Dienstleistungen sollten ab dem 1. Januar 2010 für einen Zeitraum von vier Jahren ausgeführt werden.

Die drei Fernmeldedienstleisterinnen Swisscom AG, Sunrise Communications AG (nachfolgend: Sunrise) und Cablecom GmbH (nachfolgend: Cablecom oder Upc Cablecom) wurden im selektiven Submissionsverfahren präqualifiziert, um ein materielles Angebot einreichen zu dürfen. Am 14. Januar 2009 erhielt Swisscom AG den Zuschlag zu einem Gesamtpreis von CHF 20'462'272.

Aufgrund der Anzeige von Sunrise vom 30. April 2009 untersuchte das Sekretariat der Wettbewerbskommission das Verhalten von Swisscom in der Ausschreibung der Post. Die Vorinstanz kam mit Verfügung vom 21. September 2015 zum Schluss, Swisscom verfüge über eine marktbeherrschende Stellung auf dem Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich und auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich, beide Märkte im Rahmen der WAN-Ausschreibung der Post. Diese Stellung hätten die Beschwerdeführerinnen missbraucht, indem sie von der Post und Sunrise unangemessene

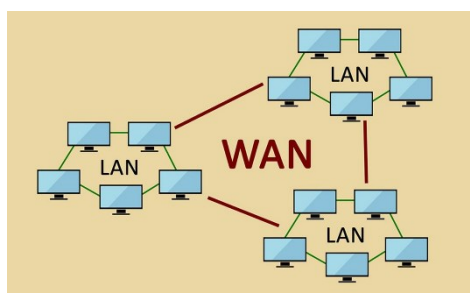


Preise erzwungen, Sunrise diskriminiert und gegenüber Sunrise eine "Kosten-Preis-Schere" angewendet hätten. Gestützt auf dieses Ergebnis hat die Vorinstanz die Beschwerdeführerinnen mit einem Betrag von CHF 7'916'438 belastet (Art. 49a Abs. 1 KG).

## 4.2 Technische Grundlagen

Die Post forderte, wie bereits ausgeführt, WAN-Dienstleistungen für die Anbindung von Poststandorten in der ganzen Schweiz (total 2'305 Standorte) mit bestimmten Spezifikationen (vgl. E. 4.1). Auf diese und weitere technische Grundlagen wird nachfolgend kurz eingegangen.

**4.2.1 "WAN"** steht für "Wide Area Network". Es wird definiert als ein privates oder öffentliches Netz (Weitverkehrsnetz) zur digitalen, paketerorientierten Datenübertragung mit einer Ausdehnung von mehr als 10 km (vgl. NIELS KLUSSMANN, Lexikon der Kommunikations- und Informationstechnik, 3. Aufl., Heidelberg 2001).



Quelle: [giga.de](http://giga.de)

Die Übertragungsgeschwindigkeit (Datenübertragungsrate) innerhalb eines Netzwerks wird in Bits pro Sekunde (Bit/s), englisch "bits per second" (bps), angegeben. Grössere Datenmengen werden in Kilobits pro Sekunde (kbit/s oder kbps), Megabits pro Sekunde (Mbit/s oder Mbps) oder Gigabits pro Sekunde (Gbit/s bzw. Gbps) angegeben (vgl. <<https://www.elektronik-kompodium.de/sites/kom/0212091.htm>>; <<https://de.wikipedia.org/wiki/Datenübertragungsrate>>, beide abgerufen am 02.06.2020).

Je nach Datenübertragungsrate wird zwischen Schmalband- und Breitbandinternet unterschieden. Breitbandinternet bezeichnet einen besonderen elektronischen Zugang zum Internet mit entsprechend schnellen Nutzungskapazitäten (vgl. BGE 146 II 217 E. 3.2.1, "Preispolitik Swisscom ADSL"). In der Schweiz wurde im Jahr 2008 ein Anschluss ab einer Datenübertragungsrate von 600 kbit/s beim Empfangen (sog. downstream) und

100 kbit/s beim Senden (sog. upstream) als Breitbandanschluss bezeichnet (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Sachverhalt Bst. D.c, "Preispolitik ADSL").

Die von der Post geforderte Technologie "MPLS mit QoS" bedeutet "Multi-Protocol Label Switching (MPLS)" mit "Quality-of-Service (QoS)". MPLS eignet sich, um Datenpakete in einem IP-Netz priorisiert zu routen. QoS verleiht Paketen mit höherer Priorität ein anderes Label, um schneller ans Ziel zu kommen (vgl. <<https://www.elektronik-kompodium.de/sites/net/0811121.htm>>, abgerufen am 02.06.2020).

**4.2.2** Die Netze, auf welchen das Internet basiert, sind technologische Informationstransportsysteme, die entweder an Leitungen gebunden (Kupfer- oder Koaxialkabel, Glasfasern, Stromleitungen) oder leitungslos sind (vgl. THOMAS M. FISCHER, Die Entbündelung der letzten Meile in der Schweiz im Lichte des GATS, Bern 2004, S. 37 ff.; ORSOLYA FERCSIK SCHNYDER, Internet-Access-Providing-Verträge mit geschäftlichen und privaten Endkunden, Zürich 2012, S. 48 f.).

Bei der sog. DSL (Digital Subscriber Line, engl. für digitaler Teilnehmeranschluss) als drahtgebundenem Breitbandprodukt wird das vorhandene Telefonnetz mit seiner Doppelader-Metallleitung, die auch als Kupferkabel bezeichnet wird, für die Datenübermittlung verwendet. Je nach Art der digitalen Modulation werden mehrere DSL-Verfahren (nachfolgend zusammenfassend: xDSL) unterschieden: ADSL (Asymmetric DSL) mit unterschiedlichen Übertragungsraten für das Empfangen und das Senden der Daten, SDSL (Symmetric DSL) mit identischen Übertragungsraten für beide Richtungen sowie HDSL (High speed DSL) und VDSL (Very high speed DSL; ebenfalls asymmetrisch) für erhöhte Datenübertragungsraten. Die Datenübertragung erfolgt bei xDSL-Verfahren schematisch vereinfacht in folgender Weise: Zunächst im sog. Anschlussnetz zwischen dem Modem des jeweiligen Anschlussteilnehmers (sog. Hausanschluss, auch als Teilnehmeranschluss oder Anschlussstelle bezeichnet) und der lokalen Anschlusszentrale, d.h. der nächstgelegenen Ortsvermittlungsstelle des Fernmeldediensteanbieters. Dort werden die eingehenden und abgerufenen Kundendaten im sog. Verbindungsnetz über eine Kupferkabel- oder Glasfaseranbindung zu einem sog. Konzentrador und von dort in den sog. Backbone des Fernmeldediensteanbieters übertragen (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Sachverhalt Bst. D.e, "Preispolitik ADSL").

Bei den TV-Kabelleitungen (Koaxialkabeln) werden bestehende Koaxialkabel nach einer technischen Aufrüstung für die Übertragung der Breitbanddaten genutzt. Diese kabelgebundene Übertragungsform weist für den Endnutzer ähnliche Nutzungsmöglichkeiten auf wie ein Breitbandanschluss über xDSL. Die Kabelnetze weisen technisch bedingt grundsätzlich eine höhere Übertragungsrate auf als xDSL-Verfahren; hierbei sind heute Übertragungsraten von bis zu 250 Mbit/s möglich. Allerdings ergeben sich bei den kabelgebundenen Breitbandprodukten Nutzungseinschränkungen aufgrund des Umstands, dass sich die vorhandenen Netzkapazitäten mit zunehmendem Ausmass einer gleichzeitigen Benutzung durch die Anschluss Teilnehmer reduzieren (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Sachverhalt Bst. D.f, "Preispolitik ADSL").

Die Bereitstellung von Breitbandinternet kann auch vollständig über Glasfaserkabel erfolgen, wobei das Glasfasernetz mindestens bis zum Hausanschluss reichen muss. Glasfaserkabel weisen sehr hohe Übertragungskapazitäten auf, wobei in Zukunft bis zu 1000 Mbit/s erreicht werden sollen. Allerdings ist die Verlegung von Glasfaserkabeln mit sehr hohen Kosten verbunden (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Sachverhalt Bst. D.g, "Preispolitik ADSL").

Bei der sog. Powerline Communications-/PLC-Technologie bildet das Stromnetz den Träger der Datenübertragung, wobei das elektronische Informationssignal mittels Trägerfrequenztechnik auf die Stromleitung moduliert wird. Dabei wird eine Verbindung zwischen der Steckdose des Endkunden und der nächsten Trafostation des Energieerzeugers hergestellt; von dort wird das elektronische Informationssignal in den Internet-Backbone überführt (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Sachverhalt Bst. D.h, "Preispolitik ADSL").

**4.2.3** Je nach Technologie, Marktsituation und Nachfrage kann die Übergabe des Datenstroms auf verschiedenen Netzsichten (Layers) und Netzebenen (lokal, regional, zentral) stattfinden (vgl. Botschaft vom 6. September 2017 zur Revision des Fernmeldegesetzes, BBl 2017 6559, S. 6616). Schicht 1 (Layer 1) ist die physikalische Schicht, bestehend etwa aus (unbeschalteten) Kupfer- und Koaxialkabeln. Bei Schicht 2 (Layer 2) handelt es sich um aktives Equipment zur Datenübertragung; auf dieser Ebene werden auch wichtige Parameter für Eigenschaften der Endprodukte (z.B. Bandbreiten bei Breitbandangeboten) festgelegt. Die nachfolgenden Schichten (Layer 3 – 7) können als Netzmanagement und Diens-

teebene bezeichnet werden (vgl. VON STOKAR/VETTORI/ZANDONELLA/PETER, Ansätze zur Regulierung von modernen Telekomnetzen, Schlussbericht vom 2. Dezember 2009 z.H. BAKOM, S. 21 f.).

Layer 5-7	Dienste
Layer 3-4	Netzmanagement (Bsp.: BBCS)
Layer 2	Aktives Equipment zur Datenübertragung (Bsp.: CES)
Layer 1	Faser, Kupferkabel (Bsp.: TAL)

#### 4.3 "Letzte Meile" und das regulierte Produkt TAL

Seit der Revision des Fernmeldegesetzes per 1. April 2007 können andere Fernmeldediensteanbieterinnen die "letzte Meile" von Swisscom nutzen. Diese gilt als klassisches Beispiel einer "essential facility", also einer Einrichtung, auf deren Mitgebrauch die Konkurrenten angewiesen sind (vgl. MATTHIAS AMGWERT/SIMON SCHLAURI, Netzzugang, in: Biaggini/Häner/Saxer/Schott, Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich 2015, Rz. 6.125; CHRISTOPH BEAT GRABER, "Lost Highway", in: Rechtsfragen rund um die KMU, Zürich 2003, S. 230; RAMIN SILVAN GOHARI, Die Essential Facilities-Doktrin, in: sic! 2019, S. 533 ff.). Mit der Regulierung der letzten Meile erhalten die FDA unter anderem direkten Zugang zu den Kupferleitungen im Anschlussnetz. Das diesbezügliche, auf dem Layer 1 anzusiedelnde Produkt der Swisscom ermöglicht es den FDA, eine vollständig entbündelte Teilnehmeranschlussleitung (TAL) zu nutzen. Dazu mietet eine alternative FDA von Swisscom die Kupferleitung vom Hausanschluss bis zur nächsten Anschlusszentrale. Auf dieser Leitung kann die FDA eigene Telekommunikationsleistungen wie Telefonie- und Internetdienste anbieten (vgl. Swisscom, Bericht zum Fortschritt der Entbündelung und Interkonnektion 1. Juli 2016-30. Juni 2017, S. 7; DANIEL ZIMMERLI/HANS RUDOLF TRÜEB, Wettbewerbsrecht und Wettbewerbsregulierung 2007-2009, in: Aktuelle Anwaltspraxis 2009, S. 715 ff., S. 718 f.). Um das Kupferkabel von Swisscom nutzen zu können, muss eine alternative FDA die Anschlusszentrale, von welcher die Kupferkabelleitungen ausgehen, erschliessen und dort Sende- und Empfangsgeräte installieren (sog. Entbündelung). Insofern führen die Beschwerdeführerinnen zu Recht aus, dass Investitionen nötig sind, damit

eine FDA von den regulierten TAL-Preisen profitieren kann (vgl. Stellungnahme vom 11. Dezember 2020, Rz. 42).



Quelle: [www.kleinreport.ch](http://www.kleinreport.ch) [Neues Fernmeldegesetz: Private Telekomanbieter erwarten "gleich lange Spiesse"]

Das regulierte Produkt TAL zeichnet sich aufgrund von Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG dadurch aus, dass es auf transparente und nichtdiskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen angeboten werden muss. Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung bedeutet nach der massgebenden Verordnung vom 9. März 2007 über Fernmeldedienste (FDV; SR 784.101.1) namentlich, dass andere Anbieterinnen nicht schlechter gestellt werden dürfen als Geschäftseinheiten, Tochterfirmen oder andere Partnerinnen der marktbeherrschenden Anbieterin (Art. 52 Abs. 2 FDV) und dass die Differenz zwischen den von der marktbeherrschenden Anbieterin angebotenen Zugangspreisen und ihren Endkundenpreisen einer vergleichbaren, effizienten Anbieterin erlauben muss, kostendeckende Erträge zu erwirtschaften (Art. 52 Abs. 2<sup>bis</sup> FDV). Nach dem Grundsatz der Transparenz hat die marktbeherrschende Anbieterin mindestens jährlich ein aktualisiertes Basisangebot für den Zugang zu ihren Einrichtungen und Diensten zu veröffentlichen (Art. 53 Abs. 1 FDV). Schliesslich verlangt der Grundsatz der Kostenorientiertheit, dass die Zugangspreise den Kosten entsprechen dürfen, die mit der Gewährung des Zugangs zu Diensten und Einrichtungen im Sinne von Art. 11 Abs. 1 FMG in einem kausalen Zusammenhang stehen (relevant costs; vgl. Art. 54 Abs. 1 FDV).

Weitere regulierte Produkte sind der schnelle Bitstromzugang (während vier Jahren), das Verrechnen von Teilnehmeranschlüssen des Festnetzes, die Interkonnektion, die Mietleitungen sowie der Zugang zu den Kabelkanalisationen, sofern diese über eine ausreichende Kapazität verfügen (Art. 11 Abs. 1 Bst. b-f FMG, in der bis Ende 2020 geltenden Fassung, AS 2007 921). Mit dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen "Zugang Mietleitungen" vom 28. Februar 2012 wurde das Produkt "Carrier Ethernet Services" (CES) den Mietleitungen im Sinne von Art. 11 Abs. 1

Bst. e FMG und damit dem Zugangsregime des FMG unterworfen (vgl. BVGE 2012/8 E. 12.4.6, "Zugang Mietleitungen"). Für diese Produkte gelten wie bei der TAL die Grundsätze der Transparenz, Nichtdiskriminierung und der Kostenorientiertheit. Zwar weisen die Beschwerdeführerinnen darauf hin, dass sie seit jenem Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts – und damit erst nach dem hier streitigen Ausschreibungsverfahren – die offerierten CES-Preise kostenorientiert berechnet hätten (vgl. Stellungnahme vom 11. Dezember 2020, Rz. 138). Wie die mit Teilverfügung der ComCom vom 11. Februar 2019 verfügten Senkungen aber zeigen, war dies offenbar zumindest teilweise nicht der Fall (vgl. Teilverfügung der ComCom vom 11. Februar 2019 E. 5.3.1.1 f. und Dispositiv-Ziff. 2, "Zugangsverfahren [IC, MLF 2014 – 2016]").

Sofern eine FDA keine Anschlusszentrale entbündelt hat, kann sie mittels kommerzieller Grosshandelsprodukte der Swisscom Zugang zu deren Anschlussnetz erhalten, um ein eigenes Endkunden-Internetangebot erstellen zu können. Dazu gehörten in den Jahren 2008 ff. etwa das in Layer 3 anzusiedelnde Produkt "Broadband Connectivity Service" (BBCS) (vgl. BGE 146 II 217 E. 3.2.2, "Preispolitik Swisscom ADSL") und das bereits genannte Produkt CES (auf Layer 2).

## **5. Rechtmässigkeit des vorinstanzlichen Verfahrens**

### **5.1 Erfüllung der formellen und materiellen Untersuchungsvoraussetzungen**

**5.1.1** In formeller Hinsicht rügen die Beschwerdeführerinnen, sie hätten von ihrer angeblich beherrschenden Stellung und vom Vorwurf missbräuchlichen Verhaltens zum Nachteil der Post erstmals aus dem Verfügungsantrag des Sekretariates an die vorinstanzliche Kommission vom 19. Dezember 2014 erfahren. Da dieser Vorwurf weder im Vorabklärungsschlussbericht noch im Eröffnungsschreiben noch in der Publikation der Untersuchung erwähnt worden sei, seien die formellen und materiellen Untersuchungsvoraussetzungen diesbezüglich nicht erfüllt.

**5.1.2** Formelle Voraussetzung einer Untersuchung ist nach Art. 27 Abs. 1 KG deren Eröffnung im Einvernehmen mit einem Präsidiumsmitglied (vgl. BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, BSK-KG, Art. 27, Rz. 53). Diesbezüglich machen die Beschwerdeführerinnen nicht geltend, die verlangte Zustimmung durch ein Präsidiumsmitglied sei verweigert worden.

**5.1.3** Materiell setzt die Eröffnung einer Untersuchung durch das Sekretariat voraus, dass Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung bestehen (Art. 27 Abs. 1 KG). Ob genügend Anhaltspunkte bestehen, hat das Sekretariat in der Regel zunächst im Rahmen der zur Vorbereitung der Untersuchung durchgeführten Vorabklärung zu ermitteln (vgl. KENJI IZUMI/ALEXANDRA BAUR, DIKE-KG, Art. 27, Rz. 7 ff.; ZIRLICK/TAGMANN, BSK-KG, Art. 27, Rz. 45 f.).

**5.1.4** In seinem Schlussbericht vom 24. Juni 2013 äusserte sich das Sekretariat entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerinnen zwar durchaus zu deren marktbeherrschenden Stellung, jedoch in der Tat nicht zu den einzelnen Verhaltensweisen der Beschwerdeführerinnen zum Nachteil der Post (vgl. Schlussbericht vom 24. Juni 2013 Ziff. 229 ff., act. 76 der Vorinstanz).

Im Schreiben vom 18. Juli 2013, mit welchem den Beschwerdeführerinnen mitgeteilt wurde, dass gegen sie eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG eröffnet werde, wurde sodann offengelassen, zu wessen Nachteil sich das zu untersuchende Verhalten der Beschwerdeführerinnen auswirke. Die beigelegte Medienmitteilung und der beigelegte Schlussbericht vom 24. Juni 2013 präzisieren indessen, dass sich das Verhalten der Beschwerdeführerinnen zum Nachteil von Konkurrenten ausgewirkt habe (vgl. Schreiben der Vorinstanz vom 18. Juli 2013, act. 77 der Vorinstanz).

Auch aus der Publikation der Untersuchungseröffnung vom 30. Juli 2013 ergibt sich neben der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung lediglich, dass Handlungen der Beschwerdeführerinnen zu Ungunsten von Konkurrenten untersucht würden. Handlungen zum Nachteil der Post werden aber nicht erwähnt (vgl. Bekanntmachung der Vorinstanz vom 30. Juli 2013, BBI 2013 6192).

Somit wussten die Beschwerdeführerinnen bei Untersuchungseröffnung noch nicht, dass auch ihr im Rahmen der WAN-Ausschreibung an den Tag gelegtes Verhalten zum Nachteil der Post untersucht würde. Demnach wurde der Untersuchungsgegenstand nach der Eröffnung um diesen Punkt erweitert.

Eine nach amtlicher Publikation erfolgte Änderung oder Ausweitung des Untersuchungsgegenstands erfordern eine erneute Mitteilung an das von der Untersuchung betroffene Unternehmen sowie eine erneute amtliche Publikation (vgl. MARTIN RAUBER, Verteidigungsrechte von Unternehmen

im kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren, in: Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht [SSHW], 2010, Nr. 292, S. 25). Dies gilt namentlich dann, wenn eine bereits eröffnete und publizierte Untersuchung auf weitere Unternehmen ausgedehnt wird (vgl. STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, S. 203, mit Verweis auf Verfügung der WEKO vom 4. Dezember 2000, in: RPW 2000/4 S. 591 f.) oder wenn das Sekretariat erst im Verlaufe der Untersuchung zur Überzeugung gelangt, dass eine Verletzung des KG vorliegen könnte, welche zu einer direkten Sanktion führen würde (vgl. RAUBER, a.a.O., S. 25). Wird dagegen eine bereits publizierte Untersuchung nur in Bezug auf die untersuchten Tatbestände ausgedehnt – beispielsweise wenn eine aufgrund einer mutmasslichen Wettbewerbsabrede nach Art. 5 KG eröffnete Untersuchung später auf den Tatbestand von Art. 7 KG ausgedehnt wird –, ist fraglich, ob auch diesfalls eine erneute Publikation zwingend ist (vgl. BILGER, a.a.O., S. 203, Fn. 132).

**5.1.5** Im vorliegenden Fall wurden die Untersuchungshandlungen nicht auf ein weiteres Unternehmen ausgedehnt, und es wurde auch nicht neu eine Sanktion in Erwägung gezogen. Die Untersuchung weitete sich lediglich dahingehend aus, dass das Verhalten der Beschwerdeführerinnen nicht nur im Hinblick auf einen möglichen Nachteil der Konkurrentinnen, sondern auch der Post geprüft wurde. Insofern kann der Vorinstanz nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass sie diese geringe Erweiterung des Untersuchungsgegenstandes hätte publizieren müssen.

**5.1.6** Der Vorwurf der Beschwerdeführerinnen, die formellen und materiellen Untersuchungsvoraussetzungen seien nicht erfüllt gewesen, stösst somit ins Leere.

## **5.2 Untersuchungsgrundsatz**

**5.2.1** Die Beschwerdeführerinnen rügen zudem, die Vorinstanz habe den Untersuchungsgrundsatz verletzt, indem sie weder die Verhältnisse im Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich noch das Verhältnis von Offertpreis und wirtschaftlichem Wert der Leistung für die Post untersucht und analysiert habe (vgl. Beschwerde, Rz. 109, 172). Des Weiteren bemängeln die Beschwerdeführerinnen die fehlende Befragung der Marktgegenseite und vermeintlich Geschädigter sowie fehlende und falsche Untersuchungen betreffend die Marktbeherrschung und die den Beschwerdeführerinnen vorgeworfenen Verhaltensweisen (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 11. Dezember 2020,



Rz. 257 ff.) und machen unter dem Aspekt der Unschuldsvermutung insbesondere geltend, die Vorinstanz habe sich nur marginal und ansatzweise mit Upc auseinandergesetzt (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 11. Dezember 2020, Rz. 281). Diese Vorbringen werden nachfolgend zunächst als formelle Rüge im Rahmen des Untersuchungsprinzips (vgl. auch Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 6.5.4.2, "Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau") und später als Sachverhaltsvorbringen (Wiedergabe einer Aussage der Beschwerdeführerinnen betreffend Projektabrechnung und Würdigung der Stellungnahmen des BAKOM) im materiellen Teil behandelt (vgl. nachfolgende E. 8.2.3 und 8.3.2.3).

**5.2.2** Sowohl im Kartellverwaltungsverfahren als auch im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 12 VwVG i.V.m. Art. 39 KG bzw. Art. 37 VGG der Sachverhalt von Amtes wegen zu untersuchen (vgl. Urteil des BGer 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007 E. 10.2, "Buchpreisbindung"; Urteile des BVGer B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 E. 5, "Gaba"; B-2977/2007 E. 3, "Publigruppe").

Im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes sind von der Vorinstanz die rechtserheblichen Tatsachen abzuklären, also jene faktischen Entscheidungsgrundlagen, die für die Regelung des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses relevant sind (vgl. BGE 143 II 425 E. 5.1; Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 185, "Preispolitik ADSL"; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, Art. 12, Rz. 22 und 28). Die behördliche Untersuchungspflicht wird ergänzt durch die Mitwirkungspflichten der Parteien nach Art. 13 VwVG i.V.m. Art. 40 KG (vgl. BGE 143 II 425 E. 5.1). Zusätzliche Tatsachen, die erst aufgrund einer abweichenden Rechtsauffassung der Beschwerdeführerinnen fallrelevant werden, sind von diesen darzulegen und manifestieren keine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes durch die Vorinstanz (vgl. Urteil des BVGer B-3618/2013 Rz. 17, "Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich", mit weiteren Hinweisen).

**5.2.3** Was die Marktverhältnisse im Endkunden- und im Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betrifft, hat sich die Vorinstanz hauptsächlich auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. Februar 2009 in Sachen "Schneller Bitstrom" abgestützt (vgl. BVGE 2009/35). Da dieses Urteil, dem unter anderem das auch Sunrise, Upc und weitere Anbieter behandelnde Gutachten der WEKO vom 3. September 2007 zu Grunde gelegt ist und das denselben Zeitraum wie hier betrifft (vgl. RPW 2008/1 S. 222 ff.), in Rechtskraft erwachsen ist, ist der

Vorinstanz nicht vorzuwerfen, sie hätte darüber hinaus weitere Untersuchungshandlungen vornehmen müssen.

Zwar wurde im Verfahren "Schneller Bitstrom" nicht zwischen Privatkunden- und Geschäftskundenmarkt unterschieden, wie die Beschwerdeführerinnen zutreffend festhalten. Dies ändert indessen nichts daran, dass gemäss den dortigen Feststellungen des Bundesverwaltungsgerichts auf dem ganzen Wholesale-Markt, d.h. auf dem Wholesale-Markt für Privat- und Geschäftskunden, kein alternatives, mit dem Swisscom-Angebot vergleichbares Angebot vorhanden war.

Wie zudem zu zeigen sein wird, hätte die Vorinstanz aufgrund der Schwierigkeit, einen wirtschaftlichen Wert einer Leistung festzustellen, auch nicht zwingend das Verhältnis zwischen Offertpreis und wirtschaftlichem Wert der Leistung für die Post untersuchen müssen (vgl. E. 8.2.1).

**5.2.4** Hinsichtlich der gerügten fehlenden Befragungen (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 11. Dezember 2020, Rz. 257-259) ist zunächst folgende Feststellung zu treffen: Die Vorinstanz hat die Beschwerdeführerinnen (vgl. etwa act. 6, 41, 55), Sunrise (vgl. act. 15, 42, 54) sowie das BAKOM in der vorliegenden Angelegenheit mehrfach befragt, entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerinnen auch die Post, indessen tatsächlich nicht zu ihrer Stellung als Geschädigte (vgl. Auskunftersuchen vom 4. November 2010 zum Vergabeverfahren WAN-Anbindung, act. 51). Des Weiteren stellte die Vorinstanz, wie bereits ausgeführt, auf das von ihr erstellte Gutachten in Sachen "Schneller Bitstrom" sowie auf einschlägige Urteile ab (vgl. etwa Verfügung, Rz. 335 ff.). Somit war die Vorinstanz im Besitz zahlreicher Erkenntnisquellen, die es ihr ermöglichten, ausreichende Abklärungen auch in Bezug auf die Post vorzunehmen.

Wie die materielle Prüfung zeigen wird, erweisen sich zahlreiche von den Beschwerdeführerinnen vermisste Untersuchungshandlungen (Untersuchung der Nachfragemacht der Post, der Preise in vergleichbaren Märkten, der Gewinnmarge, der "Gegenrechnung" der Beschwerdeführerinnen, des Vorliegens einer Notlage, der Unabdingbarkeit; vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 11. Dezember 2020, Rz. 261 ff.) aufgrund des vorliegenden Beweisergebnisses oder eigener Abklärungen des Bundesverwaltungsgerichts als nicht respektive nicht mehr nötig oder gehen auf eine andere Rechtsauffassung der Beschwerdeführerinnen zurück (vgl. nachfolgende E. 7.6.5.3, 8.2.3 f., 8.3.2.3 und 8.4.1).

Schliesslich hat die Vorinstanz entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerinnen durchaus den Leistungsumfang und die Kosten der Produkte TAL, BBCS und CES (vgl. Verfügung, Kapitel A.3.3 "Vorleistungsprodukte von Swisscom", Rz. 107 ff.) sowie die Ausübung ökonomischen Drucks untersucht (vgl. Verfügung, Kapitel B.3.2.1 "Erzwingung unangemessener Preise", u.a. Rz. 418, 427, 441, 447). Auch können den Ausführungen in der angefochtenen Verfügung die einzelfallbezogenen Auswirkungen der Kosten-Preis-Schere bei Sunrise entnommen werden (vgl. Verfügung, Rz. 514 ff.).

**5.2.5** Selbst wenn der Vorinstanz vorzuwerfen wäre, sie hätte weitere Untersuchungshandlungen vornehmen müssen, erwiese sich eine Rückweisung an sie aufgrund eigener Ergänzungen des Bundesverwaltungsgerichts nicht als angezeigt. Im Ergebnis kann der Vorinstanz nicht zum Vorwurf gemacht werden, sie habe den Untersuchungsgrundsatz verletzt.

### **5.3 Rechtliches Gehör**

**5.3.1** Des Weiteren werfen die Beschwerdeführerinnen der Vorinstanz hinsichtlich der Differenzierung zwischen TAL und BBCS/CES (vgl. E. 4.3) sowie der Festsetzung des unrechtmässigen Gewinns bei der Sanktionsberechnung (vgl. E. 10.4.7) einen Verstoss gegen die Begründungspflicht und damit eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör vor (vgl. Beschwerde, Rz. 208 ff., 347). Zudem bemängeln sie, sie hätten keine Einsicht in den Evaluationsbericht der Post mit näheren Angaben über die Konkurrenzofferten erhalten. Aus der ihnen zugestellten Version der angefochtenen Verfügung seien die von Sunrise und Upc offerierten Preise nur in Bandbreiten ersichtlich (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 11. Dezember 2020, Rz. 273 ff.).

**5.3.2** Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV (SR 101) umfasst unter anderem das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines in seine Rechtsstellung eingreifenden Akts zur Sache äussern zu können (vgl. BGE 136 I 184 E. 2.2.1; 122 II 274 E. 6b). Er verlangt von der Behörde, dass sie seine Vorbringen tatsächlich hört, ernsthaft prüft und in ihrer Entscheidungsfindung angemessen berücksichtigt (vgl. BGE 136 I 184 E. 2.2.1; 123 I 31 E. 2c). Die Begründung muss so abgefasst sein, dass der Betroffene den Entscheid gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann. Sie muss kurz die wesentlichen Überlegungen nennen, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sie ihren Entscheid stützt. Nicht erforderlich ist, dass sich die Begründung mit allen

Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt (vgl. BGE 136 I 184 E. 2.2.1; 133 III 439 E. 3.3).

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur, womit seine Verletzung ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides führt (vgl. BGE 135 I 187 E. 2.2; 125 I 113 E. 3; 122 II 464 E. 4a). Nach der Rechtsprechung ist die Heilung einer – nicht besonders schwerwiegenden – Gehörsverletzung aber ausnahmsweise dann möglich, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt als auch die Rechtslage frei überprüfen kann (vgl. BGE 133 I 201 E. 2.2, mit Verweis auf BGE 127 V 431 E. 3d/aa).

**5.3.3** Die Vorinstanz hat zwischen Poststandorten, bei welchen TAL eingesetzt werden kann, und solchen, bei welchen die kommerziellen Produkte CES oder BBCS eingesetzt werden müssen, differenziert und begründet, wie sie die einzelnen Szenarien und damit die unterschiedlichen TAL-Anteile sowie die Kosten berechnet hat (vgl. Rz. 173 ff. der angefochtenen Verfügung). Insofern hat die Vorinstanz zum Ausdruck gebracht, weshalb sie die untersuchten Preise als unangemessen erachtet. Der von den Beschwerdeführerinnen in diesem Zusammenhang vorgebrachte Vorwurf, die Vorinstanz habe ihre Begründungspflicht verletzt (vgl. Rz. 210 der Beschwerde), stösst somit ins Leere.

Zu Recht rügen die Beschwerdeführerinnen hingegen die mangelnde Begründung für die Festsetzung des mutmasslichen unrechtmässigen Gewinns auf CHF [5-7] Mio. Offenbar hat die Vorinstanz aufgrund von Unsicherheiten im Zusammenhang mit ihren Berechnungen pauschal einen [...] %-"Rabatt" gewährt, was zusätzlich der Erläuterung bedarf und den Mangel einer fehlenden Begründung nicht aufzuheben vermag. Die Vorinstanz hat erst in ihrer Vernehmlassung eine nachvollziehbare und zutreffende Begründung nachgereicht, weshalb der Anspruch auf rechtliches Gehör der Beschwerdeführerinnen zwar als verletzt, die Verletzung aber vor dem Bundesverwaltungsgericht, welches über die gleiche Kognition in Rechts- und Sachverhaltsfragen wie die Vorinstanz verfügt (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 205, "Preispolitik ADSL"), als geheilt zu betrachten ist.

Was die Einsicht in den Evaluationsbericht respektive die offerierten Preise der Wettbewerber betrifft, ist festzuhalten, dass im Submissionsverfahren die Vertraulichkeit der eingereichten Offerten gewährleistet ist; sie genießen Schutz als Geschäftsgeheimnisse. Auch im Rechtsmittelstadium gewähren die unmittelbar durch die Verfassung gewährleisteten Minimalgarantien grundsätzlich keinen Anspruch auf (direkte) Einsicht in die Offertunterlagen von Konkurrenten (vgl. Urteil des BGer 2P.193/2006 vom 29. November 2006 E. 3.1; Zwischenvennverfügung des BVGer B-562/2015 vom 23. Juni 2015 E. 4.4.1). Diese für das Submissionsverfahren geltenden Grundsätze dürfen in einem wettbewerbsrechtlichen Verfahren nicht umgangen werden. Hinzu kommt, dass Swisscom Zuschlagsempfängerin war und somit mangels eines Rechtsschutzinteresses ohnehin kein Akteneinsichtsrecht in den Evaluationsbericht mit den Angaben zu den offerierten Preisen gehabt hätte (vgl. Art. 23 Abs. 2 des alten, zur Zeit des vorliegenden Submissionsverfahrens geltenden Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen, in der Fassung vom 1. Januar 2008 [*aBöB*; AS 1996 508]). Das Akteneinsichtsrecht der Beschwerdeführerinnen in Bezug auf die Konkurrenzofferten ist somit nicht verletzt worden.

## **6. Marktabgrenzung**

### **6.1 Definition des relevanten Markts**

Das Kartellgesetz definiert den Begriff des relevanten Markts nicht näher. Der Bundesrat formulierte jedoch in der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) eine Legaldefinition, welche nach ständiger Rechtsprechung nicht nur für Unternehmenszusammenschlüsse, sondern auch für Wettbewerbsabreden und das Verhalten marktbeherrschender Unternehmen gilt (vgl. BGE 139 I 72 E. 9.1, "Publigroupe"; BGE 146 II 217 E. 9.2.1, "Preispolitik Swisscom ADSL"; Urteil des BVGer B-506/2010 E. 9, "Gaba"). Danach lassen sich der sachlich, der räumlich und der zeitlich relevante Markt unterscheiden.

### **6.2 Sachlich relevanter Markt**

Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU). Seine Definition erfolgt somit von der Marktgegenseite

des Unternehmens aus, welchem das unzulässige Verhalten vorgeworfen wird (vgl. BORER, a.a.O., Art. 5, Rz. 11; RETO A. HEIZMANN, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, Zürich/Basel/Genf 2005, Rz. 280). Deren Optik ist dafür massgebend, ob Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen, nämlich ob sie hinsichtlich ihrer Eigenschaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden. Entscheidend ist die Erwartung funktioneller Austauschbarkeit (sog. Bedarfsmarktkonzept) von Waren und Dienstleistungen (vgl. BGE 139 I 72 E. 9.2.3.1, "Publigruppe"; 129 II 18 E. 7.3.1, "Buchpreisbindung"; Urteil des BGer 2C\_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 5.2.1, "Ticketvertrieb Hallenstadion Zürich"; Urteil des BVGer B-2050/2007 vom 24. Februar 2010 E. 9.1, "Terminierungspreise Mobilfunk" [=BVGE 2011/32]).

In einem Submissionsverfahren bilden die anbietenden Unternehmen die Marktgegenseite zum öffentlichen Auftraggeber (Vergabestelle). Was substituierbar ist, wird durch die publizierten Eignungskriterien und die Ausschreibungsunterlagen definiert (vgl. Urteil des BVGer B-420/2008 vom 1. Juni 2010 E. 9.1.1, "Strassenbeläge Tessin"; RPW 2009/4 S. 342 und RPW 2002/1, S. 141, beide i.S. "Betonsanierung Landesbibliothek"; BENEDICT F. CHRIST, Die Submissionsabsprache, Freiburg 1999, Rz. 301 ff.; CHRISTOPH HEITZ, Die Sanktionierung von Submissionsabsprachen, Zürich 2008, S. 86 f.).

### **6.2.1 Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich**

Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz sowohl einen "Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich" als auch einen engeren "Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffend die Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung" abgegrenzt (vgl. Verfügung, Rz. 316 ff.).

Die Beschwerdeführerinnen wehren sich gegen die Abgrenzung des weiteren "Endkundenmarkts für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich", da im vorliegenden Fall nur die Verhältnisse im Hinblick auf die konkrete Ausschreibung der Post relevant seien (vgl. Beschwerde, Rz. 133).

Fraglich ist jedoch, ob nicht vielmehr der "Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffend die Ausschreibung

der Post im Bereich WAN-Anbindung" entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen zu eng ist. Denn eine einzelne Submission stellt nicht in jedem Fall einen eigenen Markt ("Submissionsmarkt") dar. Unter Umständen ist es vielmehr angezeigt, den Markt weiter zu fassen (vgl. BEAT ZIRLICK / MARC BLATTER / SIMON BANGERTER, Äpfel mit Birnen vergleichen?, in: Jusletter 11. September 2017, S. 14). Im vorliegenden Fall umfasst der von der Vorinstanz abgegrenzte Markt ein einzelnes Vertragsverhältnis, das aus der Post-Ausschreibung resultierte. Damit richten sich diese Marktabgrenzung und die daran anschliessende Beurteilung im Endeffekt mehr auf die Analyse des persönlich-zivilrechtlich als eines volkswirtschaftlich-verwaltungsrechtlich angerichteten Schadens. Im Hinblick auf den Zweck von Art. 7 KG ist eine solche Marktabgrenzung indessen nicht ausgeschlossen, da Art. 7 KG nicht nur dem Schutz des Wettbewerbs als Ordnungssystem, sondern auch der einzelnen Wettbewerber dient (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 Rz. 1122, "Six Group").

Der weiter gefasste "Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich" gestattete es der Vorinstanz, die Wettbewerbsverhältnisse jenseits des Submissionsmarktes aufzuzeigen. Da sich die Vorwürfe der Vorinstanz indessen letztlich auf das konkrete Verhalten der Beschwerdeführerinnen anlässlich der Ausschreibung der Post beschränken (vgl. etwa angefochtene Verfügung, Rz. 531, 532 und 534), spielt der weiter gefasste Endkundenmarkt faktisch nur noch als Vergleichshintergrund eine Rolle. Insofern kann die Frage, ob es sinnvoller gewesen wäre, nur einen "Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich" abzugrenzen, offengelassen werden.

Daher ist nachfolgend lediglich von einem "Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffend die Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung" auszugehen. Entsprechend muss auf die Kritik der Beschwerdeführerinnen, die Vorinstanz habe den umfassenden Endkundenmarkt im Rahmen der rechtlichen Erläuterungen ignoriert (vgl. Eingabe vom 11. Dezember 2020, Rz. 80), nicht mehr eingegangen werden.

Wie ausgeführt, hat die Post die von ihr nachgefragten WAN-Dienstleistungen im Rahmen eines selektiven Verfahrens ausgeschrieben. Das selektive Verfahren wird in zwei Phasen durchgeführt: Zuerst können alle Bewerber einen Antrag auf Teilnahme einreichen. Der Auftraggeber bestimmt aufgrund von vorgängig festgelegten Eignungskriterien die Bewerber, die daraufhin ein Angebot einreichen können (vgl. CLAUDIA SCHNEIDER HEUSI,

Vergaberecht, Zürich 2014, S. 52 f.; Art. 15 *aBöB*). Den Unternehmen, die ein solches Angebot eingereicht haben, steht die Post als potentielle Auftraggeberin und Endkundin, d.h. als Geschäftskundin, gegenüber. Aus ihrer Sicht umfasst der sachlich relevante Markt die durch sie ausgeschriebenen WAN-Dienstleistungen zwecks Breitbandanbindung von Poststandorten.

### **6.2.2 Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten**

Weiter hat die Vorinstanz zwei Wholesale-Märkte (Grosshandelsmärkte) abgegrenzt. Dabei handelt es sich einerseits um den "Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten", bezüglich dessen die Vorinstanz im vorliegenden Fall keinen wettbewerblich relevanten Vorwurf erhebt, und andererseits um den "Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich" (anschliessende E. 6.2.3). Auf diesen Wholesale-Märkten werden Vorleistungen für die Breitbandanbindung von Endkunden verkauft, d.h. die Nachfrage wird wesentlich von den Endkunden des nachgelagerten Markts bestimmt (abgeleitete Nachfrage; vgl. etwa Urteil des BGer 2C\_113/2017 E. 5.2.4, "Ticketvertrieb Hallenstadion Zürich").

Beim erstgenannten "Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur" geht es um einen sogenannten Layer 1-Zugang. Mit diesem Zugang erhält die für ein Endkundenangebot nachfragende FDA eine direkte physische Leitung zum Endkunden (z.B. ein Kupferkabel), welche sie exklusiv nutzen kann. Auf dieser Leitung kann die FDA eigene Telekommunikationsleistungen wie Telefonie- und Internetdienste und IP-TV anbieten. Das diesbezügliche Produkt TAL ist reguliert. Es muss nach Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG auf transparente und nichtdiskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen erbracht werden. Die Nutzung der TAL setzt die Entbündelung von Anschlusszentralen voraus (vgl. E. 4.3) und erfordert damit namhafte Investitionen. Da es sich bei der TAL um ein (zweidrahtiges) Kupferkabel handelt (vgl. AMGWERT/SCHLAURI, a.a.O., Rz. 6.121 f.), bezeichnet die Vorinstanz die entsprechenden Übertragungsgeschwindigkeiten als kupferkabelbasiert.

Angesichts der Tatsache, dass Sunrise ihre gegenüber der Post eingereichte Offerte auf Leistungen abstützt, die sie auf beiden vorgenannten



Wholesale-Märkten bezieht, stellt sich die Frage, ob von einem gemeinsamen Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen ausgegangen werden soll.

Die Substituierbarkeit zwischen der im "Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten" angesiedelten TAL und den im "Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich" angesiedelten Dienstleistungen BBCS und CES (vgl. nachfolgende E. 6.2.3) ist indessen bereits in technischer Hinsicht nur teilweise gegeben: Einerseits setzt die Nutzung der TAL die Entbündelung einer Anschlusszentrale voraus. Andererseits scheitert die Substituierbarkeit an den physikalischen Restriktionen des Kupferkabels. Denn das Kupferkabel erfährt sowohl bei steigender Frequenz als auch bei zunehmender Entfernung eine Dämpfung, d.h. die Datenrate wird im Verhältnis zur Länge der Leitung verringert (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 163). Das BAKOM geht davon aus, dass bei einer Leitungslänge von 1'800 Metern eine Übertragungsrate von 1.8 Mbit/s, bei einer Leitungslänge von 2'500 Metern 1.2 Mbit/s und bei einer Leitungslänge von 2'700 Metern noch 1 Mbit/s möglich sind (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 178, mit Verweis auf Schreiben BAKOM vom 30. August 2012 [act. 72]).

Zudem besteht eine massive Preisdifferenz zwischen dem Wholesale-Angebot für TAL einerseits und den Wholesale-Angeboten für BBCS sowie CES andererseits: So betrugen zur Zeit des Zuschlags im Jahr 2009 die monatlichen Preise für die TAL CHF 18.80, für BBCS CHF 215 (in der kleinsten zur Verfügung stehenden Anbindung mit 1.2 Mbit/s) und für CES CHF 490 (in der kleinsten zur Verfügung stehenden Anbindung mit bis zu 2 Mbit/s; vgl. angefochtene Verfügung, Tabelle 31 in Rz. 188 und Rz. 469 ff.).

Auch der Leistungsumfang der verschiedenen Angebote ist unterschiedlich: So erklärte das BAKOM in seiner Stellungnahme vom 10. Juli 2015, die Produkte BBCS und CES unterschieden sich, insbesondere im Vergleich zur TAL, stark in den Leistungen sowie in den Verantwortlichkeiten und Garantien, welche Swisscom anbiete und übernehme. Damit müsse eine FDA wie Sunrise je nach bezogenem Vorleistungsprodukt selbst mehr oder weniger Eigenleistungen erbringen (vgl. Stellungnahme des BAKOM vom 10. Juli 2015, E. 2.1 [Vorakten act. 158]). CES bestehe im Unterschied zur TAL aus je einem Access an beiden Enden mit bis zu zwei Anschlussleitungen, aus einer Backbone-Strecke je nach Verbindungstyp und beinhalte Service Assurance-Leistungen (vgl. Stellungnahme des BAKOM vom

10. Juli 2015, E. 3.2.2 [Vorakten act. 158]). Schliesslich stellte das BAKOM fest, bei CES werde von Swisscom mittels aktiver Netztechnik ein Dienst mit verschiedenen Dienstleistungen und Qualitätsgarantien erbracht. Damit beanspruche CES im Vergleich zur TAL zusätzliche passive Linientechnik und es fielen relativ hohe Kosten für die Plattformtechnologien sowie für die Leistungen im Corenetz an. Das Produkt BBCS beschrieb das BAKOM als eine von Swisscom sichergestellte Anbindung zwischen dem Netz eines Kunden und dem Netz einer die Swisscom konkurrierenden FDA. Die gesamte Übertragungsausrüstung zwischen den beiden Zugangspunkten sei im Eigentum von Swisscom, welche sämtlichen Verkehr zwischen beiden Punkten gewährleiste (vgl. Stellungnahme des BAKOM vom 10. Juli 2015, S. 14 [Vorakten act. 158]). Bei der TAL beschränke sich die Leistung der Swisscom auf die Zurverfügungstellung des Kupferkabels oder einer Glasfaserleitung (vgl. Stellungnahme des BAKOM vom 10. Juli 2015, S. 13 [Vorakten act. 158]). Wie sich den Ausführungen des BAKOM (und den Produktsheets von Swisscom) somit entnehmen lässt, verfügen die kommerziellen Vorleistungsprodukte CES und BBCS über einen grösseren Leistungsumfang als das regulierte Produkt TAL, wobei CES wiederum mehr Leistungen als BBCS umfasst.

Hinzu kommt, dass den Beschwerdeführerinnen ohnehin nur auf dem "Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich" ein wettbewerbsrechtlich relevanter Vorwurf gemacht wird. Insofern kann die Frage offengelassen werden, ob allenfalls ein "erweiterter Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich", der tatsächlich substituierbare regulierte und kommerzielle Dienstleistungen umfassen würde, hätte abgegrenzt werden können.

Die Beschwerdeführerinnen betonen somit zwar zu Recht, dass die beschränkte Substituierbarkeit keinen unmittelbaren Preisvergleich zwischen den Produkten erlaube, doch kritisieren sie die aufgrund von Teilsostituierbarkeit getroffene Marktabgrenzung, die die Produkte durchaus nicht miteinander gleichsetzt, zu Unrecht als widersprüchlich (vgl. Eingabe vom 11. Dezember 2020, Rz. 75 ff.). Vielmehr dient der von der Vorinstanz abgegrenzte "Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten", auf dem sich Anbieterinnen des Vorleistungsprodukts TAL und FDA, welche die TAL zur Erfüllung der Post-Ausschreibung benötigen, als Nachfragerinnen gegenüberstehen, letztlich nur der Beschreibung der darauf herrschenden Wettbewerbskräfte.

### **6.2.3 Wholesale-Markt betreffend Breitbanddienstleistungen**

Soweit FDA zur Erfüllung des Post-Auftrags keine entbündelten Teilnehmeranschlussleitungen bis zu den Poststellen haben oder über keine eigene Netzwerkinfrastruktur verfügen, haben sie die Möglichkeit, als Wiederverkäuferinnen Breitbanddienstleistungen bei einer infrastrukturbasierenden Anbieterin einzukaufen. Dabei handelt es sich um Layer 2- und Layer 3-Angebote. Swisscom bietet beispielsweise die Dienstleistungen BBBS (Layer 3) und CES (Layer 2) an. Diesbezüglich hat die Vorinstanz sachlich zutreffend einen "Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich" abgegrenzt.

Auf diesem Markt stehen sich Anbieterinnen von Breitbanddienstleistungen als Vorprodukte und FDA, welche bis zu den Poststellen weder über entbündelte Teilnehmeranschlussleitungen noch über eine eigene Netzwerkinfrastruktur verfügen, und Breitbanddienstleistungen zur Erfüllung des Post-Auftrags anbieten wollen, als Nachfragerinnen gegenüber.

### **6.3 Räumlich relevanter Markt**

Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU).

Ort der Dienstleistungserbringung sind Poststandorte in der ganzen Schweiz. Demzufolge umfasst der räumlich relevante Markt die Schweiz (vgl. auch: FISCHER, a.a.O., S. 126).

### **6.4 Zeitlich relevanter Markt**

Im Rahmen der zeitlichen Marktbestimmung ist zu klären, während welcher Dauer bzw. zu welchem Zeitpunkt substituierbare Angebote im massgeblichen geografischen Gebiet verfügbar bzw. nachgefragt sind (vgl. STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 116). Der zeitliche Aspekt der Marktabgrenzung erlangt immer dann Bedeutung, wenn bestimmte Märkte nur saisonal oder über eine kurze Zeit bestehen, was beispielsweise bei Fachmessen und Submissionen der Fall ist (vgl. BORER, a.a.O., Art. 5 Rz. 16; CHRIST, a.a.O., Rz. 307; HEITZ, a.a.O., S. 88; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 118, mit weiteren Beispielen).

Namentlich in Submissionsverfahren kann der zeitlich relevante Markt sehr eng sein (vgl. ROLAND KÖCHLI/PHILIPPE M. REICH, in: Baker & McKenzie

[Hrsg.], Kartellgesetz, Bern 2007, Art. 4, Rz. 47). Der Wettbewerb beginnt jeweils mit der Ausschreibung eines Vorhabens durch den Ausschreiber und endet spätestens mit dem Vertragsabschluss (vgl. RPW 2009/4 S. 342 und RPW 2002/1, S. 141, beide i.S. "Betonsanierung Landesbibliothek", je mit Verweis auf IMMENGA, Bietergemeinschaft im Kartellrecht – ein Problem potentiellen Wettbewerbs, in: Der Betrieb, 1984, S. 385; HEITZ, a.a.O., S. 88; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 118). Der "Hauptwettbewerb" spielt sich vor der Eingabe der Angebote ab, in dieser Zeit arbeiten die Unternehmen ihre Angebote aus, die massgebend für das Spiel von Angebot und Nachfrage sind (vgl. CHRIST, a.a.O., Rz. 308). Zum Zeitpunkt der Ausschreibung hängt es von der Verfahrensart ab, wie gross der Submissionsmarkt ist. So umfasst er bei der zweiten Stufe des selektiven Verfahrens nur jene Bieter, die zur Offertstellung eingeladen werden, und nach der Eingabe der Angebote höchstens noch die geeigneten Bieter, die ein Angebot eingereicht haben (vgl. RPW 2009/4 S. 342 und RPW 2002/1, S. 142, beide i.S. "Betonsanierung Landesbibliothek"; CHRIST, a.a.O., Rz. 310 ff.; HEITZ, a.a.O., S. 88).

Die Post hat den Auftrag für die Errichtung und den Betrieb eines Wide Area Network am 21. April 2008 im selektiven Verfahren ausgeschrieben (vgl. SHAB-Mitteilung 126/76 vom 21. April 2008). Als geeignete Anbieterinnen kamen nach Angaben der Post die Unternehmen Upc Cablecom GmbH, Sunrise Communications AG sowie die Swisscom (Schweiz) AG in Frage. Diese durften in der Folge ein Angebot einreichen. Schliesslich erhielt die Swisscom am 14. Januar 2009 den Zuschlag.

Somit ist der relevante Markt in zeitlicher Hinsicht auf den 21. April 2008 bis zum Zuschlag am 14. Januar 2009 respektive bis zum anschliessenden Vertragsschluss am 27. Februar/6. März 2009 festzulegen.

## **6.5 Zwischenergebnis Marktabgrenzung**

Für die Ermittlung der Marktstellung sind auf Grund der vorstehenden Feststellungen folgende schweizweiten Märkte im Zeitraum vom 21. April 2008 bis am 14. Januar 2009 (respektive spätestens bis 27. Februar/6. März 2009) relevant:

- Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten;
- Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich;

- Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffend die Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung.

## 7. Marktstellung

### 7.1 Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens

Als marktbeherrschend gelten einzelne oder zusammenhängende Unternehmen, die 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), insbesondere wenn diese keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten haben; entscheidend ist die Möglichkeit des unabhängigen Verhaltens eines Unternehmens am entsprechenden Markt (vgl. BGE 139 I 72 E. 9.3.1, "Publigroupe"; 129 II 497 E. 6.3.1, "Entreprises Electriques Fribourgeoises [EEF]/Watt Suisse AG"; Urteil des BGer 2C\_113/2017 E. 5.5.1, "Ticketvertrieb Hallenstadion Zürich"; KÖCHLI/REICH, a.a.O., Art. 4, Rz. 31 und 34; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 175; ROGER ZÄCH, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen [nachfolgend: ZÄCH, Verhaltensweisen], in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Basel, 2000, Bd. 5/2, S. 137 ff., S. 172; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., S. 281). Marktbeherrschende Unternehmen können in wichtigen Belangen entscheidende Wettbewerbsparameter ohne Rücksicht auf Mitbewerber und Kunden nach eigenem Gutdünken festlegen (vgl. Urteil des BGer 2C\_113/2017 E. 5.5.1, "Ticketvertrieb Hallenstadion Zürich"; DUCREY, a.a.O., Rz. 1626; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 175).

Zur Untersuchung der Stellung eines Unternehmens auf einem Markt sind alle konkret relevanten Kriterien im Sinne einer Gesamtprüfung der Verhältnisse heranzuziehen (vgl. HEIZMANN, a.a.O., Rz. 305; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 179). Zu den massgeblichen Kriterien zählen die Marktstrukturdaten, d.h. insbesondere der Marktanteil des in Frage stehenden Unternehmens und die Marktanteile der übrigen, auf dem gleichen Markt agierenden Konkurrentinnen, sowie deren Entwicklung (vgl. Urteil des BVGer B-2977/2007 E. 6.1, "Publigroupe"; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 583). Weiter relevant sind die Eigenschaften des betreffenden Unternehmens, wie etwa dessen Finanzkraft und Grösse sowie andere marktspezifischen Eigenschaften, die eine Marktbeherrschung indizieren können, sein Marktverhalten, aber auch die Offenheit des betreffenden

Markts, d.h. der potentielle Wettbewerb (vgl. Urteil des BVGer B-2977/2007 E. 6.1, "Publigroupe"; DUCREY, a.a.O., Rz. 1627 ff.; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 584, 586 f.).

In der Praxis erfolgt die Beurteilung der Marktstellung eines der Marktbeherrschung verdächtigen Unternehmens regelmässig in der Reihenfolge von aktuellem Wettbewerb, potentielltem Wettbewerb und der Stellung der Marktgegenseite (vgl. STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 180 und 222 ff.; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 582). Unter Umständen wird die Prüfung jedoch auf weitere in Frage kommende disziplinierende Einflüsse ausgedehnt und geprüft, ob diese ausreichend stark sind, um ein unabhängiges Verhalten einschränken zu können (vgl. Urteil des BVGer B-2977/2007 E. 6.1, "Publigroupe", mit Verweisen).

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen ist es für die kartellrechtliche Beurteilung grundsätzlich irrelevant, wie eine marktbeherrschende Stellung entstanden ist (vgl. Rz. 153 der Beschwerde). Abgestellt wird nur auf den Zustand der Beherrschung. Ob ein Unternehmen zu seiner kartellrechtlich relevanten Macht aufgrund besserer Leistungen im Wettbewerb oder durch organisatorische Massnahmen (etwa durch Konzernierung) gelangte, ist nicht entscheidend (vgl. HEIZMANN, a.a.O., Rz. 300, mit weiteren Hinweisen). Insofern kann der Vorinstanz auch nicht vorgeworfen werden, sie habe diesbezüglich den Sachverhalt unvollständig abgeklärt.

## **7.2 Aktueller und potentieller Wettbewerb im Allgemeinen**

Unter dem Gesichtspunkt des aktuellen Wettbewerbs ist festzustellen, in welchem Ausmass das betreffende Unternehmen unmittelbar einem Wettbewerbsdruck durch Konkurrenten, die bereits tatsächlich auf dem relevanten Markt tätig sind, ausgesetzt ist (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 328, "Preispolitik ADSL"). Den Ausgangspunkt für die Prüfung des aktuellen Wettbewerbs bildet üblicherweise der Marktanteil des Unternehmens. Hohe Marktanteile sind nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ein starkes Indiz für eine marktbeherrschende Stellung, sie schliessen einen wirksamen Wettbewerb aber nicht zwangsläufig aus (vgl. BGE 139 I 72 E. 9.3.3.2, "Publigroupe"; 130 II 449 E. 5.7.2, "TV-Abo-Preise").

Daher sind insbesondere folgende Aspekte ebenfalls zu beachten: die Anzahl der Konkurrenten, die Marktanteile der Konkurrenten, das Verhältnis zwischen dem Marktanteil des betreffenden Unternehmens und den Marktanteilen der Konkurrenten, sowie die Wirtschaftskraft der Konkurrenten. In

diesem Zusammenhang erlangt regelmässig auch die Unternehmensstruktur des betreffenden Unternehmens Bedeutung. Aus diesen Aspekten ist eine Bewertung abzuleiten, ob die Konkurrenten in der Lage sind, einen disziplinierenden Einfluss auf das betreffende Unternehmen auszuüben (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 331, "Preispolitik ADSL", mit weiteren Hinweisen).

Unter dem Gesichtspunkt des potentiellen Wettbewerbs ist zu untersuchen, in welchem Ausmass das in Frage stehende Unternehmen mittelbar einem Wettbewerbsdruck ausgesetzt ist durch die Möglichkeit, dass andere Unternehmen, die dort bislang noch nicht tätig waren, auf dem relevanten Markt als neue Konkurrenten auftreten könnten. Allein die Möglichkeit eines Markteintritts von weiteren Konkurrenten kann unter gewissen Voraussetzungen eine disziplinierende Wirkung auch auf ein Unternehmen ausüben, dem aufgrund des aktuellen Wettbewerbs eine besondere Stellung am Markt zukommt (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 334, "Preispolitik ADSL"; MANI REINERT/BENJAMIN BLOCH, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2 Rz. 342 ff.).

### **7.3 Aktueller und potentieller Wettbewerb in Submissionsverfahren**

Bei Ausschreibungsmärkten (Submissionsmärkten) sind Marktanteile von eher untergeordneter Bedeutung, worauf auch die Beschwerdeführerinnen hingewiesen haben (vgl. Stellungnahme vom 11. Dezember 2020, Rz. 92). Denn Ausschreibungsmärkte sind dadurch charakterisiert, dass verschiedene Anbieter um die Durchführung eines Projektes, z.B. den Bau einer Infrastruktureinrichtung oder die Erstellung eines Produktes, im Wettbewerb stehen und dass es einen Wettbewerb um den Markt, nicht aber einen Wettbewerb im Markt gibt. Zudem finden Ausschreibungen meist in grösseren Abständen statt und die ausgeschriebenen Projekte sind häufig von einem erheblichen Umfang, so dass ein Zuschlag für ein einzelnes Unternehmen eine grosse Bedeutung hat. Daher haben die Unternehmen einen grossen Anreiz, kompetitive Angebote abzugeben, um sich ein Projekt zu sichern. Auch der Erfolg, den ein Unternehmen bei früheren Ausschreibungen hatte, ist in solchen Märkten kein Indikator für den Erfolg bei künftigen Ausschreibungen. Entscheidend ist vielmehr, welche Unternehmen in der Lage sind, attraktive, konkurrenzfähige Angebote zu unterbreiten (vgl. ULRICH SCHWALBE/DANIEL ZIMMER, Kartellrecht und Ökonomie, 2. Aufl. 2011, S. 63 und 181).

In Submissionsverfahren fallen im Zeitpunkt der Ausschreibung aktuelle und potentielle Konkurrenz zusammen (vgl. PETER HETTICH, Wirksamer Wettbewerb, Bern 2003, Rz. 543). Bei wiederkehrenden Ausschreibungen besteht die potentielle Konkurrenz zwischen den Ausschreibungszeitpunkten als Drohung eines Marktzutritts zum nächstmöglichen Termin. Die Relevanz dieser Drohung nimmt zu, je näher die nächste Ausschreibung rückt. Diese potentielle Konkurrenz manifestiert sich jedoch erst anlässlich der Ausschreibung und lässt sich dann von der aktuellen Konkurrenz nicht unterscheiden, da alle Teilnehmer aktuelle Konkurrenten sind (vgl. RPW 2001/2 S. 323, "JC Decaux/Affichage"). Bei Submissionsverfahren, in welchen der Kreis der Submittenten begrenzt ist, d.h. beim Einladungsverfahren und beim selektiven Verfahren (vgl. Art. 15 aBöB und Art. 35 der alten Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen, in der Fassung vom 1. Januar 2007 [aVöB; AS 1996 518]; SCHNEIDER HEUSI, a.a.O., S. 52 ff.), ist die potentielle Konkurrenz auf den Fall beschränkt, wo die ausschreibende Stelle das Submissionsverfahren abbricht und neu eröffnet. Erst in einem solchen Fall haben potentielle Konkurrenten die Möglichkeit, in den Kreis der Submittenten zu gelangen. Da dies selten der Fall ist, bleiben potentielle Konkurrenten von solchen Submissionen fern (vgl. RPW 2012/2 S. 394, "Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau"). Die Rechtsprechung sieht im selektiven Verfahren eine Begrenzung des Markts, die mit der Komplexität und dem Aufwand der Beschaffung zu begründen ist (vgl. SCHNEIDER HEUSI, a.a.O., S. 53).

Da im vorliegend relevanten Submissionsverfahren keine Anhaltspunkte für einen allfälligen Ausschreibungsabbruch ersichtlich und damit keine Veränderung des Submittentenkreises zu erwarten waren, rechtfertigt es sich auf Grund der vorgenannten Besonderheiten des Submissionsmarktes, die Prüfung der Marktstellung auf den aktuellen Wettbewerb zum Ausschreibungszeitpunkt zu beschränken (vgl. auch RPW 2001/2 S. 323, "JC Decaux/Affichage").

Dies gilt nicht nur für den Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich, sondern auch für den Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten sowie den Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich. Der Grund dafür liegt darin, dass sich FDA, welche auf Vorleistungsangebote (und damit auf Subunternehmer) angewiesen sind, zum Zeitpunkt der Angebotseinreichung auf ein bestehendes Vorleistungsangebot stützen mussten, um erstens das Angebot im Hinblick auf



die technischen Spezifikationen und die Zuschlagskriterien konkret beschreiben und zweitens nach einem allfälligen Zuschlag und Vertragsabschluss die vertraglich geschuldeten Leistungen erbringen zu können (vgl. zu den vorgesehenen Subunternehmern und Lieferanten etwa: MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012, Rz. 1353 ff.).

#### **7.4 Stellung auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten**

**7.4.1** Zum aktuellen Wettbewerb im "Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten" führte die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung aus, zum Zeitpunkt der Ausschreibung habe in der Schweiz lediglich Swisscom über ein vollständiges Kupferkabelnetz im Anschlussbereich verfügt und daher als einzige Unternehmung in der Schweiz einen Zugang zur physischen Kupferkabelnetzinfrastruktur gewähren können. Der Marktanteil betrage daher annähernd 100 %. Im Bereich der Preissetzung sei der Handlungsspielraum von Swisscom allerdings auf die regulierten Preise beschränkt gewesen. Des Weiteren sei Swisscom zum Zeitpunkt der Ausschreibung gesetzlich verpflichtet gewesen, die TAL zu nichtdiskriminierenden Bedingungen abzugeben.

Diese Einschätzung der Vorinstanz wird von den Beschwerdeführerinnen zu Recht nicht bestritten. Denn als Rechtsnachfolgerin der früheren Telekommunikationsmonopolistin ist die Beschwerdeführerin 1 Eigentümerin der Kupferkabelverbindungen zwischen den Teilnehmeranschlüssen und den Ortszentralen (vgl. BGE 131 II 13 E. 5.1, "Sunrise I"; AMGWERT/SCHLAURI, a.a.O., Rz. 6.121).

Swisscom war zudem Inhaberin der Grundversorgungskonzession 2008 bis 2017. Nebst der Grundversorgung der Schweizer Bevölkerung mit einem Zugang zum Telefonnetz bildete ab 2008 die flächendeckende Versorgung mit einem Breitband-Internetzugang das Kernstück der Konzession (vgl. Swisscom, Geschäftsbericht 2008, S. 199).

Nach Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG war (und ist) die Swisscom-Gruppe auf Grund ihrer marktbeherrschenden Stellung verpflichtet, einem anderen Fernmeldedienstanbieter auf transparente und nichtdiskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen einen vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss TAL zu gewähren (vgl. BGE 131 II 13 E. 5.1,

"Sunrise I"; Teilverfügung der Eidgenössischen Kommunikationskommission ComCom vom 9. Oktober 2008 i.S. COLT Telecom AG, S. 15 und Dispositiv-Ziffer 2; AMGWERD/SCHLAURI, a.a.O., S. 241, Rz. 6.121 f., 6.134 ff.).

Aufgrund des Marktanteils von 100 % auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten ist Swisscom als marktbeherrschend zu qualifizieren (vgl. BGE 129 II 497 E. 6.3.4, "Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)/Watt Suisse AG").

**7.4.2** Da Swisscom verpflichtet ist, die TAL zu nichtdiskriminierenden Bedingungen und kostenorientierten Preisen anzubieten, hat sie auf diesem Markt keine Möglichkeit, ihre marktbeherrschende Stellung zu nutzen, um höhere Preise zu verlangen (vgl. RPW 2012/2 Rz. 236, "FTTH Freiburg").

Es stellt sich indessen nachfolgend die Frage, in welchem Umfang Swisscom ihre marktbeherrschende Stellung *marktübergreifend*, d.h. im vorliegenden Fall im "Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich" (vgl. nachstehende E. 7.5) und im "Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffend die Ausschreibung der Post im Bereich der WAN-Anbindung" (vgl. E. 7.6) zu Gunsten ihrer dortigen Marktpositionen einsetzen und damit die Hebelwirkung ihres faktischen Monopols ausnützen konnte (vgl. STEFAN HOLZWEBER, Der Marktmachttransfer bei digitalen Plattformen, Diss. Wien 2017, S. 121; ROLF H. WEBER, Entstehung von Marktmacht als Deregulierungsfolgeproblem – das Beispiel der Telekommunikationsmärkte, in: Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 1995 S. 1149 ff.). Denn wenn Swisscom vollständig über die zur Erfüllung des Post-Auftrags benötigte Infrastruktur und das entsprechende Know-how verfügte, konnte es der Post direkt – ohne Involvierung eines weiteren Unternehmens – ein Angebot unterbreiten. Entsprechend gross war der Handlungsspielraum von Swisscom auf dem relevanten Endkundenmarkt. Soweit ein mitbietendes Unternehmen für den Zugang zum Endkundenmarkt auf die Infrastruktur von Swisscom angewiesen war, musste es sich zunächst auf dem Wholesale-Markt mit Vorleistungen von Swisscom (u.a. TAL, BBCS und CES) eindecken. Somit kann gesagt werden, dass der Handlungsspielraum respektive die Möglichkeit, auf dem Endkundenmarkt ein attraktives, konkurrenzfähiges Angebot einzureichen, grundsätzlich abnimmt, je mehr Vorleistungen (namentlich kommerzielle

Vorleistungen wie BBCS, CES) auf dem relevanten Wholesale-Markt eingekauft werden müssen.

## **7.5 Stellung auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich**

### **7.5.1 Vorbringen der Parteien**

Gemäss den Ausführungen der Vorinstanz war Swisscom im massgeblichen Zeitpunkt die einzige Anbieterin, die auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen ein schweizweites Angebot unterbreiten konnte. Zwar hätten auch Kabelnetzwerkbetreiberinnen über eine gewisse Anzahl an Anschlüssen zum Endkunden verfügt; diese seien aber für den Einsatz im Geschäftskundenbereich auf Grund ihrer technologischen Eigenschaften kaum einsetzbar. Zudem böten die Kabelnetzwerkbetreiberinnen keine Wholesale-Angebote an. Soweit Sunrise Anschlusszentralen entbündelt habe, könne Sunrise Vorleistungsprodukte im Bereich Breitbandanbindungen anbieten. Da Sunrise indessen kein flächendeckendes Netz habe zur Verfügung stellen können, sei die aktuelle Konkurrenz gering.

Die Beschwerdeführerinnen erachten den Schluss der Vorinstanz, Swisscom sei die einzige Vorleistungsanbieterin und als solche marktbeherrschend, angesichts der real existierenden und Sunrise schon 2008/2009 offenstehenden, von der Vorinstanz jedoch nicht berücksichtigten Ausweichmöglichkeiten (technische Aufrüstung der Infrastrukturen der Kabelnetzbetreiber wie Upc Cablecom, Glasfaserausbau) als falsch. Zudem sei CES seit 2012 zu kostenorientierten Preisen erhältlich. Es finde damit ein dynamischer Wettbewerbsprozess statt, bei dem Swisscom ständigem Wettbewerbsdruck ausgesetzt sei.

### **7.5.2 Feststellungen zu Swisscom**

Im fernmelderechtlichen Urteil "Schneller Bitstrom" hielt es das Bundesverwaltungsgericht für erwiesen, dass auf dem Wholesale-Markt für Breitbanddienste weder ein aktueller noch ein potentieller Wettbewerb einen genügend disziplinierenden Einfluss auf die Beschwerdeführerinnen ausübe (vgl. BVGE 2009/35 E. 9.4.2 ff., "Schneller Bitstrom"). Bei seinem Entscheid stützte sich das Bundesverwaltungsgericht auf das Gutachten der WEKO vom 3. September 2007 (vgl. RPW 2008/1 S. 222 ff., "Schneller Bitstrom"). Diese hatte festgestellt, dass Swisscom das einzige Unternehmen in der Schweiz sei, welches über ein flächendeckendes Anschlussnetz verfüge und anderen FDA Vorleistungen für Breitbandinternetzugänge

anbiete. Alternative FDA seien auf die Benutzung des Anschlussnetzes von Swisscom angewiesen und verfügten über keine Ausweichmöglichkeiten (vgl. RPW 2008/1 S. 226, "Schneller Bitstrom").

Für den Zeitraum vom April 2004 bis Dezember 2007 hat das Bundesverwaltungsgericht im Verfahren "Preispolitik ADSL" festgestellt, dass die Swisscom-Gruppe auf Grosshandelsstufe die einzige Anbieterin eines leitungsgebundenen, in der ganzen Schweiz zu einheitlichen Preisen erhältlichen Breitbandprodukts gewesen sei. Es kam zum Schluss, dass keine anderen Konkurrenten ein entsprechendes Grosshandelsprodukt auf dem Markt angeboten hätten. Der Swisscom-Gruppe komme demzufolge eine Alleinstellung auf dem Grosshandelsmarkt für leitungsgebundene Breitbandinternetprodukte zu. Die Internetdienstanbieter, welche ihren Kunden einen Breitbandinternetzugang hätten anbieten wollen, seien auf das Angebot der Swisscom-Gruppe angewiesen gewesen (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 332, "Preispolitik ADSL"). Dieselbe Feststellung gilt auch im vorliegenden Fall.

Einer Unterscheidung zwischen dem Privatkunden- und dem Geschäftskundenmarkt bedarf es dabei nicht (vgl. E. 5.2.3).

Den Geschäftsberichten von Swisscom ist zudem zu entnehmen, dass eine beträchtliche Anzahl Breitbandanschlüsse auf dem Swisscom-Netz Wholesale-Breitbandanschlüsse gewesen seien, d.h. Breitbandanschlüsse, die von anderen Telekommunikationsunternehmen gestützt auf von Swisscom vertriebene Wholesale-Produkte realisiert wurden. So waren im Jahr 2008 von den 1.76 Millionen Breitbandanschlüssen 431'000 Wholesale-Breitbandanschlüsse; im Jahr 2009 waren unter den 1.8 Millionen Breitbandanschlüssen 331'000 Wholesale-Breitbandanschlüsse zu verzeichnen (vgl. Swisscom, Geschäftsbericht 2008, S. 90, und Geschäftsbericht 2009, S. 94). Die 431'000 Wholesale-Breitbandanschlüsse im Jahr 2008 entsprachen einem Anteil von rund 18 % des gesamten Breitbandmarkts (vgl. Swisscom, Geschäftsbericht 2008, S. 37).

### **7.5.3 Feststellungen zu Sunrise**

Die Konkurrentin Sunrise verfügte gemäss einer Medienmitteilung vom 13. August 2008 im Jahr 2008 über ein leistungsfähiges Glasfasernetz mit einer Gesamtlänge von über 8'900 km, was ein "flächendeckendes Angebot von hochwertigen Sprach- und Datendiensten" ermöglichte (vgl. Medienmitteilung vom 13. August 2008 "Sunrise gewinnt Kunden und startet die

Entbündelung"; Medienmitteilung der ewz und Sunrise vom 10. Juli 2008 "Sunrise und ewz planen strategische Partnerschaft").

Nach dem Verkauf des Geschäfts mit Inhouse-Kommunikationsanlagen an die Aurelius AG im Jahr 2008 hat sich Sunrise im Geschäfts- und Grosskundenbereich auf Standardprodukte und Lösungsangebote in den Bereichen Mobil- und Festnetztelefonie, Datendienste (Breitband) und Standortvernetzungen sowie Netzwerkdienstleistungen für Telekommunikationsanbieter (Wholesale Services) konzentriert (vgl. Medienmitteilung vom 3. Juni 2008 "Sunrise konzentriert sich aufs Kerngeschäft").

Nach eigenen Angaben aus dem Jahr 2018 hat Sunrise über zehn Jahre Erfahrungen im Wholesale-Bereich (vgl. <<https://www.sunrise.ch/de/business/wholesale-portrait.html>>; Stand: Juli 2018). Zum massgeblichen Zeitpunkt 2008/2009 war dieser Bereich bei ihr also noch im Anfangsstadium, denn die Pflicht von Swisscom, als marktbeherrschende Anbieterin von Fernmeldediensten Zugang zum vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss zu gewähren, wurde erst mit Inkrafttreten des revidierten FMG am 1. April 2007 eingeführt (AS 2007 921; vgl. auch Evaluation zum Fernmeldemarkt, Bericht des Bundesrates vom 17. September 2010 in Erfüllung des Postulats KVF-S vom 13. Januar 2009, S. 17). Sunrise hat im Dezember 2007 begonnen, TAL kommerziell zu entbündeln. In den ersten Monaten des Jahres 2008 war die Entbündelung weiterer Zentralen in Basel, Genf, Lausanne, Luzern, Rapperswil und Winterthur geplant. Bis Ende Mai 2008 sollten 50 Zentralen, bis Ende 2008 rund 120 Ortszentralen und somit 30 Prozent der Bevölkerung erschlossen sein (vgl. Netzwoche "Swisscom: Entbündelung kommt voran – Sunrise entbündelt erste Ortszentrale in Bern", <[www.netzwoche.ch/node/14887](http://www.netzwoche.ch/node/14887)>). Anfangs März 2009 hatte Sunrise 185 Ortszentralen entbündelt (vgl. Anzeige Sunrise vom 30. April 2009 Rz. 26).

Somit hatte Sunrise zum massgeblichen Zeitpunkt erst eine kleine Anzahl der Anschlusszentralen (12 % von ca. 1'500 Standorten; vgl. Medienkonferenz Swisscom vom 20. März 2007 "Revidiertes Fernmeldegesetz: Swisscom investiert weiter in den Netzausbau und lanciert neue Angebote", <[docplayer.org](http://docplayer.org)>, abgerufen am 02.06.2020) entbündelt. Da diese nicht über die ganze Schweiz verteilt waren, sondern sich auf Städte konzentrierten, standen nur wenige Anschlüsse für Sunrise-eigene Breitbanddienste für Endkunden und – soweit Sunrise überhaupt über entsprechende Wholesale-Angebote verfügte – allfällige Wiederverkäufer zur Verfügung. Somit ist der Schluss der Vorinstanz nachvollziehbar, dass von

Sunrise auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich keine disziplinierende Wirkung ausgegangen sei.

#### **7.5.4 Feststellungen zu Kabelnetzbetreibern, namentlich Upc**

Was konkurrierende Wholesale-Angebote der Kabelnetzbetreiber betrifft, hielt die Vorinstanz in einem Gutachten vom 3. September 2007 zu Handen des BAKOM fest, dass Kabelnetzbetreiber abgesehen von einzelnen Ausnahmefällen keine Wiederverkaufsangebote für Breitbandinternet an andere Fernmeldedienstanbieter vorsehen und Cablecom als grösste Kabelnetzbetreiberin auch in naher Zukunft keine solchen unterbreiten werde (vgl. RPW 2008/1 S. 223 Rz. 18 und S. 228 Rz. 59, "Schneller Bitstrom"). Sowohl die ComCom als verfügende Instanz als auch das Bundesverwaltungsgericht als Beschwerdeinstanz schlossen sich dieser Feststellung an (vgl. BVGE 2009/35 E. 9.4.2 ff., "Schneller Bitstrom").

Zwar preist Upc Cablecom auf ihrer Website (vgl. <[www.upc.ch/de/business/solutions/loesungen/wholesale](http://www.upc.ch/de/business/solutions/loesungen/wholesale)>, abgerufen am 12.06.2018) ihr Wholesale-Angebot für nationale und internationale Telekommunikationsanbieter unter anderem damit an, dass sie 15 Jahre Erfahrung in der Schweiz habe sowie über eine umfassende und weitreichende Abdeckung verfüge. Aus welchen Produkten das im massgebenden Zeitraum von Upc Cablecom angebotene Portfolio bestand und in welchem Umfang sie im Wholesale-Bereich aktiv war, ist der Wholesale-Website indessen nicht zu entnehmen.

Aus dem von den Beschwerdeführerinnen beigelegten (undatierten) Interview mit dem Carrier Relations Manager der Telekommunikationsunternehmung Colt (vgl. Beilage 12 der Replik) ergibt sich zwar, dass Upc Cablecom dank des eigenen Netzes für Colt eine wirkliche Alternative darstellen werde. Aus dieser zukunftsbezogenen Aussage kann jedoch noch nicht geschlossen werden, dass Upc Cablecom auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich einen schweizweiten, disziplinierenden Einfluss auf die Swisscom-Gruppe ausgeübt hat.

#### **7.5.5 Feststellung zur Glasfasertechnologie**

In Bezug auf glasfasergebundene Breitbandtechnologien hat das Bundesverwaltungsgericht für den Zeitraum vom April 2004 bis Dezember 2007 festgehalten, dass auf Wholesalestufe kein entsprechendes Produkt angeboten worden sei (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 287, "Preispolitik ADSL"). Dass auf dem Wholesale-Markt in den darauf folgenden Jahren

FTTH (Fibre to the Home)-Angebote von Elektrizitätsunternehmen oder anderer Anbieter existierten, welche nicht nur lokal verfügbar waren, machen die Beschwerdeführerinnen nicht geltend. Ein solcher Umstand ist denn auch nicht wahrscheinlich, wies doch das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) 2009 lediglich auf Pläne von Elektrizitätsunternehmen hin, in Zukunft die neu zu verlegende Glasfaserinfrastruktur den Telekommunikationsunternehmen gegen Entgelt zur Nutzung zu überlassen (vgl. Zwischenbericht des UVEK vom 18. November 2009 an den Bundesrat zum Glasfaserausbau der Hausanschlussleitungen, E. 2.4, abrufbar unter: [www.bakom.admin.ch](http://www.bakom.admin.ch)). Bereits bestehende Wholesale-Angebote erwähnte das UVEK nicht.

#### **7.5.6 Weitere von den Beschwerdeführerinnen genannte Anbindungsprojekte und Konkurrenten**

Die beiden von den Beschwerdeführerinnen genannten Anbindungsprojekte von Orange/Salt bzw. Sunrise, bei welchen andere Vorleistungsanbieterinnen als Swisscom (Upc Cablecom und Elektrizitätswerke) eingebunden worden seien, sind vorliegend nicht zu berücksichtigen, da sie offenbar erst einige Jahre nach der Post-Ausschreibung realisiert wurden; die von den Beschwerdeführerinnen in diesem Zusammenhang eingereichte Beilage 11 zur Replik datiert aus dem Jahr 2013. Hinsichtlich der Elektrizitätswerke räumen die Beschwerdeführerinnen selbst ein, dass diese zur Zeit der Ausschreibung noch nicht am Markt aktiv gewesen seien.

Was die von den Beschwerdeführerinnen genannte Telekommunikationsunternehmung Colt betrifft, ergibt sich zwar aus deren Website, dass sie Netzwerk- und Voice-Services mit hoher Bandbreite für Unternehmen und Wholesale-Kunden in Europa, Asien und den Wirtschaftszentren in Nordamerika anbietet (vgl. [www.colt.net/de/what-we-do](http://www.colt.net/de/what-we-do), abgerufen am 12.06.2018). Seit wann und in welchem Ausmass sie über Wholesale-Angebote in der Schweiz verfügt, ist dieser Website indessen nicht zu entnehmen. Die Beschwerdeführerinnen erklären denn auch selbst, dass Colt in der Schweiz "über einen etwas kleineren Footprint" verfüge.

#### **7.5.7 Weitere von den Beschwerdeführerinnen vorgebrachte Argumente**

Die von den Beschwerdeführerinnen vorgebrachte Tatsache, CES sei seit 2012 zu kostenorientierten Preisen erhältlich, ist angesichts des hier massgeblichen zeitlich relevanten Markts unbeachtlich (vgl. E. 6.4).

Die weiteren Argumente der Beschwerdeführerinnen, Wettbewerber hätten Mietleitungsprodukte nutzen oder eine eigene Glasfaserinfrastruktur aufbauen können, zielen wegen der damit verbundenen massiven Kosten (zu den Mietleitungsprodukten wie CES vgl. etwa Swisscom CES Handbuch Preise V-3.0; zur Glasfaserinfrastruktur vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Sachverhalt Bst. D.g, "Preispolitik ADSL") ins Leere. Wie sich dem bereits zitierten Bericht des UVEK von 2009 entnehmen lässt, können die enormen Investitionen, die mit dem Aufbau einer Glasfaserinfrastruktur verbunden sind, nur von sehr wenigen Unternehmen getragen werden. Sie machen höchstens für Akteure Sinn, die bereits selbst über Kabelkanalisationen verfügen (vgl. Zwischenbericht des UVEK vom 18. November 2009 an den Bundesrat zum Glasfaserausbau der Hausanschlussleitungen, E. 2.5, abrufbar unter: [www.bakom.admin.ch](http://www.bakom.admin.ch)). Selbst Swisscom, die über eine eigene Kabelkanalisation verfügt, baute zum damaligen Zeitpunkt die Glasfaserinfrastruktur aus betriebswirtschaftlichen Gründen erst in den Ballungsgebieten mit der höchsten Nutzerdichte aus (vgl. Zwischenbericht des UVEK vom 18. November 2009 an den Bundesrat zum Glasfaserausbau der Hausanschlussleitungen, E. 2.3).

Soweit die Beschwerdeführerinnen weiter vorbringen, dass die Investitionskosten nicht vollständig als Kostenblock dem Post-Auftrag zugerechnet werden müssten, weil sie über einen sehr langen Zeitraum abgeschrieben werden könnten, ist festzuhalten, dass selbst bei der Möglichkeit einer Abschreibung über die Dauer des Post-Auftrags hinweg vor allem wegen der Unsicherheit, den Zuschlag für einen nachfolgenden Auftrag nicht zu erhalten, das Risiko bestehen bleibt, dass sich die hohen Investitionen nicht auszahlen.

Schliesslich halten die Beschwerdeführerinnen zwar zu Recht fest, dass die Vorinstanz die Kosten des Aufbaus einer eigenen Glasfaserinfrastruktur durch Sunrise oder einen anderen Mitbewerber nicht abgeklärt hat. Angesichts von (amtlichen) Berichten wie dem vorzitierten Bericht des UVEK, welche auf die hohen Investitionskosten hinweisen, dem damit verbundenen Zeitaufwand und der Distanzen der zu verbindenden Poststellen war diese Möglichkeit vorliegend aber auszuschliessen.



### **7.5.8 Fazit zur Stellung auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich**

Die aktuelle, insbesondere durch Upc Cablecom und Sunrise ausgeübte Konkurrenz bestand im massgeblichen Zeitpunkt erst geringfügig. Swisscom war damals die einzige FDA, welche schweizweit Produkte auf dem Geschäftskundenmarkt für Breitbandanbindungen anbot.

Somit ist Swisscom auf dem relevanten Wholesale-Markt als marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren.

### **7.6 Stellung auf dem Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffend die Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung**

#### **7.6.1 Vorbringen der Parteien**

Auf dem Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich ist nach Angaben der Vorinstanz zum Zeitpunkt der Ausschreibung ausschliesslich Swisscom technisch in der Lage gewesen, schweizweit die Bedürfnisse der Geschäftskunden abzudecken. Die Vorinstanz räumt ein, zwar hätten alternative FDA, die wie Sunrise eine gewisse Anzahl Anschlusszentralen entbündelt oder eigene Leitungen verlegt hatten, ebenfalls die Möglichkeit gehabt, im Rahmen der technischen Kapazitäten der Kupferkabelnetzwerkinfrastruktur auf Basis der TAL bzw. auf ihren eigenen Netzwerken eigene Endkundenangebote zu erstellen und damit für einzelne Standorte einen gewissen Wettbewerbsdruck aufzubauen. Ein solcher sei allerdings auf diejenigen Endkundenstandorte beschränkt gewesen, zu welchen sie einen Zugang über die TAL oder über ihr eigenes Netzwerk gehabt hätten. Im vorliegend zu beurteilenden Fall könne nicht von wirksamem aktuellem Wettbewerb gesprochen werden. Gleiches gelte für die damalige Cablecom, die ebenfalls auf Vorleistungsprodukte anderer FDA (vermutungsweise Swisscom) angewiesen gewesen sei.

Die Beschwerdeführerinnen bestreiten nicht, dass sie technisch in der Lage waren, schweizweit flächendeckend die Bedürfnisse der Geschäftskunden, namentlich der Post, zu befriedigen. Ihrer Ansicht nach hätten auch Sunrise und Upc Cablecom der Post ein konkurrenzfähiges Angebot unterbreiten können. Schliesslich werde eine beherrschende Stellung von Swisscom auch durch die Möglichkeit der Geschäftskunden ausgeschlossen, ihre Firmennetze selber zu erstellen und zu betreiben. Hinsichtlich der nachfragenden Post führen die Beschwerdeführerinnen aus, dass diese

mit ihrer professionellen Einkaufsabteilung ihre Verhandlungsmacht gezielt ausgespielt habe. Swisscom habe ihr Angebot um ca. [15-25] % senken müssen; kein marktbeherrschendes Unternehmen mache ein derartiges Preiszugeständnis.

### **7.6.2 Eigener Aufbau eines Firmennetzwerks**

Entgegen einem Einwand der Beschwerdeführerinnen hatte die Post in ihrer Ausschreibung die Möglichkeit, das Firmennetzwerk selbst aufzubauen und zu betreiben, implizit ausgeschlossen. In den Ausschreibungsunterlagen schrieb sie nämlich, dass die WAN-Dienstleistungen keine Investitionskosten auf der Post-Seite verursachen dürften (vgl. Pflichtenheft vom 8. Juli 2008, S. 5 [Vorakten act. 1.3]). Hätte sie das Firmennetzwerk durch eine eigene Dienststelle erbringen lassen wollen, hätte sie folglich keine externe Beschaffung durchgeführt. Da bei einer öffentlichen Beschaffung die ausschreibende Stelle den relevanten Markt bestimmt (vgl. E. 6.2), ist die Möglichkeit, dass sie das Firmennetzwerk selbst hätte realisieren können, vorliegend nicht zu berücksichtigen.

### **7.6.3 Feststellungen zu Sunrise**

**7.6.3.1** Um ihre Bestreitung zu unterstreichen, dass sich Sunrise im Geschäftskundenmarkt gegen ihre Mitbewerber gut durchsetzen könne, zählten die Beschwerdeführerinnen in ihrer Stellungnahme vom 28. August 2009 an die Vorinstanz 13 WAN-Projekte für private Unternehmen mit 2 bis 504 Standorten auf, welche Sunrise für sich oder zumindest als Zweitprovider habe entscheiden können (vgl. Stellungnahme der Swisscom vom 28. August 2009, Rz. 12 f.; act. 14 der Vorinstanz). Zu den Geschäftskunden hätten bereits etwa Autogrill, OBI, FC Basel, Davos Klosters, Fielmann und Graphax gehört (vgl. Stellungnahme der Swisscom vom 28. August 2009, Rz. 11, mit Verweis auf Website von Sunrise). Mit Eingabe vom 11. Dezember 2020 ergänzten die Beschwerdeführerinnen die Liste der von Sunrise gewonnenen Geschäftskunden (vgl. dortige Rz. 66 und Beilage 8).

Wie sich der aktuellen Website von Sunrise entnehmen lässt, gehören Davos Klosters und OBI (10 Standorte) nach wie vor zum Kundenstamm von Sunrise, Davos Klosters nur im Bereich der Mobil- und Festnetztelefonie, welcher im vorliegenden Fall jedoch unbeachtlich ist (vgl. < [www.sunrise.ch/de/business/ueber-business-sunrise/testimonials.html](http://www.sunrise.ch/de/business/ueber-business-sunrise/testimonials.html) >, zuletzt be-

sucht am 5.7.2018). Im Übrigen ist nicht substantiiert, ob die von den Beschwerdeführerinnen genannten Unternehmen im massgeblichen Zeitraum Breitbandinternet-Kunden von Sunrise waren.

Wie bereits ausgeführt (vgl. E. 7.3), ist bei der Überprüfung der Marktstellung in Ausschreibungsmärkten wie dem vorliegenden die Möglichkeit entscheidend, ein konkurrenzfähiges Angebot abzugeben.

Diese Möglichkeit hängt im Fall von Sunrise, welche über kein eigenes Anschlussnetz verfügt hat, zu einem wesentlichen Teil davon ab, in welchem Umfang Sunrise auf die im Vergleich zur TAL wesentlich teureren kommerziellen Vorleistungen von Swisscom angewiesen war. Je mehr der 2'305 anzuschliessenden Poststellen (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 176 f.) Sunrise zum relevanten Zeitraum mittels TAL hätte anbinden können, desto weniger war sie von den kommerziellen Vorleistungsprodukten von Swisscom abhängig.

Hierzu hat das BAKOM für die Vorinstanz Berechnungen angestellt und dabei die Szenarien "BAKOM SDSL" und "BAKOM VDSL" entwickelt (Details vgl. nachstehende E. 8.3.2.3). Das Szenario "BAKOM SDSL" basiert auf der symmetrischen SDSL-Technologie, das Szenario "BAKOM VDSL" auf der asymmetrischen VDSL-Technologie (vgl. vorstehende E. 4.2.2).

Gemäss dem Szenario "BAKOM VDSL" konnte Sunrise bei 1'456 Poststellen und gemäss dem Szenario "BAKOM SDSL" bei 1'259 von insgesamt 2'305 Standorten auf die regulierte Vorleistung TAL zurückgreifen (vgl. nachstehende E. 8.3.2.3). Damit war Sunrise in Bezug auf die für den Post-Auftrag anzubindenden Poststellen im Umfang von ca. 37-45 % von den kommerziellen Vorleistungsprodukten von Swisscom abhängig. Diese Abhängigkeit legt den Schluss nahe, dass es für Sunrise nur schwer möglich war, ein konkurrenzfähiges Angebot abzugeben.

**7.6.3.2** Für das erkennende Gericht erscheint es entsprechend der Ansicht der Beschwerdeführerinnen durchaus möglich, dass Sunrise günstiger hätte offerieren können, wenn sie die Wholesale-Abteilung von Swisscom rechtzeitig, d.h. vor Einreichung ihrer Offerte an die Post, kontaktiert hätte. Es ist jedoch nachvollziehbar, dass Sunrise mit Swisscom nur zurückhaltend Kontakt aufgenommen hat, zumal Sunrise damit rechnen musste, dass sich Swisscom wie sie um den Zuschlag beim Post-Auftrag bemühte und damit eine direkte Konkurrentin um diesen Auftrag war. Selbst wenn

Sunrise mit Swisscom um den besten Vorleistungsmix und allfällige Rabatte verhandelt hätte, war sie in der Preisgestaltung betreffend die erhebliche Menge an kommerziellen Vorleistungsprodukten, die sie von Swisscom zur Erfüllung des Post-Auftrags hätte beziehen müssen, nicht unabhängig.

**7.6.3.3** Die von den Beschwerdeführerinnen schliesslich in ihren Eingaben vom 21. März 2018 und 11. Dezember 2020 erwähnte Neuvergabe der WAN-Anbindung der Poststandorte an Sunrise im Jahr 2017 sagt nichts aus über die Marktstellung von Swisscom im vorliegend relevanten Zeitraum. Aus dem Umstand der Neuvergabe lässt sich lediglich schliessen, dass sich Sunrise derart entwickelt hat, dass es ihr gelungen ist, sich in einem prestigeträchtigen Grossprojekt gegenüber Swisscom durchzusetzen.

**7.6.3.4** Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass es Sunrise auf Grund der beträchtlichen Abhängigkeit von Swisscom-Vorleistungen nicht möglich war, im Ausschreibungsverfahren der Post ein konkurrenzfähiges Angebot einzureichen (vgl. vorstehende E. 7.3) und damit einen disziplinierenden Einfluss auf Swisscom auszuüben.

#### **7.6.4 Feststellungen zu Upc Cablecom**

**7.6.4.1** Die Beschwerdeführerinnen begründen ihre Einschätzung, dass Upc Cablecom durchaus in der Lage gewesen sei, in der Ausschreibung der Post ein konkurrenzfähiges Angebot zu unterbreiten, wie folgt: Bereits im Jahr 2000 habe Upc Cablecom im Rahmen eines Migrationsprojekts der Basler Versicherungen eine grosse Anzahl von Standorten in der ganzen Schweiz mit WAN-Diensten erschlossen. Daneben hätten weitere grosse Geschäftskunden ins Portfolio von Upc Cablecom gehört. Diese geniesse sogar einen Wettbewerbsvorteil, weil sie redundante Anbindungen mittels der eigenen Infrastruktur sowie auf der Basis von Vorleistungen von Swisscom anbieten könne. Sie verfüge über ein schweizweites Glasfasernetz, das den neuesten technologischen Anforderungen entspreche, und werbe auf ihrer Internetseite damit, dass ihr Netzwerk alle Zentren und Regionen der Schweiz abdecke. 95 % ihres Netzwerks bestünden aus Glasfasern und 85 % der Unternehmen in der Schweiz seien weniger als 500 Meter von ihrem Glasfasernetz entfernt. Vor diesem Hintergrund müsse davon ausgegangen werden, dass die Standorte der Post geringere Distanzen zum Netz von Upc Cablecom aufwiesen, da sie grösstenteils in Ballungs-

zentren oder in bewohnten Gebieten lägen. Anhand einer Beispielrechnung zeigen die Beschwerdeführerinnen schliesslich auf, dass Upc Cablecom gemessen am Offertpreis von Swisscom eine Gewinnmarge von 10-15 % hätte realisieren können, wenn Upc Cablecom für den Auftrag der Post alle Poststandorte mit Glasfasern erschlossen hätte.

Die Vorinstanz hält dagegen, alleine schon durch das Bieterverhalten von Upc Cablecom gegenüber der Post zeige sich, dass durch deren Gebot keinerlei Wettbewerbsdruck auf die Preissetzungspolitik der Beschwerdeführerinnen ausgegangen sei. Auch die aufgeführte mögliche Berechnung der angeblichen Kosten von Upc Cablecom, die auf einer durchschnittlichen Distanz von 200 m zwischen den Poststandorten und dem Netz von Upc Cablecom basiere, sei willkürlich und daher nicht zielführend: Spätestens bei einer durchschnittlichen Leitungslänge von 267 m wäre ein solcher Ausbau in keinem Fall mehr kostendeckend. Wenn die Beschwerdeführerinnen darauf abstellten, dass Dritte gegebenenfalls technisch eine vergleichbare Dienstleistung selbst anbieten könnten, dies allerdings nur zu einem Preis, den die Post aufgrund ihrer Evaluationskriterien faktisch ausschliesse, dann gehe von solchen Angeboten offensichtlich kein wirksamer Wettbewerbsdruck aus. Es sei zudem eher unwahrscheinlich und nicht anzunehmen, dass Upc einen Angebotspreis offeriert habe, um den Zuschlag mit Sicherheit nicht zu bekommen, weil die Teilnahme an einer Ausschreibung hohe Kosten verursache und der Post-Auftrag ein Prestigeprojekt sei.

**7.6.4.2** Cablecom war im massgeblichen Zeitpunkt, und ist es auch heute noch, das grösste Kabelnetzunternehmen der Schweiz und versorgt seine Kundinnen und Kunden mit Angeboten in den Bereichen Kabelfernsehen, Breitband-Internet, Festnetz- und Mobiltelefonie. Per 31. Dezember 2008 zählte das Unternehmen über 1.5 Mio. Fernsehkunden, davon 347'000 im Digitalbereich sowie 486'000 Internet- (hispeed) und 309'000 Telefoniekunden (digital phone). Weiter bot Cablecom zu diesem Zeitpunkt Sprach-, Daten- und Mehrwertdienste für Geschäftskunden an. Das eigene Netzwerk erschloss rund 1.9 Millionen Haushalte und versorgte alle grösseren Städte der Schweiz. Per Ende Dezember 2008 erzielte das Unternehmen mit rund 1'500 Mitarbeitenden einen Umsatz von über 1 Mrd. Schweizer Franken (vgl. Medienmitteilung von Cablecom vom 30. März

2009 "Cablecom verbreitet SSF ab 1. Juli im analogen Kabelnetz"; Evaluation zum Fernmeldemarkt, a.a.O., S. 14; Gutachten der WEKO vom 3. September 2007, a.a.O., Rz. 47 f.).

Wie Cablecom in einer Medienmitteilung vom 10. September 2009 schreibt, bot sie zum damaligen Zeitpunkt kabelbasierte Kommunikationsdienste für Unternehmen, Institutionen und Verwaltungen "jeder Grösse" an. Als nationaler IP-Carrier mit landesweitem Glasfasernetz sei Cablecom in der Lage, Kundenstandorte in allen Regionen mit hochwertigen Daten- und Telefondiensten zu versorgen. Auf Wunsch würden auch Glasfaserleitungen zu den Firmenstandorten verlegt (vgl. Medienmitteilung von Cablecom vom 10. September 2009 "Zum vierten Mal 'Bester Schweizer Corporate Network Carrier'").

**7.6.4.3** Das von den Beschwerdeführerinnen genannte Vernetzungsprojekt der Upc Cablecom für die Basler Versicherungen im Jahr 2001 ist das grösste Projekt, welches die Upc Cablecom auf ihrer Website als Referenz angibt (vgl. <[www.upc.ch/de/business/kunden/basler](http://www.upc.ch/de/business/kunden/basler)>, abgerufen am 26.06.2018). Die anderen aufgeführten "Grossunternehmen" haben lediglich einen Standort (z.B. Claraspital Basel) respektive eine (unbekannte) Standortzahl zwischen 10 und 100 (z.B. Schweizerisches Rotes Kreuz), wobei der Beginn der Zusammenarbeit mit Upc Cablecom nicht bekannt gegeben wird (vgl. <[www.upc.ch/de/business/kunden](http://www.upc.ch/de/business/kunden)>, zuletzt abgerufen am 26.06.2018).

In ihrer Stellungnahme vom 28. August 2009 an die Vorinstanz (vgl. act. 14 der Vorinstanz) weisen die Beschwerdeführerinnen auf weitere Projekte hin, welche Upc Cablecom für sich habe entscheiden können. Dabei ging es um 19 WAN-Projekte für private Unternehmen, unter anderem die Helvetia Patria Versicherungen (vgl. Medienmitteilung von Cablecom vom 2. August 2006 "Grossauftrag für Cablecom und Partner NextiraOne in Basel") und Würth Phoenix (Schweiz) AG (vgl. Business Facts, "Newcomer im Aufwind", 3/2006, act. 14 der Vorinstanz), welche über 2 bis 70 Standorte verfügen (vgl. Stellungnahme der Swisscom vom 28. August 2009, Rz. 11 ff.). Zwei der weiter genannten Unternehmen (Pneu Egger mit 70 Standorten und Thurgauer Kantonalbank mit 30 Niederlassungen) sind nach wie vor auf der online abrufbaren Referenzliste von Upc (vgl. <[www.upc.ch/de/business/kunden](http://www.upc.ch/de/business/kunden)>, abgerufen am 26.06.2018) aufgeführt. Weitere konkrete, für die vorliegende Untersuchung relevante Vernetzungsprojekte bringen die Beschwerdeführerinnen nicht vor (vgl. Eingabe vom 11. Dezember 2020, Rz. 68 ff.).

In ihrem Gutachten vom 3. September 2007 betreffend schneller Bitstromzugang erklärte die Vorinstanz, dass Cablecom, welche wie andere Kabelnetzbetreiber nur in ihren jeweiligen Versorgungsgebieten lokal aktiv sei, lediglich begrenzt Wettbewerbsdruck entwickeln könne (RPW 2008/1 S. 222 ff., Rz. 75). Auch ein Blick auf die Preise deute nicht darauf hin, dass Swisscom durch die Kabelnetzbetreiber oder andere ADSL-Anbieter diszipliniert werde. Denn die Preise im Endkundenmarkt seien seit 2004 gleichgeblieben; Swisscom und die Anbieter von Kabelinternet schienen sich über die Bandbreiten abzugrenzen, statt Wettbewerb über die Preise zu führen, weil sich ersteres weniger stark auf ihre Ergebnisse auswirke (vgl. RPW 2008/1 S. 222 ff., Rz. 83, Gutachten "Schneller Bitstrom"). Das Bundesverwaltungsgericht hatte keine Veranlassung, diese Einschätzung in Frage zu stellen (vgl. BVGE 2009/35 E. 10.4.1 ff., "Schneller Bitstrom").

**7.6.4.4** Da Upc Cablecom zu den drei Unternehmen gehört, welche im Rahmen der Post-Ausschreibung ein Angebot eingereicht haben, ist zu untersuchen, ob es ihr möglich war, ein konkurrenzfähiges Angebot einzureichen.

Im Jahr 2018 – und damit zehn Jahre nach dem hier massgeblichen Zeitraum – erreichte Upc Cablecom schweizweit 900 Gemeinden und versorgte so nach eigenen Angaben rund 70 % aller Schweizer Haushalte mit Fernsehen, Internet und Telefonie (vgl. Newsletter "Gemeinden@Upc" 1/2018 <[www.Upc.ch/pdf/network-and-connection/de/Gemeinde-Newsletter-DE.pdf](http://www.Upc.ch/pdf/network-and-connection/de/Gemeinde-Newsletter-DE.pdf)>, abgerufen am 05.07.2018). Damit erreichte Upc allerdings nicht einmal die Hälfte der (damals) 2222 Schweizer Gemeinden (vgl. <[www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kataloge-datenbanken/karten.assetdetail.4104233.html](http://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kataloge-datenbanken/karten.assetdetail.4104233.html)>, abgerufen am 05.07.2018). Demnach konnte Upc keine schweizweite lokale Versorgung anbieten. Im Jahr 2008 war Upc mit ihrer Kabelnetzinfrastruktur denn auch vor allem in den städtischen Gebieten präsent (vgl. Medienmitteilung von Cablecom vom 24. Februar 2009 "Cablecom weiterhin auf Wachstumskurs").

Für die Anbindung von Poststellen in vor allem ländlichen Gebieten war Upc demnach auf Vorleistungsprodukte anderer Anbieter angewiesen, wenn sie auf die teure Verlegung von Glasfaserleitungen zu den Firmensstandorten verzichten wollte.

Angesichts dieser Ausgangslage war es für Upc vor allem hinsichtlich des Loses 2 offensichtlich schwierig, ein konkurrenzfähiges Angebot einzureichen. Upc ist mit ihren Angeboten denn auch unterlegen.

Da Upc angesichts des damit verbundenen Ansehens ein grosses Interesse gehabt haben dürfte, in der Ausschreibung der Post den Zuschlag zu erhalten, ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass Upc keinen absichtlich zu hohen Angebotspreis offeriert hat, um den Zuschlag mit Sicherheit nicht zu bekommen. Insofern erübrigt es sich auch, auf die Berechnungen der Beschwerdeführerinnen einzugehen, mit welchen sie belegen wollen, dass Upc günstiger hätte offerieren können.

**7.6.4.5** Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es Upc zwar möglich war, vor allem in städtischen Gebieten einen gewissen Wettbewerbsdruck auf Swisscom auszuüben. Angesichts der lückenhaften lokalen Abdeckung war Upc aber offenbar nicht in der Lage, insgesamt ein kompetitives Angebot abzugeben.

### **7.6.5 Feststellungen zur Post als Nachfragerin**

**7.6.5.1** Schliesslich machen die Beschwerdeführerinnen geltend, dass die Post als einzige Nachfragerin auf dem Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffend ihre Ausschreibung im Bereich WAN-Anbindung über eine ausserordentlich grosse Marktmacht verfüge. Dies zeige sich bereits darin, dass es der Post unbenommen gewesen sei, die Selektionskriterien festzulegen und dadurch nur FDA zur Offertstellung zuzulassen, welche diese Kriterien erfüllt hätten. Für die starke Stellung der Post spreche weiter, dass es sich bei dieser Ausschreibung um ein eigentliches Prestigeprojekt gehandelt habe. Entsprechend hätten sich die drei Konkurrentinnen einen besonders intensiven Wettbewerb geliefert. Die Post habe mit ihrer professionellen Einkaufsabteilung ihre Verhandlungsmacht gezielt ausgespielt; in dieser Situation habe Swisscom ihr Angebot um ca. [15-25] % senken müssen; kein marktherrschendes Unternehmen mache ein derartiges Preiszugeständnis.

Die Vorinstanz hält dagegen, es sei zwar anzunehmen, dass die Post durch eine geschickte Verhandlungstaktik die Beschwerdeführerinnen dazu hätte bewegen können, den Preis von ca. CHF [22-28] Mio. auf CHF 20.5 Mio. zu senken. Dies ändere aber nichts an der Tatsache, dass sich die Beschwerdeführerinnen in der Preissetzung im wesentlichen Umfang unabhängig hätten verhalten können.

**7.6.5.2** Bei der öffentlichen Ausschreibung einer Leistung ergibt sich oft und typischerweise eine Situation von Marktmacht, bei welcher eine grössere Anzahl Anbieter einer geringen Zahl an Nachfragern oder einem



Nachfragemonopol der ausschreibenden Behörde gegenübersteht. Die Ungleichgewichtssituation zwischen Anbietern und Nachfragerin ist hier jedoch systemimmanent und wird bei Beschaffungen der öffentlichen Hand durch deren Bindung an die rechtsstaatlichen Verfahrensgarantien und die einzuhaltenden Grundsätze wie Transparenz und Gleichbehandlung weitgehend entschärft. Bei Verletzung dieser Garantien oder Grundsätze stehen die entsprechenden öffentlich-rechtlichen Rechtsmittel und -behelfe zur Verfügung (vgl. Urteil des BVGer B-420/2008 E. 9.2.4.1, "Strassenbeläge Tessin", mit Verweis auf HUBERT STÖCKLI, Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung, Freiburg 1999, S. 287; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 1178).

Dennoch birgt eine Submission auch Risiken für die Anbieter. Die Vergabestelle erhält durch die Angebote Informationen über den Markt und kann sich Transparenz verschaffen. Den Anbietern fehlen diese Vergleichsinformationen. Sie sind in ihren Wahl- und Ausweichmöglichkeiten eingeschränkt, weil sie weder die Preise noch die Lösung der Probleme mit anderen Anbietern vergleichen können. Bedenkt man, dass der Preis im Vergabeverfahren einen massgeblichen Faktor darstellt, wird ersichtlich, dass die Anbieter nach ihrer Einschätzung der Leistungsfähigkeit ihrer Mitanbieter unter Preisdruck stehen (vgl. Urteil des BVGer B-420/2008 E. 9.2.4.1, "Strassenbeläge Tessin", mit Verweis auf CHRIST, a.a.O., Rz. 205, und HEITZ, a.a.O., S. 41 f.).

Den Beschwerdeführerinnen ist somit darin beizupflichten, dass die Vergabestelle bei einer Submission über eine gewisse Übermacht verfügt, da sie einen Auftrag zu vergeben hat, um den sich mehrere Bieter bemühen. Darum bestimmt sie wesentliche Bedingungen und hat es meist in der Hand, Risiken zu überwälzen und die Bieter bei Abgebotsrunden, d.h. Verhandlungen zwischen Vergabestelle und Anbieter über Preise und Preisnachlässe sowie über Änderungen des Leistungsinhalts, welche Auswirkungen auf den Preis haben, gegeneinander auszuspielen (vgl. CHRIST, a.a.O., Rz. 219).

**7.6.5.3** Nach Art. 20 Abs. 1 Bst. a aBöB dürfen unter anderem dann Verhandlungen (z.B. über die Preise) geführt werden, wenn in der Ausschreibung darauf hingewiesen wurde. Dies hat die Post vorliegend getan, indem sie in Ziffer 4.3 der Ausschreibungspublication bestimmte, Verhandlungen seien vorbehalten. Da die Post gestützt auf Art. 26 Abs. 5 aVöB den an den

Verhandlungen beteiligten Anbieterinnen bis zum Zuschlag keine Informationen über Konkurrenzangebote abgeben durfte, waren die Beschwerdeführerinnen bis zum Zuschlag im Ungewissen, wie sehr sie der Post preislich entgegenkommen mussten, um den Zuschlag zu erhalten. Offenbar hat die Post diese Ungewissheit zu ihren Gunsten ausgenutzt und von den Beschwerdeführerinnen eine beträchtliche Preisreduktion von bis zu [15-25] % zugestanden bekommen. Dass in solchen Fällen sogar Preisnachlässe von über 30 % gewährt werden, zeigt ein anderer Fall, den das Bundesverwaltungsgericht zu beurteilen hatte (vgl. Urteil des BVGer B-5439/2015 vom 25. September 2017 E. 3.3.3 Beschaffung "Produktion Weichenheizungssteuerungen Hardware"). Gründe für die in der Offerte vorgenommenen wesentlichen Preissenkungen waren aus den dem Bundesverwaltungsgericht vorliegenden Akten nicht ersichtlich (vgl. E. 3.3.5 und 3.3.7). In jenem Fall war mit den Schweizerischen Bundesbahnen jedoch ebenfalls ein grosses Unternehmen wie die Post die ausschreibende Stelle.

Aus dem Umstand, dass die Beschwerdeführerinnen in den Verhandlungen mit der Post eine Preisreduktion vorgenommen haben, können die Beschwerdeführerinnen daher nicht ableiten, dass sie keine marktbeherrschende Stellung gehabt hätten, sondern lediglich, dass die Post ihre Verhandlungsmacht geschickt ausgenutzt hat. Dies dürfte bei grossen Unternehmen, die Ausschreibungen durchführen, nicht selten sein und muss von den Anbietern hingenommen werden, solange keine Hinweise auf ein missbräuchliches Verhalten oder auf die Verletzung rechtsstaatlicher Verfahrensgarantien und -grundsätze vorliegen (vgl. Urteil des BVGer B-420/2008 E. 9.2.4.1, "Strassenbeläge Tessin").

#### **7.6.6 Fazit zur Stellung auf dem Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffend die Ausschreibung der Post**

Die namentlich durch Upc Cablecom und Sunrise ausgeübte Konkurrenz war somit im massgeblichen Zeitpunkt lediglich lokal beschränkt vorhanden. Demnach ist Swisscom auch auf dem Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffend die Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung im massgeblichen Zeitraum als marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren.

## 7.7 Fazit Marktstellung

Gestützt auf die vorangehenden Ausführungen verfügten die Beschwerdeführerinnen in den folgenden Märkten über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG:

- Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten;
- Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich;
- Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffend die Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung.

Swisscom wird nicht vorgeworfen, ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten missbraucht zu haben. Ihr Spielraum wäre aufgrund der fernmelderechtlichen Regulierung diesbezüglich ohnehin sehr stark eingeschränkt. Daher spielt dieser Markt bei der nachfolgenden Missbrauchsprüfung nur noch insofern eine Rolle, als Sunrise nebst den Produkten BBCS und CES aus dem "Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich" auch das Produkt TAL aus dem "Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten" und damit einen Vorleistungsmix aus zwei verschiedenen Märkten vorsieht.

## 8. Missbräuchliches Verhalten im Sinne von Art. 7 KG

### 8.1 Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG und Tatbestände nach Art. 7 Abs. 2 KG

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

Das Kartellrecht verbietet eine marktbeherrschende Stellung nicht, und eine solche ist für sich allein auch nicht missbräuchlich, besteht doch der Sinn des Wettbewerbs gerade darin, durch Markterfolg und internes

Wachstum eine dominierende Stellung zu erreichen (und diese Marktstellung mittels angemessener, d.h. leistungsbezogener Massnahmen zu bewahren). Marktbeherrschung wird allerdings dann problematisch, wenn als qualifizierendes Element eine unzulässige Verhaltensweise hinzutritt, weshalb das marktbeherrschende Unternehmen eine besondere Verantwortung für sein Marktverhalten trägt (vgl. BGE 139 I 72 E. 10.1.1 "Publigroupe"; BGE 146 II 217 E. 4.1, "Preispolitik Swisscom ADSL"; Urteil des BGer 2C\_113/2017 E. 6.1, "Ticketvertrieb Hallenstadion Zürich"; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7, Rz. 5 f.). Diese Verantwortung gilt, soweit Rechtsvorschriften noch Handlungsspielraum für selbständige Verhaltensweisen einräumen, welche die Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs ermöglichen (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 461, "Preispolitik ADSL").

Das von Art. 7 KG verpönte missbräuchliche Verhalten richtet sich entweder gegen andere Unternehmen oder gegen die Marktgegenseite. Gestützt darauf unterscheidet Art. 7 Abs. 1 KG zwei Behinderungsformen: Durch den Missbrauch werden einerseits andere Unternehmen (i.d.R. aktuelle oder potentielle Konkurrenten, aber auch andere Marktteilnehmer) in der Aufnahme (d.h. durch Errichtung von Marktzutrittsschranken) oder Ausübung des Wettbewerbs behindert (Behinderungsmissbrauch); durch den Missbrauch wird sodann andererseits die Marktgegenseite (d.h. Lieferanten oder Abnehmer des behindernden Unternehmens) benachteiligt (Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch), indem dieser ausbeuterische Geschäftsbedingungen oder Preise aufgezwungen werden (vgl. BGE 139 I 72 E. 10.1.1 "Publigroupe"; BGE 146 II 217 E. 4.1, "Preispolitik Swisscom ADSL"; Urteil des BGer 2C\_113/2017 E. 6.1, "Ticketvertrieb Hallenstadion Zürich"; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7, Rz. 45 f.).

Charakteristisch für die Kategorie des Ausbeutungsmissbrauchs ist das Streben des marktbeherrschenden Unternehmens nach ökonomischen Vorteilen durch eine Beeinträchtigung der Interessen von Handelspartnern und Verbrauchern unter Ausnutzung seiner marktbeherrschenden Stellung. Behinderungsmissbrauch umfasst dagegen sämtliche Massnahmen beherrschender Unternehmen ausserhalb eines fairen Leistungswettbewerbs, die sich unmittelbar gegen aktuelle und potentielle Wettbewerber (Konkurrenten und Handelspartner) richten und diese in ihren Handlungsmöglichkeiten auf dem beherrschten Markt oder benachbarten Märkten einschränken (vgl. BGE 139 I 72 E. 10.1.1 "Publigroupe"; BGE 146 II 217 E. 4.1, "Preispolitik Swisscom ADSL"; Urteil des BGer 2C\_113/2017 E. 6.1, "Ticketvertrieb Hallenstadion Zürich").

Gewisse Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen können zugleich hindernd und benachteiligend (ausbeutend) sein; insofern ist es grundsätzlich irrelevant, ob eine zu beurteilende Verhaltensweise den Begriffen Behinderungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch zugewiesen werden kann. Massgebend ist aber allemal, dass die Missbräuchlichkeit (einschliesslich der Wettbewerbsschädigung) der strittigen Verhaltensweise aufgrund der Einzelfallanalyse festgestellt wird (vgl. BGE 139 I 72 E. 10.1.1 "Publigroupe"; BGE 146 II 217 E. 4.1, "Preispolitik Swisscom ADSL").

Verdeutlicht werden die Behinderung und Benachteiligung nach Art. 7 Abs. 1 KG durch einen Beispielkatalog in Art. 7 Abs. 2 KG. Ob die darin aufgeführten Verhaltensweisen missbräuchlich sind, ist allerdings im Zusammenhang mit Art. 7 Abs. 1 KG zu beurteilen. Mit anderen Worten ist im Einzelfall zu prüfen, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung bzw. Benachteiligung i.S. des Art. 7 Abs. 1 KG darstellt (vgl. BGE 139 I 72 E. 10.1.2, "Publigroupe"; BGE 146 II 217 E. 4.2, "Preispolitik Swisscom ADSL"; Urteil des BGer 2C\_113/2017 E. 6.1, "Ticketvertrieb Hallenstadion Zürich"; PETER REINERT, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Kartellgesetz, Bern 2007, Art. 7, Rz. 9; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 638). Denn die Tatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG indizieren nicht per se eine unzulässige Verhaltensweise. Ob unzulässiges Verhalten vorliegt, ist anhand eines dualen Prüfungsmusters zu eruieren: In einem ersten Schritt sind die Wettbewerbsverfälschungen (d.h. Behinderung bzw. Benachteiligung von Marktteilnehmern) herauszuarbeiten und in einem zweiten Schritt mögliche Rechtfertigungsgründe ("legitimate business reasons") zu prüfen (vgl. BGE 139 I 72 E. 10.1.2, "Publigroupe"; BGE 146 II 217 E. 4.2, "Preispolitik Swisscom ADSL"; Urteil des BGer 2C\_113/2017 E. 6.1, "Ticketvertrieb Hallenstadion Zürich").

Unzulässiges Verhalten bedeutet, dass kein sachlicher Grund für die Benachteiligung, Ausbeutung oder die Behinderung besteht. Ein sachlicher Grund liegt vor, wenn das Unternehmen sein Verhalten auf kaufmännische Grundsätze stützen kann. Massstab für die Frage, ob es sich um ein zulässiges oder unzulässiges Verhalten handelt, bildet einerseits der Institutionen- und andererseits der Individualschutz, mit anderen Worten die Gewährleistung von wirksamem Wettbewerb (vgl. BGE 139 I 72 E. 10.1.2, "Publigroupe"; BGE 146 II 217 E. 4.2, "Preispolitik Swisscom ADSL"). Sachliche Gründe zur Rechtfertigung eines Behinderungs- oder eines Ausbeutungsmissbrauchs müssen vom marktbeherrschenden Unternehmen

hinreichend detailliert vorgetragen werden. Eine pauschale Aussage genügt nicht (vgl. BGE 139 I 72 E. 10.4.2 a. E., "Publigroupe"; BGE 146 II 217 E. 4.2, "Preispolitik Swisscom ADSL").

Im vorliegenden Fall wird den Beschwerdeführerinnen ihr Preisverhalten gegenüber der Marktgegenseite (Erzwingung unangemessener Preise gegenüber der Post; nachfolgende E. 8.2), gegenüber der Konkurrenz (Erzwingung unangemessener Preise gegenüber Sunrise; nachfolgende E. 8.3, und Preisdiskriminierung), sowie bezüglich Spreizung beider Seiten im Rahmen einer Ausschreibung (Kosten-Preis-Schere; nachfolgende E. 8.4), also Behinderung, Ausbeutung und eine Kombination von beidem, vorgeworfen.

## **8.2 Erzwingung unangemessener Preise im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG: Gegenüber der Post**

### **8.2.1 Rechtliche Grundlagen**

Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG erlaubt eine Intervention durch die Wettbewerbsbehörden, wenn folgende Tatbestandselemente kumulativ gegeben sind:

- a) Marktbeherrschung durch ein Unternehmen, das
- b) durch Erzwingung gegenüber der Marktgegenseite (d.h. dem Vertragspartner als Nachfrager)
- c) unangemessen hohe Preise erhebt (durchsetzen kann),
- d) ohne dass objektive Rechtfertigungsgründe vorliegen (vgl. BVGE 2011/32 E. 12.1, "Terminierungspreise Mobilfunk"; MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 292 ff.).

Soweit die von den Beschwerdeführerinnen genannten Interventionskriterien aus der wettbewerbsökonomischen Literatur (vgl. Beschwerde, Rz. 159, mit Verweis auf: MASSIMO MOTTA/ALEXANDRE DE STREEL, *Exploitative and Exclusionary Excessive Prices in EU Law*, 2003; LARS-HENDRIK RÖLLER, *ESMT Business Brief, Exploitative Abuses*, 2007) bei den vorgenannten Tatbestandselementen nach der schweizerischen Kartellrechtspraxis eine Rolle spielen, werden sie nachfolgend in die Prüfung einbezogen. Gemäss den Beschwerdeführerinnen wird dort namentlich verlangt, dass bedeutende Markteintrittschancen bestehen, der Markt wahrscheinlich nicht selber eine Korrektur bewirkt, keine strukturellen Auflagen verfügbar sind, weder eine Regulierung noch ein Regulierungsversagen besteht und die Marktbeherrschung die Folge von unzulässigem Verhalten ist.

Das Merkmal des "Erzwingens" ist unter Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG selbständig zu prüfen und ergibt sich nicht bereits aus der marktbeherrschenden Stellung (vgl. BGE 137 II 199 E. 4.3.4, "Terminierungspreise Mobilfunk"). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 11. Dezember 2020, Rz. 181 ff.) spielen subjektive Tatbestandselemente beim marktbeherrschenden Unternehmen keine Rolle (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 Rz. 1130, "Six Group"), zudem wird bei der Marktgegenseite keine eigentliche Notlage vorausgesetzt. Vielmehr ist darauf abzustellen, ob die Marktgegenseite dem ökonomischen Druck, der sich auf die Marktbeherrschung stützt, nichts entgegenzusetzen hat bzw. diesem nicht ausweichen kann (vgl. BGE 137 II 199 E. 4.3.5, "Terminierungspreise Mobilfunk"). Ein Zwang liegt in der Regel vor, wenn für die betroffene Marktgegenseite keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten zu den Produkten oder Dienstleistungen bestehen, die unangemessenen Preisen oder Geschäftsbedingungen unterliegen (vgl. ROLF H. WEBER/STEPHANIE VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Zürich 2013, Rz. 2.668 f.). Teilweise wird gefordert, dass nur marktbezogene Ausweichmöglichkeiten für die Beurteilung einer Erzwingung in Betracht fallen. Andere, z.B. rechtliche Ausweichmöglichkeiten (Rechtsbehelfe), stünden den Marktteilnehmern üblicherweise nicht unmittelbar als Angebots- und nachfragegesteuerte Transaktionsmöglichkeiten zur Verfügung (vgl. etwa: VLCEK, a.a.O., Rz. 469 und 473; implizit auch WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.669, welche zumutbare Ausweichmöglichkeiten zu "Produkten und Dienstleistungen" nennen). Indessen lässt das Bundesgericht auch rechtliche Ausweichmöglichkeiten wie das fernmelderechtliche Interkonktionsverfahren (nach aArt. 11 Abs. 3 FMG [AS 1997 2187]) genügen (vgl. BGE 137 II 199 E. 5.4, "Terminierungspreise Mobilfunk").

Preise sind unangemessen, wenn sie offensichtlich missbräuchlich sind, nämlich in einem offensichtlichen Missverhältnis zum Wert der Leistung stehen (vgl. LUCAS DAVID/RETO JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012, Rz. 731; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.662). Ziel der Missbrauchskontrolle ist der Schutz des Wettbewerbs, nicht der Schutz einzelner Unternehmen, welche sich selbstverschuldet von einem marktbeherrschenden Unternehmen übervorteilen lassen (vgl. DUCREY, a.a.O., Rz. 1679; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.662). Wo Preise nicht mehr das Resultat des Prozesses von Angebot und Nachfrage sind und damit den Wettbewerb beeinträchtigen, setzt Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG ein (vgl. DUCREY, a.a.O., Rz. 1679).

Ein "gerechter" Preis wird von einem marktbeherrschenden Unternehmen nicht verlangt (vgl. etwa BVGE 2011/32 E. 11.3.1.2 "Terminierungspreise Mobilfunk", mit weiteren Hinweisen; DUCREY, a.a.O., Rz. 1679; ANDREAS HEINEMANN/ANDREAS KELLERHALS, Wettbewerbsrecht in a nutshell, Zürich 2014, S. 71). Bei der Frage, ob die Preise eines marktbeherrschenden Unternehmens als unangemessen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG zu qualifizieren sind, kommen die entscheidenden Behörden jedoch nicht umhin, die beanstandeten Preise anhand von Preisanalysemethoden (vgl. nachstehend) auf ihre Angemessenheit hin zu überprüfen.

Es gibt kein allgemein anerkanntes Kriterium, wonach sich die Angemessenheit eines Preises bestimmen lässt (vgl. AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 312). Nach der bundesrätlichen Botschaft sind für die Frage der Unangemessenheit die Schwere des Eingriffs in die Wettbewerbsfreiheit des Vertragspartners und allfällige Behinderungswirkungen zu Lasten dritter Unternehmen zu berücksichtigen (vgl. Botschaft des Bundesrats vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 468 ff., S. 573). Parallel dazu kann auch gefragt werden, ob Preise oder Geschäftsbedingungen in einem vernünftigen Verhältnis zum wirtschaftlichen Wert der vom marktbeherrschenden Unternehmen angebotenen Leistung stehen (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 11. Dezember 2020, Rz. 171); das Problem besteht indessen darin, den wirtschaftlichen Wert eines Gutes festzulegen (vgl. AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 298 und 300, mit weiteren Hinweisen). Angesichts dieser Schwierigkeit und weil zusätzlich die schädlichen Wirkungen auf die betroffenen Märkte zu prüfen sind (vgl. WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.660), kann nicht nur das Preis-Leistungs-Verhältnis bewertet werden.

Die Praxis stützt sich zur Beurteilung der (Un-)Angemessenheit von Preisen oft auf die Elemente des Preisüberwachungsgesetzes. Das PüG dient im Unterschied zu den kartellgesetzlichen Bestimmungen nicht der Gewährleistung des funktionierenden Wettbewerbs, sondern einzig der Preisregulierung (vgl. AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 13; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7, Rz. 366). Nach dem praxismässig analog anwendbaren Art. 13 PüG (vgl. AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 301; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.677) sind für die Beurteilung von Preisen insbesondere die Preisentwicklung auf Vergleichsmärkten, die Notwendigkeit der Erzielung eines angemessenen Gewinns, die Kostenentwicklung sowie besondere Unternehmensleistungen und Marktverhältnisse zu berücksichtigen (Art. 13 Abs. 1 PüG). Aus diesen Kriterien entwickelten Lehre und



Rechtsprechung folgende Methoden zur Beurteilung der Preisangemessenheit (vgl. dazu etwa: AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 302 ff.; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7, Rz. 380 ff.; VLCEK, a.a.O., Rz. 154; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.678; WEBER, Preisüberwachungsgesetz, a.a.O., Art. 13 Rz. 16 ff.):

- Als-ob-Methode: Welcher hypothetische Preis würde resultieren, wenn im relevanten Markt tatsächlich wirksamer Wettbewerb bestehen würde?
- Vergleichsmarktkonzept: Welche Preise gälten auf einem vergleichbaren Markt? Dabei wird zwischen einem räumlichen, einem sachlichen und einem zeitlichen Vergleichsmarktkonzept unterschieden;
- Kostenmethode: Wie verhalten sich die Gestehungskosten eines Gutes (unter Berücksichtigung einer normalen Gewinnmarge) im Verhältnis zum Verkaufspreis?

Der von den Beschwerdeführerinnen geforderte zweigliedrige Test (vgl. Stellungnahme vom 11. Dezember 2020, Rz. 167) ist vom EuGH im Urteil United Brands entwickelt worden und entspricht im ersten Teil der Kostenmethode gemäss schweizerischer Praxis (vgl. AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 306 f.).

Schliesslich ist festzuhalten, dass auch ohne Behinderung von Konkurrentinnen, namentlich wenn ein Unternehmen der Marktgegenseite benachteiligt wird, Preise u.U. als unangemessen vom KG erfasst werden. Das Gegenteil ergibt sich entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen weder aus der Lehre (vgl. etwa BORER, a.a.O., Art. 7 Rz. 19; HEINEMANN/KELLERHALS, a.a.O., S. 69; DANIEL LENGAUER/LEA RUCKSTUHL, Compliance, Zürich 2017, Rz. 289; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7, Rz. 364) noch aus der Praxis (vgl. BGE 139 I 72 E. 10.1.1 "Publigroupe"; Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 439 "Preispolitik ADSL"; BVGE 2011/32 E. 11.1.2, "Terminierungspreise Mobilfunk").

### 8.2.2 Vorgebrachte Argumente

Die Vorinstanz argumentiert, der von Swisscom geforderte Preis sei unangemessen. Wenn man auf Seiten der Swisscom von internen Vorleistungskosten in der Höhe von CHF [8'000'000-10'000'000] ausgehe und eine Gewinnmarge von [...] % dazuschlage, erhöhe sich der rechnerische Preis auf CHF [9'000'000-12'000'000]. Der Zuschlagspreis (CHF 20'462'272) sei

damit ca. doppelt so hoch, d.h. CHF [8'500'000-11'500'000] höher als der rechnerische Preis (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 449). Die Post habe keine Ausweichmöglichkeiten gehabt, um den Preisforderungen von Swisscom zu entgehen. Ihr seien neben denjenigen FDA, die eine Offerte eingereicht hätten, keine Alternativen zur Verfügung gestanden; stattdessen hätte sie ein noch teureres Angebot akzeptieren oder auf eine WAN-Anbindung ihrer Standorte verzichten müssen.

Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen liegt kein Missverhältnis zwischen Kosten und Preis vor. Denn wenn auf die vom BAKOM als Fachbehörde angegebenen Parameter abgestellt werde, ergäben sich interne Kosten von Swisscom von CHF [12'000'000-14'000'000]. Addiere man wie die Vorinstanz eine Gewinnmarge von [...] %, resultiere ein Preis von CHF [14'000'000-16'000'000]. Bei einem Endkundenpreis von CHF 20.5 Mio. liege offensichtlich kein Missverhältnis zwischen Kosten und Preis vor (vgl. Beschwerde, Rz. 166). Zudem argumentieren die Beschwerdeführerinnen, die Post habe unter den drei von ihr gewünschten Angeboten die Auswahl gehabt. Dass sie nicht auf Angebote habe ausweichen können, die sie zufolge ihres Ausschreibungsdesigns gar nicht gewünscht habe, lasse keinen Schluss auf die Erzwingung eines Preises durch die Swisscom zu. Die Post hätte auch die Möglichkeit gehabt, sich an den Preisüberwacher zu wenden oder die Ausschreibung abubrechen und den Auftrag erneut auszuschreiben, was sie im nachfolgenden Vergabeverfahren betreffend WAN-Anbindung ihrer Standorte im Jahr 2014 getan habe. Die Beschwerdeführerinnen machen weiter geltend, die Post habe den auf 2009-2013 befristeten Vertrag mit Swisscom betreffend die WAN-Anbindung ihrer Poststellen freiwillig um ein Jahr verlängert.

### 8.2.3 Beweismwürdigung

Zur Prüfung des von den Beschwerdeführerinnen geforderten Preises zog die Vorinstanz die Kostenmethode der Vergleichsmarktmethode vor; die Als-ob-Methode erwähnte sie nicht explizit. Sie erklärte dieses Vorgehen damit, dass kein Vergleichsmarkt ersichtlich sei. Aufgrund der Schwierigkeit bei der Als-ob-Methode, einen Markt mit ausreichend ähnlichen Rahmenbedingungen zu finden (vgl. WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.678), hat die Vorinstanz zu Recht auf die Kostenmethode und damit auf die bei Swisscom anfallenden Kosten abgestellt (vgl. auch BGE 130 II 449 E. 6.5 betreffend Herabsetzung missbräuchlich hoher Abonnementspreise für die Verbreitung von Radio- und Fernsehprogrammen über Kabelnetz).

In der Zwischenzeit, d.h. im Januar 2017, fand zwar eine Submission durch die Post statt, in welcher wiederum "WAN-Services" ausgeschrieben wurden (vgl. < [www.simap.ch](http://www.simap.ch) > [Projekt Nr. 143049]). Indessen dürfte der mit jener Ausschreibung generierte Submissionsmarkt nicht mit dem vorliegenden Markt vergleichbar sein, da sich namentlich bei den Zugangsmöglichkeiten zu den Serviceleistungen die Bedingungen geändert haben, wie sich aus Ziffer 2.5 ("Detaillierter Aufgabenbeschrieb") der Ausschreibung ergibt:

"Der Beschaffungsgegenstand enthält keine Zusicherung bezüglich Anzahl der Standorte. Dieser Umstand beruht auf den durch die Post kommunizierten Veränderungen der Zugangsmöglichkeiten zu den Serviceleistungen (Standorte, Filialen, Agenturen, mypost24, etc.). Bei den Mengenangaben (...) handelt es sich darum lediglich um Richtwerte nach aktuellem Stand, auf deren Basis die Anbieter ihre Offerten ausarbeiten sollen. Im Übrigen nehmen die Anbieter zur Kenntnis, dass die Standortlisten ständigen Änderungen unterliegen. Es wird daher zwischen dem Zeitpunkt der Abgabe des Pflichtenheftes und dem Vertragsabschluss mit dem berücksichtigten Anbieter, aber auch während der künftigen Vertragsdauer, zu Änderungen der Standorte kommen."

Die Beschwerdeführerinnen machen zwar geltend, dass "im europäischen Ausland" Vergleichspreise für die Vorleistungsprodukte CES und BBCS existierten (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 11. Dezember 2020, Rz. 163). Sie substantiieren indessen nicht, welcher ausländische Vergleichsmarkt aufgrund der Grösse, Einwohnerzahl, Topographie und anderen Parametern konkret für einen Vergleich in Frage gekommen wäre, weshalb auf diese Behauptung der Beschwerdeführerinnen nicht weiter einzugehen ist.

Im Zusammenhang mit der Berechnung der internen Kosten von Swisscom, welche bei der Erbringung der WAN-Dienstleistungen für die Post angefallen sind, geht die Vorinstanz davon aus, dass Swisscom alle Anschlusszentralen entbündelt hat. Demnach könne sie alle Poststandorte mit einer Bandbreitenanforderung von weniger als 2 Mbit/s mit der TAL anbinden. Die Poststandorte mit einer Bandbreitenanforderung von mehr als 2 Mbit/s liessen sich mit CES erschliessen. Auf dieser Grundlage hat die Vorinstanz errechnet, dass 2'196 Standorte mit der TAL und 109 Standorte mit CES bei internen Kosten von CHF [5'000'000-10'000'000] respektive CHF [8'000'000-10'000'000] (interne Kosten inklusive zusätzlicher Eigenleistungen) erschlossen werden könnten (Szenario "TAL bis 2 Mbit/s"; vgl. angefochtene Verfügung, Ziff. 173, 186 und 449).

Diesbezüglich bemängeln die Beschwerdeführerinnen, die Vorinstanz hätte keine eigenen Kostenberechnungen durchführen, sondern auf die tatsächlichen Kosten von Swisscom abstellen sollen. Zwar habe Swisscom gegenüber der Vorinstanz erklärt, sie erstelle bei Standardprodukten regelmässig keine Projektabrechnung. Von Kosten sei aber keine Rede gewesen; die Vorinstanz hätte aufgrund der Wichtigkeit der Frage eine explizite Frage zu den Kosten stellen müssen (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 11. Dezember 2020, Rz. 154 ff.). Erstellt ist Folgendes: Mit Fragebogen vom 3. Juli 2012 forderte die Vorinstanz die Beschwerdeführerinnen auf, "eine Projektabrechnung des von der Post am 21. April 2008 ausgeschriebenen Projektes für die Jahre 2008, 2009, 2010 und 2011" einzureichen (act. 62, Frage 3). Die diesbezügliche Antwort der Beschwerdeführerinnen vom 26. Juli 2012 lautete (act. 65, S. 4):

"Bei den für die Erfüllung des Vertrages mit der Post eingesetzten Produkten und Diensten handelt es sich um Standardprodukte des LAN-Interconnect Services. Bei Standardprodukten erstellt Swisscom aber regelmässig keine Projektabrechnung. Deshalb existiert auch im vorliegenden Fall keine Projektabrechnung."

Angesichts dieser klaren Antwort bestand für die Vorinstanz offensichtlich kein Anlass nachzuhaken. Wenn den Beschwerdeführerinnen im Übrigen nicht klar gewesen wäre, was die Vorinstanz unter "Projektabrechnung" versteht, hätte sie bei ihr nachfragen (vgl. den entsprechenden Hinweis im Begleitschreiben zum Fragebogen, act. 62, S. 2) oder Fachliteratur beiziehen können. Diese erwähnt namentlich die Kostenbezogenheit von Projektabrechnungen (vgl. etwa: DREWS/HILLEBRAND ET AL., Praxishandbuch Projektmanagement, Freiburg 2014, S. 542; KURT VIKAS, Neue Konzepte für das Kostenmanagement, Wiesbaden 2013, S. 32). Aufgrund der Antwort der Beschwerdeführerinnen, im konkreten Fall keine Projektabrechnung erstellt zu haben, durfte die Vorinstanz somit davon ausgehen, dass die Beschwerdeführerinnen ihre internen Kosten für das Post-Projekt nicht kennen, was sie zu Recht dazu veranlasste, eigene Kostenberechnungen anzustellen. Daran ändert nichts, dass das Sekretariat die Antwort in ihrem Antrag leicht verzerrt mit "(...) ist es daher nicht möglich, eine Projektkostenabrechnung zu erstellen" wiedergab (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 11. Dezember 2020 Rz. 281, mit Verweis auf Antrag des Sekretariats vom 19. Dezember 2014, Rz. 330 [act. 138]).

Für die konkreten Berechnungen verweist die Vorinstanz auf Anhang 1 (vgl. Verfügung, Rz. 173); in Anhang 6 finden sich zudem Erläuterungen zu

den Berechnungen. Inwiefern diese Berechnungen die von den Beschwerdeführerinnen genannten hohen Anforderungen an den Nachweis der Kosten nicht erfüllen, substantiieren sie nicht (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 11. Dezember 2020, Rz. 150).

Die Beschwerdeführerinnen gehen ihrerseits davon aus, lediglich 2'064 Standorte könnten mit der TAL und 241 mit CES erschlossen werden, was zu höheren internen Kosten (CHF [10'000'000-12'000'000] resp. CHF [12'000'000-14'000'000] inklusive zusätzlicher Eigenleistungen) und damit zu einem höheren rechnerischen Preis (CHF [14'000'000-16'000'000] inkl. Marge von [...] %) führe. Die niedrigere Anzahl von mit TAL erschliessbaren Standorten erklären die Beschwerdeführerinnen mit dem physikalischen Zusammenspiel von erzielbarer Übertragungsrate und der Entfernung, welches die Vorinstanz im Szenario "TAL bis 2 Mbit/s" nicht berücksichtigt habe.

Wie sich aus den Ausführungen der Vorinstanz zum Szenario "TAL bis 2 Mbit/s" ergibt, hat sie lediglich Poststandorte mit einer Bandbreitenanforderung von mehr als 2 Mbit/s für die Erschliessung mit CES berücksichtigt, nicht aber zusätzlich die Standorte, für welche eine Erschliessung mit TAL wegen der zu grossen Entfernung zur nächsten Anschlusszentrale nicht möglich ist. Dieser Aspekt ist wesentlich, da sich die Leitungsdämpfung sowohl mit steigender Frequenz als auch mit zunehmender Entfernung erhöht, die Datenrate also im Verhältnis zur Länge der Leitung verringert wird (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 163). Das BAKOM, auf welches sich die Beschwerdeführerinnen in diesem Zusammenhang stützen, geht davon aus, dass bei einer Leitungslänge von 1800 Metern eine Übertragungsrate von 1.8 Mbit/s, bei einer Leitungslänge von 2500 Metern 1.2 Mbit/s und bei einer Leitungslänge von 2700 Metern noch 1 Mbit/s möglich seien (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 178).

Auf Grund dieser physikalischen Einschränkungen ist mit den Beschwerdeführerinnen davon auszugehen, dass die Anzahl der Poststandorte, die mit TAL erschlossen werden können, wahrscheinlich geringer ist, als im Szenario "TAL bis 2 Mbit/s" angenommen wurde. Die genaue Anzahl kann zum heutigen Zeitpunkt aber nicht mehr berechnet werden. Zu Gunsten der Beschwerdeführerinnen ist deshalb in der Folge das Szenario "TAL bis 2 Mbit/s" anzupassen. Bei diesem korrigierten Szenario liegen die rechnerischen Preise bei CHF [14'000'000-16'000'000] (vgl. Beschwerde, Rz. 63 und 165). Von diesen Werten ist auszugehen, wenn auf die hypothetischen

internen Kosten von Swisscom zur Realisierung des Post-Auftrags abgestellt wird.

In diesen Beträgen ist bereits eine rechnerische Marge von [...] % enthalten. Die effektiven internen Kosten von Swisscom belaufen sich somit auf [...] % dieser Beträge, d.h. auf CHF [12'000'000-14'000'000]. Sie liegen um CHF [8'500'000-6'500'000] unter dem von den Beschwerdeführerinnen gegenüber der Post offerierten Preis von CHF 20'462'272. Damit verbliebe den Beschwerdeführerinnen eine Gewinnmarge von [25-45] %.

### 8.2.4 Rechtliche Würdigung

Von einer aussergewöhnlich hohen Gewinnmarge darf nicht ohne weitere Prüfung auf die Unangemessenheit des Preises geschlossen werden; vielmehr ist auf die konkreten Umstände abzustellen. Denn es ist durchaus möglich, dass auch bei funktionierendem Wettbewerb über eine gewisse Zeit hohe Margen erzielt werden können, beispielsweise im Falle der Ausnutzung eines besonderen Know-hows, einer neuen Produktionstechnologie oder einer patentierten Herstellungsmethode (vgl. ROBERTO DALLAFIOR, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1996-1997, Art. 7, Rz. 116). Auch wenn ein Unternehmen über ein einzigartiges Produkt verfügt, sollte es ihm erlaubt sein, dafür einen Preis mit einer überdurchschnittlichen Gewinnmarge zu verlangen, weil dadurch Innovation gefördert wird (vgl. WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.675).

Im vorliegenden Fall sind aber weder derartige besondere Umstände ersichtlich, noch wurden solche von den Beschwerdeführerinnen geltend gemacht. Der von den Beschwerdeführerinnen offerierte Preis mit einer Gewinnmarge von [25-45] % liegt weit über den vorne festgestellten effektiven Kosten (vgl. auch WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.691, mit Verweis auf RPW 2007/2 174 ff., Rz. 82, "elektronische Abrechnung im Gesundheitswesen"). Damit kann er nicht mehr als Ausdruck von Leistungswettbewerb angesehen werden; vielmehr ist er als offensichtlich unangemessen zu qualifizieren.

Fraglich ist, ob die Post diesem unangemessenen Preis durch eine Meldung an den Preisüberwacher hätte ausweichen können: Eine Meldung gemäss Art. 7 PüG führt indessen nicht zwangsläufig zu einem Verfahren nach PüG (vgl. Botschaft des Bundesrats vom 30. Mai 1984 zu einem Preisüberwachungsgesetz, BBl 1984 II 755 ff., S. 785; JACQUES BONVIN/

OLIVIER SCHALLER, in: Martenet/Bovet/Tercier, Commentaire romand, Droit de la concurrence [CR Concurrence], 2. Aufl. 2013 Art. 7 PÜG, Rz. 13). Einerseits handelt es sich nicht um eine Verfahrenseinleitung im verwaltungsrechtlichen Sinn. So kann der Preisüberwacher dem Meldenden erklären, dass die Angelegenheit wegen fehlender Voraussetzungen (Preisfestsetzung durch ein marktmächtiges Unternehmen, Missbräuchlichkeit der Preisfestsetzung) nicht weiterverfolgt wird. Andererseits ist der Preisüberwacher gesetzlich nicht verpflichtet, eine Abklärung (nach Art. 8 PÜG) durchzuführen. In seinem Entscheidungsermessen hat er Prioritäten zu setzen und die wichtigsten Fälle genauer abzuklären (vgl. BONVIN/SCHALLER, CR Concurrence, Art. 7 PÜG, Rz. 14 ff.; ADRIAN KÜNZLER/ROGER ZÄCH, in: Oesch/Weber/Zäch, Wettbewerbsrecht II, Zürich 2011, Art. 7 PÜG, Rz. 4 f.). Zudem stellt eine Abklärung im Sinne von Art. 8 PÜG in der Regel zunächst ein formloses Verfahren dar, an welches sich nicht zwangsläufig ein Entscheid des Preisüberwachers anschliesst. Erhärtet sich der Anfangsverdacht nicht, wird die Abklärung eingestellt. Bestätigt er sich, strebt der Preisüberwacher zunächst eine (formlose) einvernehmliche Regelung an (Art. 9 PÜG). Erst wenn das Bemühen um eine einvernehmliche Regelung scheitert, wird ein formelles Verfahren gemäss VwVG eröffnet, dessen Abschluss in einen Entscheid (Art. 10 PÜG) mündet (vgl. KÜNZLER/ZÄCH, a.a.O., Art. 8 PÜG, Rz. 1; BONVIN/SCHALLER, CR Concurrence, Art. 8 PÜG, Rz. 33 ff.). Das Mittel der Verfügung dient darum faktisch eher als "Drohinstrument": So wurde beispielsweise von den zwölf im Jahre 2001 behandelten Hauptdossiers des Preisüberwachers nur ein Fall mit Verfügung abgeschlossen; in den Jahren 2002 bis 2005 wurde gar keine Verfügung erlassen (vgl. KLAUS A. VALLENDER/PETER HETTICH/JENS LEHNE, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung, 4. Aufl. 2006, §13, Rz. 139). Wie sich den Jahresberichten des Preisüberwachers von 2006 bis 2019 (vgl. <<https://www.preisueberwacher.admin.ch/pue/de/home/dokumentation/publikationen/jahresberichte.html>>) entnehmen lässt, änderte sich auch in den letzten Jahren nichts an dieser Situation. Selbst wenn der Preisüberwacher einen missbräuchlich hohen Preis feststellt, müssen die betroffene Person respektive das betroffene Unternehmen den weiten Weg der Zivilgerichtsbarkeit einschlagen, um den bezahlten Betrag teilweise zurückzufordern. Von missbräuchlichen Preisen Betroffenen steht nur ein (zivilrechtlicher) Rückerstattungsanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gemäss Art. 62 OR infolge (Teil-)Nichtigkeit zu, wobei dem Entscheid des Preisüberwachers im zivilrechtlichen Verfahren mindestens indizierender Charakter zukommt (vgl. KÜNZLER/ZÄCH, a.a.O., Art. 1 PÜG, Rz. 9, und Art. 10, Rz. 6). Deshalb kann das Verfahren vor dem Preisüberwacher –

anders als etwa das Interkonnektionsverfahren nach Art. 11a FMG – entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerinnen nicht als zumutbare Ausweichmöglichkeit für die Post qualifiziert werden.

Des Weiteren sind submissionsrechtliche Ausweichmöglichkeiten zu prüfen. Da die Post für ihre Ausschreibung das selektive Verfahren gewählt hatte, war ihre Auswahl auf präqualifizierte FDA beschränkt. Gleichzeitig hatte sie keine Möglichkeit, auf das Angebot der Mitbieterinnen Sunrise und Upc Cablecom auszuweichen, da Swisscom das wirtschaftlich günstigste Angebot eingereicht hatte (vgl. Ziff. 191 ff. der angefochtenen Verfügung). Aufgrund dieses Evaluationsergebnisses musste sie ihr vielmehr den Zuschlag erteilen (Art. 21 Abs. 1 aBöB). Der aufgrund des Zuschlags abgeschlossene Vertrag zwischen der Post und Swisscom verpflichtete die Post, den durch den Zuschlag festgelegten Preis einschliesslich der überhöhten Gewinnmarge zu bezahlen. Somit war es Swisscom möglich, indirekt – nämlich mithilfe der submissionsrechtlichen Vorgaben – bei der Post Zwang auszuüben und von ihr einen unangemessenen Preis zu fordern. Die Post begab sich zwar mit der Ausschreibung selbst in eine Zwangslage, aber es lag an der mitbietenden Swisscom, ihre Verantwortung als marktbeherrschendes Unternehmen wahrzunehmen und diese Zwangslage bei der Preisbildung nicht auszunutzen.

Swisscom kann sich auch nicht mit der Möglichkeit eines Abbruchs des Vergabeverfahrens entlasten. Ein (definitiver) Abbruch wäre, da den Anforderungen genügende Angebote vorlagen (Art. 30 Abs. 2 Bst. a aVöB), nur möglich gewesen, wenn die Post ihr WAN-Projekt hätte aufgeben wollen (Art. 30 Abs. 1 aVöB) oder aufgrund der Änderung von technischen Rahmenbedingungen oder des Wegfalls von Wettbewerbsverzerrungen günstigere Angebote zu erwarten gewesen wären (Art. 30 Abs. 2 Bst. b aVöB). Dass eine dieser Bedingungen erfüllt gewesen sei, machen die Beschwerdeführerinnen zurecht nicht geltend.

Der Umstand, dass die Post den auf 2009-2013 befristeten Vertrag mit Swisscom um ein Jahr verlängert hat, spricht weder für noch gegen ein Erzwingen durch Swisscom. Vielerlei Gründe, unter anderem technische, können die Post bewogen haben, von der Verlängerungsoption Gebrauch zu machen, selbst wenn die Marktbeherrschung und ein erzwungener Preis dadurch weiterbestanden hätten. Nicht ausgeschlossen ist auch, dass die Post Sunrise mit der Vertragsverlängerung Zeit geben wollte, weitere Anschlusszentralen zu entbündeln, um für einen Folgeauftrag günstiger offerieren zu können. So war es denn auch Sunrise, welche am



20. September 2017 (im offenen Verfahren) den Zuschlag für den Folgeauftrag zu einem Preis von CHF 15'903'443 bekommen hat (vgl. Publikationen unter [www.simap.ch](http://www.simap.ch), Projekt-Nr. 143049).

Auch die Tatsache, dass die Post im Rahmen der Offertverhandlungen den von den Beschwerdeführerinnen ursprünglich offerierten Preis um ca. [15-25] % herunterhandeln konnte, spricht nicht für oder gegen ein Erzwingen, solange nicht bekannt ist, welcher Spielraum den Beschwerdeführerinnen – dank eines allfälligen Erzwingens – in diesen Verhandlungen zur Verfügung stand.

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerinnen gegenüber der Post unangemessene Preise erzwungen und sie dadurch gleichzeitig (vgl. BVGE 2011/32 E. 11.3.1, "Terminierungspreise Mobilfunk") benachteiligt haben (Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG).

### **8.3 Erzwingung unangemessener Preise: Gegenüber Sunrise**

#### **8.3.1 Vorgebrachte Argumente**

In der angefochtenen Verfügung erklärte die Vorinstanz, der von Sunrise für die Realisierung des Projekts WAN-Anbindung zu bezahlende Vorleistungspreis sei aufgrund der Preispolitik von Swisscom für die kommerziellen Vorleistungsprodukte überhöht gewesen. Da für Sunrise hinsichtlich der kommerziellen Vorleistungsprodukte weder Ausweichmöglichkeiten noch Rechtsmittel bestanden hätten, um sich dagegen wehren zu können, sei Sunrise der Preissetzungspolitik von Swisscom sowohl für die nachgefragten kommerziellen Vorleistungsprodukte als auch für das Gesamtpaket im Rahmen der Ausschreibung der Post ausgeliefert gewesen und habe dem damit von Swisscom aufgebauten Druck nichts entgegensetzen können.

Die Beschwerdeführerinnen bestreiten, dass die kommerziellen Vorleistungspreise als unangemessen zu qualifizieren seien. Zudem seien diese Vorleistungspreise nicht erzwungen worden, denn es bestünden Ausweichmöglichkeiten (Verlegung weiterer Glasfasern in die Kabelkanalisationen von Swisscom, Nutzung der Mietleitungen von Swisscom und anderer FDA, Einsetzung der bereits bestehenden eigenen Infrastruktur).

## 8.3.2 Beweiswürdigung

### 8.3.2.1 Prüfung der Ausweichmöglichkeiten

#### a) TAL

Nach Auffassung der Vorinstanz hat eine Auswahlmöglichkeit nur hinsichtlich der Poststandorte bestanden, welche Sunrise mittels der regulierten TAL hätte erschliessen können. Für diese Poststandorte geht die Vorinstanz davon aus, dass nicht von einer Erzwingung unangemessener Preise auszugehen sei, da die TAL-Preise um ein Vielfaches günstiger als die kommerziellen Preise sind (vgl. die Übersicht in Tabelle 31 der angefochtenen Verfügung) und auch keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass diese Preise als unangemessen zu werten sind.

Die Erschliessung von Poststandorten mittels TAL ist angesichts der vergleichsweise günstigen TAL-Preise eine valable Ausweichmöglichkeit, auf welche eine FDA aus kommerziellen Gründen nicht verzichten wird, wenn folgende Bedingungen erfüllt sind:

- Die FDA muss die Anschlusszentrale von Swisscom, ab der sie TAL nutzen will, entbündelt haben.
- Es muss sich angesichts der eingeschränkten Leitungsfähigkeit des Kupferkabels um Poststellen mit einer Breitbandanforderung von weniger als 2 Mbit/s handeln (je nach Leitungslänge noch deutlich weniger).

#### b) Eigenbau, Entbündelung weiterer Anschlusszentralen oder Einkauf anderer Swisscom-Vorleistungsprodukte

Der Aufbau einer zu Swisscom parallelen Infrastruktur durch Sunrise wäre angesichts der Höhe der damit verbundenen Kosten keine valable Alternative gewesen (vgl. Stellungnahme des BAKOM vom 10. Juli 2015, E. 2.1.1 [Vorakten act. 158]).

Sunrise hätte grundsätzlich auch die Möglichkeit gehabt, weitere Swisscom-Anschlusszentralen zu entbündeln und so für die Erschliessung mittels TAL verfügbar zu machen. In Anbetracht der hohen Investitionskosten ([CHF 100'000 bis CHF 200'000]) ist diese Möglichkeit indessen aus wirtschaftlicher Sicht nur bei einer genügenden Anzahl Endkunden sinnvoll. In ländlichen Gebieten mit einer geringeren Anzahl von Endkunden pro Anschlusszentrale lohnt sich eine Entbündelung weniger als in städtischen

Gebieten mit einer grösseren Anzahl von Endkunden pro Anschlusszentrale. Da der grösste Teil der anzubindenden Poststandorte in ländlichen Gebieten lag (Los 2 der Ausschreibung), wäre die Entbündelung weiterer Anschlusszentralen durch Sunrise ökonomisch gesehen unverhältnismässig gewesen, um die Ausschreibung zu erfüllen. Davon geht auch das BAKOM aus (vgl. Stellungnahme des BAKOM vom 10. Juli 2015, E. 2.1.1 [Vorakten act. 158]). Demnach hat es die Vorinstanz zu Recht abgelehnt, die Entbündelung weiterer Anschlusszentralen als Ausweichmöglichkeit zu qualifizieren. Dies gilt auch für Mietleitungen von Swisscom. Diesbezüglich führten die Beschwerdeführerinnen selbst aus, dass Mietleitungen kein optimales Kosten-/Nutzenverhältnis hätten, da sie für diesen Verwendungszweck eigentlich eine zu hohe Qualität aufwiesen und damit zu teuer seien (vgl. Stellungnahme Swisscom vom 22. September 2010, S. 8 [act. 50]).

### **c) Produkte anderer Anbieter**

Bei der Abklärung der marktbeherrschenden Stellung von Swisscom ist das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss gekommen, dass Swisscom die einzige FDA ist, welche schweizweit Wholesale-Produkte auf dem Geschäftskundenmarkt für Breitbandanbindungen angeboten hat (vgl. vorne, E. 7.5). Soweit andere FDA derartige Produkte anboten, standen diese nicht für das ganze Gebiet der Schweiz, sondern lediglich lokal zur Verfügung.

Der Umstand, dass es schweizweit keine anderen FDA gab, welche alternative Wholesale-Produkte angeboten haben, verunmöglichte es Sunrise, für ein schweizweites Projekt wie das Post-WAN-Projekt auf andere Anbieter auszuweichen (vgl. auch Anzeige Sunrise vom 30. April 2009, Rz. 28 ff.). Selbst für Gebiete, wo Angebote anderer FDA zur Verfügung standen, blieb angesichts der Uneinheitlichkeit und aufwändigeren Koordination dieser Angebote ein Druck auf Sunrise bestehen, bei Swisscom kommerzielle Vorleistungsprodukte zur Realisierung des Post-WAN-Projekts einzukaufen.

### **8.3.2.2 Prüfung des Verhaltens von Swisscom**

Des Weiteren ist der Umstand zu prüfen, dass Swisscom vor dem von der Post festgesetzten Abgabetermin für die Offerten (25. August 2008) sowie während der Zeit der Verhandlungsrunden aktiv auf Sunrise zugegangen ist und mit ihr verhandelt hat.

Diesbezüglich führen die Beschwerdeführerinnen aus, zwar seien die TAL- und BBCS-Preise nicht verhandelbar. Bei den kommerziellen Vorleistungen CES, COS und CLn seien die Preise aber von der Anzahl bezogener Leistungen und von der Dauer abhängig. Wenn es um ein Projekt wie z.B. den Auftrag der Post gehe, beschränke sich kein Kunde darauf, im Wholesale-Portal die Listenpreise abzufragen, sondern es fänden auf Ersuchen des Kunden technische und kommerzielle Verhandlungen mit der Wholesale-Abteilung von Swisscom statt. Der schliesslich zu bezahlende Preis ergebe sich aus diesen Verhandlungen. Sunrise habe jedoch nicht rechtzeitig eine professionelle Offerte verlangt und auf die erforderlichen technischen und kommerziellen Verhandlungen verzichtet (vgl. Replik, Rz. 88 ff.).

Aus den Akten ergibt sich, dass Sunrise zunächst ohne Angabe des betroffenen Projekts oder des betroffenen Kunden bei Swisscom Wholesale um Offerten für einzelne Leitungen auf Basis der Swisscom-Vorleistungsprodukte CLn und COS ersucht hat (vgl. E-Mail vom 17. September 2008, Beilage 8 zu act. 14; Anzeige der Sunrise vom 30. April 2009, Vorakten act. 1, Rz. 34). Basierend auf diesen Offerten und der BBCS-Preisliste von Swisscom Wholesale hat Sunrise in der Folge "im Juli 2008" ein erstes Angebot im Rahmen der WAN-Ausschreibung der Post eingereicht (vgl. Anzeige der Sunrise vom 30. April 2009, Vorakten act. 1, Rz. 34). Wie Sunrise in ihrer Anzeige selbst schreibt, nahm Swisscom in der Folge mit Sunrise Kontakt auf und empfahl Sunrise, bei ihr ein neues Wholesale-Angebot für die zu erschliessenden Poststellen zu verlangen, welches nicht auf den von Sunrise favorisierten Produkten BBCS, CLn und COS beruhe, sondern auf CES (vgl. Anzeige der Sunrise vom 30. April 2009, Vorakten act. 1, Rz. 35). Erst am 17. und 18. September 2008 und damit nach dem auf den 25. August 2008 angesetzten Abgabetermin für Offerten an die Post hat Sunrise bei Swisscom Wholesale um eine Offerte für CLn- und COS-Leitungen für das Post-WAN-Projekt gebeten (vgl. E-Mails vom 17. und 18. September 2008, Beilage 8 zu act. 14). Nachdem Sunrise von Swisscom Wholesale darauf hingewiesen worden war, dass sich das Produkt CES für das Post-WAN-Projekt viel besser eignen würde als die von Sunrise angefragten CLn- und COS-Dienste (vgl. E-Mail vom 17. September 2008, Beilage 8 zu act. 14), bat Sunrise Swisscom Wholesale um eine Offerte für CES-Leitungen (vgl. E-Mail vom 24. September 2008, Beilage 9, act. 14). Nachdem offenbar Besprechungen zwischen Swisscom Wholesale und Sunrise stattgefunden hatten (vgl. Vorakten act. 14, Beilagen 11-13), unterbreitete Swisscom Wholesale Sunrise insgesamt 3 Offerten; die ersten beiden erfolgten nach Angaben der Beschwerdeführerinnen am

27. Oktober 2008 und am 10. November 2008 (vgl. Stellungnahme vom 28. August 2009 an die Vorinstanz, Vorakten act. 14, Rz. 15), die letzte am 5. Januar 2009 (vgl. Anzeige der Sunrise vom 30. April 2009, Vorakten act. 1, Rz. 36; E-Mail vom 5. Januar 2009, Beilage 19 zu act. 14). Dieses Angebot war nach Angaben von Sunrise preislich am attraktivsten, konnte von ihr jedoch nicht mehr für ihr eigenes Angebot genutzt werden, da sie im November 2008 der Post ihr letztes Angebot unterbreitet hatte (vgl. Anzeige der Sunrise vom 30. April 2009, Vorakten act. 1, Rz. 36 und 46 und dortige Beilage 17).

Schliesslich erklärte Sunrise mit E-Mail vom 23. November 2008 gegenüber Swisscom Wholesale, ohne eine zusätzliche substanzielle Preisreduktion der wiederkehrenden Kosten werde Sunrise wenig Chancen haben, das Los 2 wie auch den Gesamtauftrag zu gewinnen, und bat um zusätzliche Projektrabatte, die ihr von Swisscom Wholesale teilweise gewährt wurden (vgl. E-Mails vom 23. und 25. November 2008, Beilage 17, act. 14).

Wenn auch Swisscom offenbar aktiv auf Sunrise zugeht, um ihr bei der Erarbeitung einer (günstigeren) Offerte zu Handen der Post behilflich zu sein, schliesst dieses Verhalten hinsichtlich der verbleibenden Offertpreise ein Erzwingen nicht aus. Da Swisscom selbst zum Kreis der FDA gehörte, die im Rahmen der Post-WAN-Ausschreibung ein Angebot einreichen durften, waren ihr die Details der Ausschreibung und namentlich die zu erfüllenden Spezifikationen bekannt. Zudem musste sie als Eigentümerin des Kupferkabelnetzes und Anbieterin der darauf basierenden Angebote wissen, auf welche entbündelten Anschlusszentralen Sunrise zugreifen konnte. Insofern konnte Swisscom im Bewusstsein, dass sich Sunrise in einer schwächeren Position befand, auf Preisen bestehen, welchen Sunrise nichts entgegensetzen konnte.

### **8.3.2.3 Berechnung der Kosten**

In ihrer Anzeige vom 30. April 2009 beklagte sich Sunrise, sie hätte für die Swisscom-Vorleistungsprodukte mindestens CHF [20-30] Mio. bezahlen müssen; Swisscom habe dagegen den Auftrag zu einem Gesamtpreis von CHF 20.5 Mio. erhalten. Alleine aus dieser Preisdifferenz lässt sich allerdings noch nicht schliessen, dass die von Swisscom geforderten Vorleistungspreise unangemessen sind. Vorleistungen sind Leistungen (Rohstoffe, Hilfsstoffe, Betriebsstoffe, zugekaufte Teile, Materialien und Dienstleistungen), die in die Produktion einer Unternehmung eingehen, ohne im pro-

duzierenden Betrieb selbst hergestellt zu werden (vgl. <[www.wirtschaftslexikon24.com/d/vorleistungen/vorleistungen.htm](http://www.wirtschaftslexikon24.com/d/vorleistungen/vorleistungen.htm)>, abgerufen am 02.06.2020). Der Kauf wie auch der Verkauf von Vorleistungen haben Transaktionskosten zur Folge, d.h. Kosten, die durch die Übertragung von Gütern entstehen, also Kosten bei der Suche nach Transaktionspartnern, bei der Anbahnung von Transaktionen (z. B. Vertragsabschlusskosten, Versicherungsprämien) und anlässlich der Transaktion selbst (z.B. in Form von Transportkosten; vgl. <[www.wirtschaftslexikon24.com/d/transaktionskosten/transaktionskosten.htm](http://www.wirtschaftslexikon24.com/d/transaktionskosten/transaktionskosten.htm)>, abgerufen am 07.04.2020; VALENTIN MONN, Die Verhandlungsabrede, Zürich 2010, Rz. 1110 ff.). Dass der Verkäufer der Vorleistung die durch die Transaktion der Leistung erwachsenden Kosten auf den Käufer zu überwälzen versucht, ist naheliegend.

Je standardisierter ein Gut oder eine Dienstleistung ist, desto automatisierter und damit auch transaktionsgünstiger kann es produziert und verkauft werden; ist der Individualitätsgrad hoch, sind auch die Transaktionskosten tendenziell höher (vgl. etwa: FLORIAN WEISS, Ansätze zur Senkung von Transaktionskosten bei Versicherungsmaklern in der Privatkundenberatung, 2014, S. 18 f.). So ist der Beratungsaufwand beim Verkauf komplexer Vorleistungen grundsätzlich höher als bei einfachen Gütern und Dienstleistungen (vgl. etwa: MONN, a.a.O., Rz. 1112 f.). Dies gilt namentlich, wenn es sich wie im vorliegenden Fall um Telekommunikationsdienstleistungen handelt, welche Swisscom auf ihrem eigenen Netz erbringt. Durch den notwendigen Einbezug von Swisscom wurde das Angebot von Sunrise an die Post naturgemäss mit Transaktionskosten belastet, die für das Angebot der Beschwerdeführerinnen nicht oder nicht in gleichem Umfang anfielen und die nicht kausal vom Verhalten der Beschwerdeführerinnen verursacht waren. In diesem Sinne erklärten sie in ihrer Replik, für welche Standorte ein Vorleistungsnachfrager auf welche Leistungen welcher Anbieterin zurückgreife, ergebe sich aus den einzelfallbezogenen Abklärungen im Rahmen eines Projekts. Ein abstrakter Preisvergleich gestützt auf publizierte Preislisten reiche hierzu nicht aus. Es seien die technischen und kommerziellen Verhandlungen mit den Anbietern, welche es ermöglichten, die jeweils optimale Lösung zu finden (vgl. Replik, Rz. 57). Wie in E. 8.3.2.2 gezeigt wurde, haben auch zwischen Sunrise und Swisscom solche Verhandlungen stattgefunden. Alleine durch diese Verhandlungen sind bereits Transaktionskosten entstanden, welche die Vorleistungen verteuern.

Zur Berechnung der hypothetischen Kosten von Sunrise, welche bei der Erbringung der WAN-Dienstleistungen für die Post angefallen wären, hat die Vorinstanz, wie bereits ausgeführt, verschiedene Szenarien entwickelt.

Je nach Szenario belaufen sich die von Sunrise an Swisscom zu bezahlenden Vorleistungskosten auf CHF [16'000'000-23'000'000] (Szenario Swisscom), CHF [16'000'000-23'000'000] (Szenario Sunrise), CHF [16'000'000-23'000'000] (Szenario BAKOM VDSL), oder CHF [16'000'000-23'000'000] (Szenario BAKOM SDSL; vgl. angefochtene Verfügung Rz. 181 und 186). Alle Szenarien gehen davon aus, dass Sunrise sowohl Produkte aus dem "Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten", d.h. im vorliegenden Fall TAL, als auch aus dem "Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich", d.h. im vorliegenden Fall BBCS und CES, bezieht.

Je höher der TAL-Anteil in einem Szenario ist, desto niedriger fallen die kommerziellen Vorleistungskosten (für den Bezug von BBCS und CES) aus, da es sich bei der TAL um ein sog. kostenorientiertes Produkt (Art. 54 Abs. 1 FDV; vgl. E. 4.3), bei CES und BBCS dagegen um kommerzielle und damit teurere Produkte handelt. Ausgehend von 2'305 Poststandorten liegen die TAL-Anteile zwischen 49 % (Szenario "Sunrise" mit 1'120 TAL) und 66 % (Szenario "Swisscom" mit 1'517 TAL). Die TAL-Anteile der übrigen Szenarien belaufen sich auf 55 % (Szenario "BAKOM SDSL" mit 1'259 TAL) respektive 63 % (Szenario "BAKOM VDSL" mit 1'456 TAL). Eine Rolle spielt zudem auch, ob CES oder das günstigere BBCS eingesetzt werden kann und wie das Verhältnis Leitungslänge/Bandbreite eingeschätzt wird.

Zusammen mit den Investitionskosten für den Ausbau einer Anschlusszentrale ("Kosten TAL") und 6 % Verwaltungs- und Vertriebsgemeinkosten (VVGK) entstehen Sunrise je nach Szenario folgende hypothetische Gesamtkosten, um das WAN-Projekt der Post zu realisieren:

in CHF	Szenario Swisscom	Szenario Sunrise	Szenario BAKOM SDSL	Szenario BAKOM VDSL
Vorleistungskosten	[16'000'000-23'000'000]	[16'000'000-23'000'000]	[16'000'000-23'000'000]	[16'000'000-23'000'000]
Kosten TAL	[1'000'000-2'000'000]	[500'000-1'500'000]	[1'000'000-2'000'000]	[1'000'000-2'000'000]

VVGK (6 %)	[1'000'000- 1'200'000]	[1'200'000- 1'400'000]	[1'200'000- 1'400'000]	[1'200'000- 1'400'000]
Gesamt- kosten	[20'000'000- 21'000'000]	[22'000'000- 23'000'000]	[24'000'000- 25'000'000]	[20'500'000- 21'500'000]

Quelle: angefochtene Verfügung, Rz. 181+186

#### a) Das Szenario "Swisscom"

Das von der Vorinstanz entworfene Szenario "Swisscom" basiert auf der Gegenrechnung, die Swisscom in ihrer Stellungnahme vom 28. August 2009 an die Vorinstanz (act. 14) angestellt hat. Das Szenario geht bei der Verwendung der TAL davon aus, dass sich die maximale Leitungslänge mit zunehmender Bandbreite reduziert (zwischen 6'500 Metern bei einer Bandbreite bis 1 Mbit/s und 3'500 Metern bei einer Bandbreite bis 2 Mbit/s). Es sollte nach den dortigen Angaben die Kosten aufzeigen, die Sunrise bei einer optimalen Projektrealisierung unter frühzeitigem und aktivem Einbezug von Swisscom Wholesale entstanden wären (vgl. dortige Rz. 30). In ihrer Stellungnahme vom 17. April 2015 (act. 146) wiesen die Beschwerdeführerinnen jedoch darauf hin, dass ihre damals angestellte Gegenrechnung das Potenzial zur Begrenzung der Kosten nicht ausschöpfe, das Sunrise bei einer ernsthaften Nachfrage und damit verbundenen Verhandlungen hätte realisieren können. Beispielsweise habe Swisscom in der Gegenrechnung in Zweifelsfällen stets die teuerste Vorleistung (d.h. CES) eingesetzt (vgl. dortige Rz. 27). In ihrer Replik räumten die Beschwerdeführerinnen zudem ein, sie hätten der Gegenrechnung keine vollständige Sachverhaltsabklärung zugrunde gelegt. Insofern ist das Szenario "Swisscom" mit dem Mangel behaftet, dass es teilweise mit der teuersten Vorleistung CES kalkuliert, die unter Umständen nicht nötig gewesen wäre. Zum heutigen Zeitpunkt kann aufgrund der grossen zeitlichen Distanz zu den damaligen Verhältnissen nicht mehr nachgeprüft werden, ob in Zweifelsfällen statt CES auch die günstigere Vorleistung BBSC hätte eingesetzt werden können. Zumindest kann festgehalten werden, dass das Szenario "Swisscom" wahrscheinlich von zu hohen Kosten ausgeht.

#### b) Das Szenario "Sunrise"

Das Szenario "Sunrise" ist von der Vorinstanz auf Basis der Angaben von Sunrise entwickelt worden und enthält die sog. Parameter "CES-Abgleich"



und "Sunrise spez.". Beim Parameter "Sunrise spez." wird die Angabe von Sunrise berücksichtigt, dass Bandbreiten bis 4 Mbit/s mittels zweier TAL (anstatt mit teureren kommerziellen Vorleistungen) erreicht werden können (sog. "Bonding"). Dem Parameter "CES-Abgleich" wird die weitere Angabe von Sunrise zu Grunde gelegt, dass sämtliche Standorte unter 2 Mbit/s bzw. 1.8 Mbit/s entweder mit TAL oder BBCS hätten erschlossen werden können, während Swisscom in ihrer Beispielrechnung annahm, dass für einige Poststellen das teurere Vorleistungsprodukt CES statt BBCS eingesetzt werden müsste (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 216; Vernehmlassung Vorinstanz vom 16. März 2016, Rz. 23).

Die von den Beschwerdeführerinnen begrüßte Verwendung dieser Parameter führt seitens Sunrise zu geringeren Vorleistungskosten, da weniger CES und mehr TAL und BBCS zu veranschlagen sind. Im Unterschied zum Szenario "Swisscom" und zu den nachfolgenden Szenarien des BAKOM wird im Szenario "Sunrise" hinsichtlich der maximal möglichen Leitungslängen für die TAL nicht differenziert, sondern es wurde pauschal davon ausgegangen, dass bei einer Leitungslänge von 2000 Metern (mittels "Bonding") eine maximale Bandbreite von 4 Mbit/s realisierbar ist. Insofern erscheint dieses Szenario weniger genau als die übrigen Szenarien.

### **c) Die Szenarien des BAKOM**

Schliesslich beruhen die von der Vorinstanz erarbeiteten Szenarien "BAKOM SDSL" (unter Verwendung der SDSL-Technologie) und "BAKOM VDSL" (unter Verwendung der VDSL-Technologie) auf Angaben des BAKOM. Diese Szenarien gehen wie das Szenario "Swisscom" von der Annahme aus, dass sich die maximale Leitungslänge mit zunehmender Bandbreite verringert (zwischen 2'700 Metern bei einer Bandbreite bis 1 Mbit/s und 1'800 Metern bei einer Bandbreite bis 1.8 Mbit/s bei der SDSL-Technologie [vgl. Rz. 178 der angefochtenen Verfügung], sowie zwischen 3'500 Metern bei einer Bandbreite bis 1 Mbit/s und 800 Metern bei einer Bandbreite bis 4 Mbit/s bei der VDSL-Technologie [vgl. S. 8 der Stellungnahme des BAKOM vom 10. Juli 2015]).

Die Beschwerdeführerinnen beantragen, dass auf die Angaben des BAKOM vom 10. Juli 2015 unter Verwendung des Parameters "CES-Abgleich" abgestellt werden soll. Die Vorinstanz stellt sich nicht grundsätzlich gegen den Antrag, das von den Beschwerdeführerinnen präferierte Szenario "BAKOM VDSL" zu verwenden. Sie beharrt indessen darauf, dass auf die vom BAKOM erstellte Berechnung ohne CES-Abgleich abzustellen sei,

welche von Kosten in der Höhe von CHF [16'000'000-23'000'000] ausgehe (vgl. Vernehmlassung Vorinstanz vom 16. März 2016, Rz. 25).

Das BAKOM ist das Kompetenzzentrum des Bundes für Telekommunikation, Medien und Post im Eidgenössischen Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK). Damit handelt es sich, auch nach der Einschätzung der Beschwerdeführerinnen (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 11. Dezember 2020, Rz. 281, 284), um eine Fachbehörde, von deren Einschätzung das Bundesverwaltungsgericht nicht ohne zwingende Gründe abweicht, sofern diese nicht offensichtlich widersprüchlich erscheint oder auf irrtümlichen tatsächlichen Feststellungen beruht (vgl. Urteil des BVGer B-7301/2015 vom 23. Februar 2016 E. 4.1).

Das BAKOM hat in der Stellungnahme vom 10. Juli 2015 aus dem Szenario "BAKOM" (auch Szenario "BAKOM SDSL" genannt) das Szenario "BAKOM VDSL" entwickelt, um die asymmetrischen Technologien VDSL und VDSL2 auf entbündelten Leitungen einzubeziehen. Weil damit grössere Bandbreiten bei der TAL realisierbar sind (4 Mbit/s bei einer Leitungslänge von 800 Metern), verwendete es den Parameter "Sunrise spez". Unter gleichzeitiger Verwendung des Parameters "CES-Abgleich" errechnete das BAKOM Vorleistungskosten in der Höhe von CHF [14'000'000-21'000'000], unter Deaktivierung des CES-Abgleichs Kosten von CHF [16'000'000-23'000'000] (vgl. Stellungnahme des BAKOM vom 10. Juli 2015, S. 7 f., act. 158 der Vorinstanz).

Der Parameter "CES-Abgleich" ist nach Auffassung des BAKOM dann zu verwenden, wenn der Kosteneffizienz höchste Priorität beigemessen wird. Allerdings bestünden Unsicherheiten darüber, ob die vom "CES-Abgleich" betroffenen Standorte in der Realität effektiv mit BBSCS statt mit CES hätten angebunden werden können (vgl. Stellungnahme BAKOM vom 10. Juli 2015, S. 8).

Auch nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen lässt sich angesichts des gegenwärtigen Ausbaus des Netzes heute nicht mehr eruieren, welche Bandbreiten 2008/2009 mit welchen Vorleistungen und welchen Technologien realisierbar gewesen wären (vgl. Replik vom 30. Juni 2016, S. 26, Fn. 61). Da es im vorliegenden Fall darum geht, die Kosten von Sunrise zu konkretisieren, und sogar Sunrise von einer kosteneffizienteren Erschlies-

sung mit BBCS ausging, hält es das Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich nicht für ausgeschlossen, den Parameter "CES-Abgleich" zu verwenden.

Indessen spricht der Umstand, dass die Post in der Ausschreibung die Verwendung einer symmetrischen Technologie vorausgesetzt hat, während es sich bei der VDSL-Technologie um eine asymmetrische Technologie handelt, gegen eine Berücksichtigung des Szenarios "BAKOM VDSL" und eher für das Szenario "BAKOM SDSL", welches auf der symmetrischen SDSL-Technologie basiert (vgl. auch die Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 26. Juli 2012, S. 3 [act. 65]). Ob die Post zur Zeit der Ausschreibung die VDSL-Technologie akzeptiert hätte, kann zum heutigen Zeitpunkt nicht mehr eruiert werden. Das BAKOM berücksichtigte sie zudem nur kalkulatorisch in Abweichung der durch die Beschwerdeführerinnen getroffenen Auswahl der Vorleistungsprodukte und in der Annahme, dass überall "Idealbedingungen wie ein einwandfreier Zustand der Kupferleitung" bestünden und der Kosteneffizienz höhere Priorität als nach den Angaben der Beschwerdeführerinnen beigemessen werde (vgl. act. 158, S. 7 f.). Letzteres kann bei den Poststandorten offensichtlich nicht durchwegs erwartet werden. Im Sinne eines "As-efficient-competitor"-Tests vermag das Szenario "BAKOM VDSL" daher keine tragfeste Beweisgrundlage zu bilden. Es ist nur als spekulative Berechnung zu erwähnen. Würde dennoch auf das Szenario "BAKOM VDSL"(unter Verwendung des CES-Abgleichs) abgestellt, wären Sunrise zur Realisierung des Post-Auftrags hypothetische Vorleistungskosten in der Höhe von CHF [14'000'000-21'000'000] entstanden (vgl. auch Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 11. Dezember 2020, Rz. 241) und hätte Sunrise 1'456 Poststellen, also 63 % der insgesamt 2'305 anzubindenden Standorte, mit TAL erschliessen können.

Um den vorgenannten Unsicherheiten bezüglich der in der Ausschreibung nicht vorgesehenen asymmetrischen Technologie und des "CES-Abgleichs" zu begegnen, muss deshalb als Beweisergebnis ausschliesslich auf das Szenario "BAKOM SDSL" abgestellt werden. Bei diesem Szenario sind Sunrise hypothetische Vorleistungskosten in der Höhe von CHF [16'000'000-23'000'000] (bei 1'259, d.h. 55 %, TAL) entstanden. Dabei handelt es sich um die höchsten Vorleistungskosten aller Szenarien. Somit geht das Bundesverwaltungsgericht von Vorleistungskosten von CHF [16'000'000-23'000'000] (Szenario "BAKOM SDSL") aus.

Insgesamt ergeben sich für Sunrise damit Gesamtkosten von CHF [24'000'000-25'000'000] (Szenario "BAKOM SDSL"). Diese übertreffen den Zuschlagspreis um CHF [3'500'000-4'000'000] oder [über 16] %. Beim Szenario "BAKOM VDSL" (mit "CES-Abgleich") als hypothetischer Kalkulation würden die Gesamtkosten CHF [18'000'000-19'000'000] betragen und lägen um [mehr als 10] % tiefer:

CHF	"BAKOM SDSL"	"BAKOM VDSL" (mit "CES-Abgleich") Vergleichsszenario
Vorleistungskosten in CHF	[16'000'000-23'000'000]	[14'000'000-21'000'000]
Kosten TAL	[1'000'000-2'000'000]	[1'000'000-2'000'000]
VVGK (6 %)	[1'200'000-1'400'000]	[1'000'000-1'200'000]
Total Kosten TAL und VVGK	[2'000'000-3'000'000]	[2'000'000-3'000'000]
Gesamtkosten Sunrise	[24'000'000-25'000'000]	[18'000'000-19'000'000]
Zuschlagspreis Swisscom	20'462'272	20'462'272
Differenz Gesamtkosten Sunrise zum Zuschlagspreis Swisscom	+ [3'500'000-4'000'000]	- [1'800'000-2'300'000]

Zu prüfen ist überdies, ob, wie die Beschwerdeführerinnen unter Berufung auf das BAKOM ausführen, aus einer rückblickenden Perspektive auf die Preise abzustellen ist, welche Sunrise tatsächlich zu bezahlen gehabt hätte. Gehe man von einem Preiszerfall von 4 % aus, hätten sich die Kosten von Sunrise nochmals um ca. CHF [1-3] Mio. reduziert.

Die Vorinstanz erklärt in der angefochtenen Verfügung (vgl. Rz. 236 ff.), in den Berechnungen des Sekretariats seien die ab 2009 geltenden Kosten für die TAL in der Höhe von CHF 18.80 und nicht die zum Zeitpunkt der Offerteingabe geltenden Kosten für die TAL in Höhe von CHF 23.50 verwendet und damit die voraussehbare Kostensenkung für die regulierten Vorleistungsprodukte bereits mitberücksichtigt worden. Hingegen hätten sich die Preise für die Produkte BBCS und CES so gut wie nicht verändert. In ihrer Vernehmlassung fügt die Vorinstanz an, dass die Swisscom eine Preissenkung von 4 % für die BBCS-Anschlüsse einberechnet habe, die allerdings so nie eingetreten sei. Eine solche rückblickende Betrachtung sei für Sunrise zum Zeitpunkt der Ausschreibung nicht möglich gewesen, so dass die Preisentwicklung für Sunrise noch mit Unsicherheiten behaftet gewesen wäre (vgl. Vernehmlassung vom 16. März 2016, Rz. 27).

Gemäss den Beschwerdeführerinnen trifft es zu, dass bei der (symmetrischen) SDSL-Ausprägung des BBCS kein Preiszerfall eingetreten sei. Sowohl bei den asymmetrischen Technologien (ADSL, VDSL) als auch bei CES und der TAL sei jedoch ein Preiszerfall zu berücksichtigen (vgl. Replik, Rz. 120 ff.).

Zwar ist Sunrise, wie die Beschwerdeführerinnen richtig ausführen, in ihrer Anzeige von einem jährlichen Preiszerfall von 4-8 % ausgegangen. Dieser erwartete Zerfall bezog sich jedoch auf die Produkte CLn und COS sowie BBCS SDSL (vgl. Anzeige, Rz. 43). Da die BBCS SDSL unbestrittenermassen nicht günstiger geworden sind (vgl. angefochtene Verfügung, Tabelle 31, Rz. 188), die Produkte CLn sowie COS im hier relevanten Szenario keine Rolle spielen und von Sunrise keine weiteren (dannzumal gemachte) Angaben über erwartete Preisreduktionen aktenkundig sind, ist hinsichtlich der kommerziellen Vorleistungsprodukte kein Preiszerfall dargetan. Auch bei der TAL ist keine weitere Preissenkung einzuberechnen. Wie das BAKOM dargelegt hat, hätte die Vorinstanz zwar auch weitere Preisreduktionen als diejenige von CHF 23.50 auf CHF 18.80 berücksichtigen können. Mit der Festlegung des TAL-Preises auf CHF 18.80 scheine das Sekretariat jedoch einen pragmatischen Mittelweg zwischen Preisen im Zeitpunkt der Offerteingabe und effektiven, im Nachhinein von der ComCom

festgelegten Preisen gewählt zu haben (vgl. Stellungnahme BAKOM vom 10. Juli 2015, S. 7). Das Bundesverwaltungsgericht hat angesichts dieser nachvollziehbaren Feststellung keine Veranlassung, von dieser Fachmeinung abzurücken.

Somit ist als Beweisergebnis festzuhalten, dass sich die Gesamtkosten von Sunrise, einschliesslich Transaktionskosten und Preiszerfall, auf CHF [24'000'000-25'000'000] (Szenario "BAKOM SDSL") belaufen. Diese Kosten liegen CHF [3'500'000-4'000'000] über dem Zuschlagspreis. Das Szenario "BAKOM VDSL" fällt wie ausgeführt ausser Betracht.

### **8.3.3 Rechtliche Würdigung**

Der durch Swisscom von Sunrise geforderte Preis ist im Verhältnis zum Zuschlagspreis als unangemessen hoch zu werten.

Sunrise war hinsichtlich der Poststandorte, die sie weder mit der TAL noch mit eigenen Produkten abdecken konnte, auf die kommerziellen Produkte der Swisscom angewiesen. Sie hätte nicht oder nur ungenügend auf Angebote anderer Anbieter ausweichen können. Der Eigenbau oder die Entbündelung weiterer Anschlusszentralen sind ebenso wenig Ausweichmöglichkeiten. Wie der Post war es Sunrise auch nicht möglich, auf rechtliche Verfahren auszuweichen, um dem ökonomischen Druck der Beschwerdeführerinnen zu entgehen.

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerinnen gegenüber Sunrise einen unangemessenen Preis im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG erzwungen und sie dadurch in ihrer Wettbewerbsfähigkeit benachteiligt haben.

## **8.4 Kosten-Preis-Schere**

### **8.4.1 Rechtliche Grundlagen**

Die Kosten-Preis-Schere (Price- oder Margin-Squeeze) ist eine besondere Form eines zweistufigen Behinderungsmissbrauchs. Dabei setzt ein vertikal integriertes marktbeherrschendes Unternehmen seine Endkundenpreise im Vergleich zu den Vorleistungspreisen derart tief an, dass es vergleichbar effizienten Wettbewerbern, die auf die Vorleistung des marktbeherrschenden Unternehmens angewiesen sind, praktisch verunmöglicht wird, auf dem Endkundenmarkt Gewinne zu erzielen, so dass sie vom

Markt verdrängt zu werden drohen (vgl. DUCREY, a.a.O., Rz. 1673; AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7 Rz. 450; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7, Rz. 173; TONI DUPOVAC, Die Kosten-Preis-Schere als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im europäischen und schweizerischen Recht, Zürich 2014, S. 45; BGE 146 II 217 E. 5.1; "Preispolitik Swisscom ADSL"; Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 401, "Preispolitik ADSL"). Die Kosten-Preis-Schere bildet eine eigenständige Tatbestandsvariante von Art. 7 Abs. 1 KG (vgl. BGE 146 II 217 E. 7.3, "Preispolitik Swisscom ADSL"; Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 442 f., "Preispolitik ADSL").

Der Tatbestand der Kosten-Preis-Schere gemäss Art. 7 Abs. 1 KG ist erfüllt, wenn folgende Tatbestandselemente kumulativ gegeben sind:

- a) Vertikale Integration eines marktbeherrschenden Unternehmens, auf dessen Vorleistungen die Wettbewerber im nachgelagerten Markt bei der Erstellung der Endleistung angewiesen sind (vgl. BGE 146 II 217 E. 5.2.1 ff., "Preispolitik Swisscom ADSL"; DUPOVAC, a.a.O., S. 18; differenzierend: Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 404 "Preispolitik ADSL");
- b) die Herbeiführung eines Missverhältnisses zwischen dem Preis für das Vorprodukt und dem Preis für das Endprodukt (Margenbeschneidung; BGE 146 II 217 E. 5.3, "Preispolitik Swisscom ADSL"; AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 450; DUPOVAC, a.a.O., S. 21);
- c) die Kosten-Preis-Schere darf sich nicht durch sachliche Gründe rechtfertigen lassen (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 570 ff., "Preispolitik ADSL"; DANIEL PETZOLD, Die Kosten-Preis-Schere im EU-Kartellrecht, München 2012, S. 111; DUPOVAC, a.a.O., S. 15 f.).

#### **a) Vertikale Integration, Marktstellung und Abhängigkeit von der Vorleistung**

Die strukturelle Voraussetzung für die Umsetzung einer Kosten-Preis-Schere ist ein sog. vertikal integriertes Unternehmen, das sowohl auf dem Vorproduktmarkt als auch auf dem Endproduktmarkt tätig ist (vgl. BGE 146 II 217 E. 5.2.1, "Preispolitik Swisscom ADSL"; Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 402 "Preispolitik ADSL", mit Verweisen auf die europäische Rechtsprechung und Rechtsliteratur; PETZOLD, a.a.O., S. 23 ff.; DUPOVAC, a.a.O., S. 19). Dieses Unternehmen muss eine Vorleistung anbieten, auf die die Wettbewerber im nachgelagerten Markt bei der Erstellung

der Endleistung angewiesen sind (vgl. BGE 146 II 217 E. 5.2.2, "Preispolitik Swisscom ADSL"; DUPOVAC, a.a.O., S. 18; anders noch: Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 404 "Preispolitik ADSL", welches unter Berücksichtigung der europäischen Praxis davon ausgeht, dass eine Kosten-Preis-Schere unter Umständen auch dann möglich ist, wenn den Abnehmern Ausweichmöglichkeiten verbleiben). Zudem muss es den vorgelagerten Markt beherrschen. Auf dem Endproduktmarkt muss ihm keine marktbeherrschende Stellung zukommen (vgl. BGE 146 II 217 E. 5.2.3, "Preispolitik Swisscom ADSL"; Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 403, "Preispolitik ADSL"; PETZOLD, a.a.O., S. 30 ff.; DUPOVAC, a.a.O., S. 18). Trotzdem wird das vertikal integrierte Unternehmen über eine gewisse dominante Stellung auf dem nachgelagerten Markt verfügen müssen, ansonsten es auf diesem keinen bestimmenden Einfluss auf die Preise der Endprodukte nehmen kann (vgl. BGE 146 II 217 E. 5.2.3, "Preispolitik Swisscom ADSL"; PETZOLD, a.a.O., S. 33).

## **b) Margenbeschneidung**

Die wettbewerbswidrige Tathandlung bildet die Kosten-Preis-Schere als solche, also die unzureichende Preisspanne derjenigen, die mit dem marktbeherrschenden Unternehmen auf der Endkundenebene im Wettbewerb stehen (vgl. BGE 146 II 217 E. 5.3, "Preispolitik Swisscom ADSL"; Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 405, "Preispolitik ADSL", mit Verweisen auf die europäische Rechtsprechung und Rechtsliteratur), obwohl der Kosten-Preis-Vergleich grundsätzlich beim marktbeherrschenden Unternehmen selbst anzustellen ist (vgl. BGE 146 II 217 E. 5.4, "Preispolitik Swisscom ADSL").

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen kann auch in einem Einzelfall eine Kosten-Preis-Schere resultieren, ohne dass das davon betroffene Unternehmen in seiner Existenz gefährdet werden muss. Für die Bejahung einer Kosten-Preis-Schere setzt das Bundesverwaltungsgericht nämlich nicht voraus, dass das betroffene Unternehmen tatsächlich vom Markt verschwindet. Es reicht aus, wenn das Unternehmen *potentiell* beeinträchtigt (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 563, "Preispolitik ADSL") oder aufgrund der nicht ausreichenden Marge zu einer Quersubventionierung gezwungen ist, um nicht vom Markt verdrängt zu werden (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 441, "Preispolitik ADSL"). Letztlich geht es bei der Kosten-Preis-Schere darum, dass dem auf Vorleistungen angewiesenen Konkurrenten eine zu knappe Marge verbleibt, um mit dem vertikal integrierten Unternehmen auf Endkundenstufe in Wettbewerb zu



treten (vgl. MANI REINERT, Preisgestaltung, in: Geiser/Krauskopf/Münch [Hrsg.], Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis, 2005, S. 145). Dabei ist es unerheblich, ob dem Konkurrenten lediglich einmal oder in mehreren Fällen der Wettbewerb mit dem vertikal integrierten Unternehmen auf Endkundenstufe verunmöglicht wird.

Dass Ausschreibungen und damit Einzelfälle Gegenstand einer Kosten-Preis-Schere sein können, zeigt auch der in Deutschland untersuchte Fall i.S. NEXT ID GmbH. Die in einer (privatrechtlichen) Ausschreibung gegenüber der Deutschen Telekom unterlegene Mitbewerberin NEXT ID GmbH gelangte an das Bundeskartellamt mit dem Vorwurf, die Deutsche Telekom habe sie durch die Anwendung einer Preis-Kosten-Schere missbräuchlich behindert. Die NEXT ID GmbH wird beschrieben als eine Anbieterin von sog. Massenverkehrsdiensten zu bestimmten Zielen (MABEZ-Dienste), welche für ihre Dienstleistungen auf Vorleistungen der Deutschen Telekom angewiesen ist. Das Bundeskartellamt untersuchte den Vorwurf, kam jedoch zum Schluss, dass die Differenz zwischen dem vereinbarten Verrechnungspreis für MABEZ-Dienste und den notwendigen Vorleistungen für Wettbewerber in jedem Fall positiv sei und daher keine Preis-Kosten-Schere vorliege (vgl. Beschluss B 7 – 11/09 des Bundeskartellamts, Rz. 62).

Bei einer einzelnen Ausschreibung akzentuiert sich das Problem der Kosten-Preis-Schere im Vergleich zu einem "klassischen" Fall einer Kosten-Preis-Schere, in welchem eine Kosten-Preis-Schere über einen längeren Zeitraum und damit eine missbräuchliche Preispolitik praktiziert wird (vgl. etwa der Expertenbericht der deutschen Monopolkommission, Auszug aus Hauptgutachten XVIII [2008/2009], Kapitel IV "Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen und Fusionskontrolle", Rz. 429): Einer solchen, länger dauernden Preispolitik eines marktbeherrschenden Unternehmens kann sich ein Wettbewerber unter Umständen entgegenstellen, indem er Endkonsumenten mit Zusatzleistungen wie schnellerem Internet, persönlicherer Beratung oder erfolgreicherem Marketing ködert. Bei einer Ausschreibung zählt dagegen allein der Umstand, wer das auf die Zuschlagskriterien bezogene wirtschaftlich günstigste Gesamtangebot eingereicht hat (vgl. Urteil des BVGer B-771/2012 vom 25. Juni 2018 E. 7.3.2, "Strassen- und Tiefbau Kt. Aargau"). Der so auserkorene Zuschlagsempfänger bekommt den ganzen Auftrag, nicht nur einen grösseren Anteil am Auftrag ("The winner takes it all").

Der Nachweis einer missbräuchlichen Kosten-Preis-Schere ist grundsätzlich erbracht, wenn die vom Marktbeherrscher verlangten Vorleistungspreise höher als die von ihm im nachgelagerten Markt für das Endprodukt geforderten Preise sind (= negative Preisdifferenz; vgl. BGE 146 II 217 E. 5.5.1, "Preispolitik Swisscom ADSL") oder die Marge zwischen dem Vorleistungspreis für Wettbewerber und dem Marktpreis des marktbeherrschenden Unternehmens nicht ausreicht, um die produktspezifischen Kosten des Wettbewerbers zu decken (= positive Preisdifferenz; vgl. BGE 146 II 217 E. 5.5.2, "Preispolitik Swisscom ADSL"). Soweit die jeweils erzielte Marge auch einen gewissen Gewinn umfasst, hängt es von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab, ob das Preisverhältnis dennoch als missbräuchlich zu qualifizieren ist (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 457, "Preispolitik ADSL", mit weiteren Hinweisen).

#### **8.4.2 Anzuwendende Methode sowie zu berücksichtigende Kosten und Erträge**

**8.4.2.1** Der Kosten-Preis-Vergleich ist, wie ausgeführt, grundsätzlich beim marktbeherrschenden Unternehmen selbst anzustellen. In der Sache stellt dies eine Anwendung des "as efficient competitor test" (auch "equally efficient competitor test" oder "Tests unter Annahme eines gleich effizienten Wettbewerbers" [nachfolgend: Eigenwirtschaftlichkeitstest] genannt) dar (vgl. BGE 146 II 217 E. 5.4, "Preispolitik Swisscom ADSL"; Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 451 "Preispolitik ADSL"). Nur ausnahmsweise sind die Preis- und Kostendaten der tatsächlichen Wettbewerber heranzuziehen (vgl. BGE 146 II 217 E. 5.4, "Preispolitik Swisscom ADSL"), was dem "reasonably efficient competitor test" (auch "Test unter Annahme eines theoretisch hinreichend effizienten Wettbewerbers" [nachfolgend: Fremdwirtschaftlichkeitstest] genannt) entspräche. Die einen Fremdwirtschaftlichkeitstest rechtfertigenden Ausnahmen betreffen insbesondere Konstellationen, bei welchen die Kostenstruktur des Marktbeherrschers aus objektiven Gründen nicht klar erkennbar ist. Unter diesen Umständen liefert der Eigenwirtschaftlichkeitstest keine sauberen Ergebnisse (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 451, "Preispolitik ADSL"; DUPOVAC, a.a.O., S. 24; PETZOLD, a.a.O., S. 101 f.). Nicht ausgeschlossen sind andere Prüfungsmethoden, etwa eine "Margenvergleichsanalyse" (vgl. Urteil

des BVGer B-7633/2009 Rz. 447, "Preispolitik ADSL"; DUPOVAC, a.a.O., S. 22 ff.; PETZOLD, a.a.O., S. 99 ff.).

Für die Berechnung der Kosten sind mehrere Kostenarten zu unterscheiden. Der Berechnung sollen einerseits die produktspezifischen durchschnittlichen vermeidbaren Kosten (average avoidable cost – AAC) und andererseits die langfristigen durchschnittlichen Zusatzkosten (long-run average incremental cost – LRAIC) des marktbeherrschenden Unternehmens zugrunde gelegt werden (vgl. BGE 146 II 217 E. 5.6, "Preispolitik Swisscom ADSL"). AAC sind das Mittel aus den Kosten, die ein Unternehmen hätte vermeiden können, wenn es darauf verzichtet hätte, eine bestimmte Menge an (zusätzlichem) Output zu produzieren, und LRAIC das Mittel aller (variablen und fixen) Kosten, die einem Unternehmen bei der Herstellung eines bestimmten Produkts entstehen (vgl. DUPOVAC, a.a.O., S. 23; DAVID ROTH, Der "ebenso effiziente Wettbewerber", Baden-Baden 2017, S. 177 f., je mit Hinweis auf die Prioritätenmitteilung der Europäischen Kommission). Grundsätzlich wird auf die Kostenart LRAIC abgestellt (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 453, "Preispolitik ADSL"; ROTH, a.a.O., S. 387).

**8.4.2.2** Indem die Beschwerdeführerinnen geltend machen, der Offertpreis von Swisscom gegenüber der Post habe deutlich über den internen Kosten von Swisscom gelegen, was eine Kosten-Preis-Schere nach dem Test des "equally efficient competitor" ausschliesse (vgl. Beschwerde, Rz. 268), fordern sie implizit, es sei auf ihre internen Kosten und damit auf den Eigenwirtschaftlichkeitstest abzustellen (vgl. auch Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 11. Dezember 2020 Rz. 219, 225). Die Vorinstanz weist in diesem Zusammenhang indessen zu Recht auf die verwertbare Aussage der Beschwerdeführerinnen hin, sie würden ihre internen Kosten gar nicht kennen und intern keine Netzkosten verrechnen. Unter diesen Umständen ist ein Eigenwirtschaftlichkeitstest nicht angezeigt (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 451, "Preispolitik ADSL"; DUPOVAC, a.a.O., S. 24). Daher hat die Vorinstanz zu Recht auf die Kosten abgestellt, die Sunrise bei der Wahl eines effizienten Vorleistungsmixes hypothetisch entstehen würden. Sie hat einen Fremdwirtschaftlichkeitstest durchgeführt, ohne dies in der angefochtenen Verfügung so zu nennen.

**8.4.2.3** Des Weiteren machen die Beschwerdeführerinnen geltend, auf dem Geschäftskundenmarkt sanken die Kosten über die Vertragsdauer, während die Erträge aufgrund des branchenüblichen Upsellings während

der Vertragsdauer stiegen und sich daher auch Offerten als profitabel erwiesen, die zunächst mit höheren Kosten und tieferen Erträgen operierten (vgl. Beschwerde, Rz. 270 f.).

Aus diesem Argument können die Beschwerdeführerinnen indessen einerseits nichts zu ihren Gunsten ableiten, da dieser Umstand sowohl bei den Endkundenofferten der Vorleistungsnachfragerinnen als auch bei den Endkundenofferten von Swisscom zu berücksichtigen gewesen wäre. Andererseits zielt es darauf ab, bei der Rentabilitätsanalyse statt des historischen Ansatzes die Ertragswertmethode beizuziehen. Beim historischen Ansatz werden die Kosten grundsätzlich dem jeweiligen Zeitraum, in dem sie angefallen sind, zugerechnet; bei der Ertragswertmethode erfolgt die Rentabilitätsanalyse dagegen über einen bestimmten, regelmässig mehrjährigen Zeitraum hinweg anhand des Kapitalwerts für den untersuchten Geschäftsbereich, ohne festzulegen, ob und wie die Kosten in den einzelnen Jahren gedeckt werden (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 454 ff., "Preispolitik ADSL"). Wie das Bundesgericht festgehalten hat, ist die Ertragswertmethode im Rahmen der Kosten-Preis-Schere jedoch ungeeignet, weil die Gefahr bestehe, dass die Ergebnisse dieser Methode entweder tatsächlich auf unangemessenen Prognosen des marktbeherrschenden Unternehmens in Bezug auf seine angestrebten zukünftigen Gewinne beruhten, die zu einem fehlerhaften Ergebnis führen könnten, oder langfristige Gewinne einschlossen, die auf einer Verstärkung der Marktmacht des marktbeherrschenden Unternehmens zurückzuführen seien (vgl. BGE 146 II 217 E. 5.7, "Preispolitik Swisscom ADSL").

#### **8.4.3 Weitere vorgebrachte Argumente**

Die Vorinstanz hat die Voraussetzungen einer Kosten-Preis-Schere sowohl bei einer FDA, welche bisher keine Anschlusszentralen entbündelt hat, als auch bei Sunrise, welche bereits Anschlusszentralen entbündelt hat, untersucht (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 514 ff.). In beiden Fällen hält sie die Voraussetzungen für erfüllt. Swisscom habe den Zuschlag für die Erschliessung zu einem Preis von CHF 20'462'272 erhalten. Demgegenüber hätte eine FDA, die bisher keine Anschlusszentrale entbündelt hätte, von Swisscom Vorleistungsprodukte in der Höhe von CHF [32'000'000-38'000'000] nachfragen müssen. Da die darin enthaltenen kommerziellen Vorleistungskosten in der Höhe von CHF [32'000'000-38'000'000] den Endkundenpreis für die Erschliessung der Poststandorte (CHF 20'462'272) überträfen, müsse von einer Kosten-Preis-Schere ausgegangen werden.

Selbst bei Sunrise wären im theoretisch günstigsten Fall Vorleistungskosten in der Höhe von CHF [16'000'000-23'000'000] angefallen. Zusammen mit den zu erbringenden Eigenleistungen in der Höhe von CHF [2'000'000-3'000'000] lägen die Kosten für die Erbringung der Dienstleistungen gegenüber der Post mit CHF [20'000'000-21'000'000] über dem von Swisscom gegenüber der Post offerierten Preis.

Dem halten die Beschwerdeführerinnen entgegen, wenn auf die Angaben des BAKOM abgestellt werde, würden sich für Sunrise Kosten von CHF [14'000'000-21'000'000] ergeben, die deutlich unter dem Zuschlagspreis von Swisscom liegen würden. Sunrise hätte somit eine konkurrenzfähige Offerte einreichen und eine ausreichende Marge realisieren können. Weiter argumentieren die Beschwerdeführerinnen, im vorliegenden Fall gebe es keine Kosten-Preis-Schere zum Nachteil von FDA mit bloss kommerziellen Vorleistungen.

#### **8.4.4 Rechtsanwendung**

##### **8.4.4.1 Beweiswürdigung**

Der Lieferpreis der Vorleistungen auf den vorgelagerten Märkten "Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten" und "Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich", d.h. das von Swisscom geforderte Vorleistungsentgelt, beträgt unter dem hier massgeblichen Szenario CHF [16'000'000-23'000'000] (vgl. E. 8.3.2.3).

Der Verkaufspreis des Endprodukts auf dem nachgelagerten Markt, d.h. das von Swisscom geforderte Endkundenentgelt, ist der Zuschlagspreis, zu welchem Swisscom den Post-Auftrag erhalten hat, d.h. im vorliegenden Fall CHF 20'462'272.

Das von Sunrise an Swisscom zu entrichtende Vorleistungsentgelt ist damit höher als das von Swisscom geforderte Endkundenentgelt.

##### **8.4.4.2 Rechtliche Würdigung**

Bei Swisscom handelt es sich um ein vertikal integriertes Unternehmen. Es verkauft Vorleistungsprodukte wie TAL, BBCS und CES und ist gleichzeitig als Internet Service Provider auf dem nachgelagerten Markt tätig (vgl. BGE 146 II 217 E. 6.1, "Preispolitik Swisscom ADSL"). Sunrise ist zur Realisie-

rung des Post-Auftrags auf die Vorleistungsprodukte von Swisscom (namentlich TAL, BBCS und CES) angewiesen (vgl. vorangehende E. 8.3.3). Zudem nimmt Swisscom auf diesen vorgelagerten Märkten eine marktbeherrschende Stellung ein (vgl. vorangehende E. 7.7). Somit sind die strukturellen Voraussetzungen der Kosten-Preis-Schere erfüllt.

Was FDA betrifft, die zu 100 % auf die kommerziellen Vorleistungen von Swisscom angewiesen sind, führen die Beschwerdeführerinnen zu Recht aus, dass solche erst gar nicht zur Ausschreibung der Post zugelassen worden wären und demzufolge in der Ausschreibung auch nicht durch eine zu geringe Marge hätten behindert werden können. Der Vorwurf der Vorinstanz, Swisscom habe eine Kosten-Preis-Schere angewendet, ist daher nur bezüglich FDA zu überprüfen, die in der Ausschreibung der Post eine Offerte einreichen durften, d.h. Sunrise und Upc Cablecom. Einen entsprechenden Vorwurf hat die Vorinstanz im Zusammenhang mit Upc nicht geprüft. Daher ist auf den Tatbestand einer Kosten-Preis-Schere zu Lasten von Upc nicht weiter einzugehen.

Nach dem Beweisergebnis könnte Sunrise für das Szenario "BAKOM SDSL" keine Marge erreichen (vgl. E. 8.3.2.3), so dass Swisscom ein Missverhältnis zwischen dem Preis für das Vorprodukt und dem Preis für das Endprodukt herbeigeführt hat.

Sunrise wäre es im Rahmen der Post-Ausschreibung nicht möglich gewesen, angesichts der Vorleistungspreise, welche sie der Swisscom für den Bezug der Leistungen zur Realisierung des Post-Auftrags hätte zahlen müssen, und dem durch Swisscom gegenüber der Post verlangten Endverkaufspreis eine Marge zu erzielen. Daher war Sunrise im Wettbewerb um den Post-Auftrag gegenüber Swisscom beeinträchtigt. Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Swisscom-Gruppe im Rahmen der WAN-Ausschreibung der Post den Tatbestand einer Kosten-Preis-Schere gemäss Art. 7 Abs. 1 KG verwirklicht hat, indem sie die Vorleistungspreise für die kommerziellen Breitbandprodukte BBCS und CES, welche Sunrise zur Realisierung des Post-Auftrags benötigte, im Vergleich zum Endverkaufspreis zu hoch angesetzt und Sunrise keine Marge belassen hat, um mit Swisscom auf dem Endkundenmarkt in Wettbewerb treten zu können.

## **8.5 Legitimate business reasons**

Die Beschwerdeführerinnen haben keine Gründe zur Rechtfertigung ihres wettbewerbswidrigen Verhaltens vorgebracht. Es liegen auch keine offensichtlichen Rechtfertigungsgründe vor, wie die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung zutreffend festgestellt hat.

## **8.6 Ergebnis der materiellen Prüfung**

Insgesamt erfüllt Swisscom mit ihrem Verhalten in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 KG die Tatbestände der Erzwingung unangemessener Preise und der Kosten-Preis-Schere.

Angesichts dieses Ergebnisses kann dahingestellt bleiben, ob die Beschwerdeführerinnen auch den Tatbestand der Preisdiskriminierung (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG) zu Lasten von Sunrise erfüllen (vgl. Urteil des BGer 2C\_113/2017 E. 6.3, "Ticketvertrieb Hallenstadion Zürich"). Daher erübrigt sich, auf die Rüge der Beschwerdeführerinnen einzugehen, wonach Untersuchungen betreffend den Vorwurf der Diskriminierung gefehlt hätten (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 11. Dezember 2020, Rz. 263 f.) und die Subsumption ein und desselben Verhaltens unter diese verschiedenen Tatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG bundesrechtswidrig sei (vgl. Beschwerde, Rz. 233 ff.). Denn die Beschwerdeführerinnen wenden sich zurecht nicht dagegen, dass kumulativ das Missverhältnis zwischen Vorleistungs- und Endkundenofferte durch den Tatbestand der Kosten-Preis-Schere und der Unrechtsgehalt zu hoher Preisforderungen durch jenen des Erzwingens *oder* der Preisdiskriminierung gerügt werden. Ob die Höhe der Vorleistungspreise in echter Konkurrenz beide letztgenannten Tatbestände erfüllt, hätte keinen Einfluss auf die Sanktionsbemessung und braucht darum nicht entschieden zu werden.

## **9. Gleichbehandlungsgebot und Willkürverbot**

Ergänzend rügen die Beschwerdeführerinnen eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots (Art. 8 BV) und des Willkürverbots (Art. 9 BV).

### **9.1 Gleichbehandlungsgebot**

Nach Auffassung der Beschwerdeführerinnen setzt die Vorinstanz bei der Berechnung der internen Kosten von Swisscom einen ungünstigeren Massstab an als bei der Berechnung der Kosten von Sunrise: Im Szenario "TAL bis 2 Mbit/s" berücksichtige sie die Erschliessung der Standorte mit

TAL unabhängig von der Distanz zwischen Zentrale und Poststandort, während sie der Distanz in den Szenarien "Swisscom", "Sunrise" und "BAKOM" Rechnung trage. Daraus resultierten tiefere interne Kosten von Swisscom, für Sunrise dagegen höhere Kosten (woraus die Vorinstanz die Vorwürfe unangemessener und diskriminierender Preise sowie einer Kosten-Preis-Schere ableite).

Der Anspruch auf Rechtsgleichheit gebietet, Gleiches nach Massgabe der Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe der Ungleichheit ungleich zu behandeln. Das Rechtsgleichheitsgebot wird insbesondere verletzt, wenn gleiche Sachverhalte ohne sachliche Gründe ungleich behandelt werden (vgl. BGE 131 I 91 E. 3.4; 127 I 202 E. 3f/aa).

In der Tat hat die Vorinstanz im Szenario "TAL bis 2 Mbit/s" lediglich Poststandorte mit einer Bandbreitenanforderung von mehr als 2 Mbit/s für die Erschliessung mit CES berücksichtigt, nicht aber zusätzlich die Standorte, für welche die Erschliessung mit TAL wegen der zu grossen Entfernung zur nächsten Anschlusszentrale nicht möglich ist. In den anderen Szenarien hat die Vorinstanz die Leitungslängen berücksichtigt (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 175 ff.). Im vorliegenden Fall nimmt das Bundesverwaltungsgericht Korrekturen am Szenario "TAL bis 2 Mbit/s" vor (vgl. vorstehende E. 8.2.3), weshalb diese geltend gemachte Verletzung als geheilt zu betrachten ist. Sie wird allenfalls bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen sein (vgl. E. 12.2).

Soweit die Beschwerdeführerinnen zudem rügen, vor dem Hintergrund der bisherigen Bussenpraxis (vgl. Fall Publigroupe) sei der von der Vorinstanz angewendete Basisbetrag von 10 % für die Bemessung der Sanktion unzulässig, ist darauf hinzuweisen, dass die Bemessung der Sanktion im Fall Publigroupe nicht genau nachvollziehbar war (vgl. Urteil des BVGer B-2977/2007 E. 8.3.7, "Publigroupe"), weshalb jener Fall hinsichtlich des Basisbetrags nicht als Vergleichsgrundlage herangezogen werden kann.

## **9.2 Willkürverbot**

Die Beschwerdeführerinnen halten ihren Rechtsanspruch auf willkürfreie Behandlung für verletzt, weil die Vorinstanz im Szenario "TAL bis 2 Mbit/s" die Distanz zwischen Zentrale und Poststandort nicht berücksichtigt (vgl. Beschwerde, Rz. 164), das Verhältnis von Preis und wirtschaftlicher Gegenleistung nicht geprüft (vgl. Beschwerde, Rz. 172), hinsichtlich der Austauschbarkeit von BBGS/CES durch die TAL widersprüchlich argumentiert



(vgl. Beschwerde, Rz. 198 f.) und die Berechnungsszenarien "Swisscom", "Sunrise" und "BAKOM" widersprüchlich modelliert (vgl. Beschwerde, Rz. 280) habe. Zudem sei die Ansetzung des Basisbetrags bei 10 % des massgeblichen Umsatzes auf den relevanten Märkten willkürlich (vgl. Beschwerde, Rz. 330).

Nach konstanter Praxis liegt Willkür in der Rechtsanwendung vor, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Ein Entscheid ist jedoch nur aufzuheben, wenn nicht bloss die Begründung, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist. Dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar oder gar zutreffender erscheint, genügt nicht (vgl. BGE 141 IV 305 E. 1.2; 138 I 305 E. 4.3; 137 I 1 E. 2.4; Urteil des BVGer B-2067/2015 vom 25. April 2017 E. 3.3).

Mit ihren Rügen weisen die Beschwerdeführerinnen auf tatsächliche oder vermeintliche Fehler der Vorinstanz hin. Wie gezeigt wurde respektive noch zu zeigen sein wird, handelt es sich dabei aber nicht um Fehler, die zu einem unhaltbaren Ergebnis führen (vgl. E. 8.3.2.3 hinsichtlich Distanz zwischen Zentrale und Poststandort und hinsichtlich Modellierung der Berechnungsszenarien, E. 8.2.1 hinsichtlich des Verhältnisses Preis/wirtschaftliche Gegenleistung, E. 6.2.2 hinsichtlich Austauschbarkeit BBKS/CES durch TAL und E. 10.4.3 f. hinsichtlich Ansetzung des Basisbetrags). Den Beschwerdeführerinnen scheint es vielmehr darum zu gehen, dem Bundesverwaltungsgericht aufzuzeigen, dass ihre Lösung zutreffender sei als diejenige der Vorinstanz. Ein derartiger Umstand führt indessen nicht zur Annahme eines rechtserheblichen Verstosses gegen das Willkürverbot.

## **10. Sanktionierung**

Ein Unternehmen, das sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, wird mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet, wobei sich der Betrag nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens bemisst. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen (Art. 49a Abs. 1 KG).

Die Belastung entfällt unter anderem, wenn die Wettbewerbsbeschränkung bei Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist (Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG).

### **10.1 Sanktionierbarkeit und Bestimmtheitsgebot**

Es stellt sich die Frage, ob der Tatbestand der Kosten-Preis-Schere, welcher sich auf Art. 7 Abs. 1 KG stützt, genügend bestimmt ist, um eine Sanktion nach Art. 49a KG zu rechtfertigen.

Das Bundesgericht hat sich im Fall "Preispolitik Swisscom ADSL" ausführlich mit dieser Thematik befasst und ist zum Schluss gekommen, dass Art. 7 Abs. 1 KG den Anforderungen des Grundsatzes "keine Strafe ohne Gesetz" (Art. 7 EMRK [SR 0.101] und Art. 5 Abs. 1 BV i.V.m. Art. 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 [StGB; SR 311.0]) genügt. Zur Begründung führt es aus, dass die in Art. 7 Abs. 2 KG aufgeführten möglichen missbräuchlichen Verhaltensweisen, die bisherige (insbesondere europäische und US-amerikanische) Fallpraxis und die juristische Literatur zur Konkretisierung von Art. 7 Abs. 1 KG im Zusammenhang mit der Kosten-Preis-Schere beigetragen hätten (vgl. BGE 146 II 217 E. 8.3 ff., "Preispolitik Swisscom ADSL"). Eine auf Art. 7 Abs. 1 KG gestützte Sanktionierung ist daher auch im vorliegenden Fall grundsätzlich möglich.

### **10.2 Sanktionierbarkeit in zeitlicher Hinsicht**

#### **10.2.1 Vorgebrachte Argumente**

Die ausgesprochenen Sanktionen sind nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen als Bussen im Sinne des Schweizerischen Strafgesetzbuches zu qualifizieren; die zugrundeliegenden Verhaltensweisen stellten damit Übertretungen dar. Sie machen geltend, Übertretungen verjähren gemäss Art. 109 StGB innert dreier Jahre. Würden die nach Art. 49a Abs. 1 KG sanktionierten Tatbestände hingegen als Übertretungen im Sinne von Art. 11 des Bundesgesetzes vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR; SR 313.0) betrachtet, gelte dafür mangels einer kartellrechtlichen Verjährungsvorschrift eine Verfolgungsverjährung von maximal vier Jahren. Im vorliegenden Fall seien die angeblich unzulässigen Verhaltensweisen verjährt, weshalb eine Sanktionierung von Swisscom nicht mehr in Frage komme. Denn die angeblich kartellrechtswidrigen Handlungen seien am 28. November 2008 mit der Abgabe des letzten Angebots

von Swisscom (Vorwurf der Diskriminierung) bzw. spätestens am 27. Februar/6. März 2009 mit dem Abschluss des Vertrages zwischen der Post und Swisscom (Vorwurf der Erzwingung unangemessener Preise) erfolgt und damit beendet.

Nach Ansicht der Vorinstanz sind weder das StGB noch das VStrR anwendbar, da das Verfahren vom Gesetzgeber als reines Verwaltungsverfahren ausgestaltet worden sei (Art. 39 KG). Das Kartellrecht kenne lediglich eine Verfolgungsverjährung von fünf Jahren (Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG). Im vorliegenden Fall sei die Verfolgungsverjährungsfrist gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG ("Die Belastung entfällt, wenn die Wettbewerbsbeschränkung bei Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist") mit Eröffnung der Untersuchung am 18. Juli 2013 gegen Swisscom gewahrt worden, da der Zuschlag durch die Post am 28. November 2008 erfolgt sei.

### **10.2.2 Massgebende Verjährungsfrist**

Das Bundesgericht hat die Frist von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG, welche nach ihrem Wortlaut die Sanktionierbarkeit kartellrechtswidrigen Verhaltens in zeitlicher Hinsicht regelt, in einem spielbankenrechtlichen Urteil als Verjährungsfrist eingestuft und als solche sinngemäss zur Lückenfüllung herangezogen (vgl. BGE 140 II 384 E. 4.3.1). Im Schrifttum ist die Rechtsnatur der Frist umstritten (vgl. die Übersicht über den Meinungsstand im Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 703, "Preispolitik ADSL").

Vor dem Hintergrund des strafrechtsähnlichen Charakters von Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG (vgl. BGE 139 I 72 E. 2.2.2, "Publigroupe") stellt sich die Frage nach dem Verhältnis dieser Bestimmung zu den von den Beschwerdeführerinnen angeführten Fristenregelungen im VStrR und im StGB. In der Botschaft des Bundesrats finden sich dazu keine Hinweise (vgl. Botschaft vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2042).

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts geht die spezialgesetzliche Regelung von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG, welche mit der Revision des Kartellrechts im Jahr 2003 (vgl. Änderung vom 20. Juni 2003, AS 2004 1385) eingeführt wurde, als *lex posterior* und *lex specialis* den Fristregelungen von Art. 11 Abs. 1 VStrR i.V.m. Art. 333 Abs. 6 Bst. b StGB (Verfolgungsverjährungsfrist von vier Jahren) und von Art. 109 StGB (Verfolgungsverjährungsfrist von drei Jahren) vor (vgl. Urteile des BVGer

B-771/2012 E. 9.2.4, "Strassen- und Tiefbau Kanton Aargau", mit Verweisen; B-831/2011 Rz 1697 ff., "Six Group").

Hierfür spricht insbesondere die Zwecksetzung des Kartellgesetzes, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1 KG). Auch der Wortlaut von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG spricht für diese Auslegung. Denn der Umkehrschluss aus Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG ergibt, dass Wettbewerbsbeschränkungen (nach Art. 5 Abs. 3 und 4 und Art. 7) sanktioniert werden dürfen, sofern sie weniger als fünf Jahre vor der Eröffnung der Untersuchung ausgeübt worden sind. Es stünde im Widerspruch zum erwähnten Zweck des Kartellgesetzes, wirksamen Wettbewerb sicherzustellen, wenn die Fünfjahresfrist von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG durch die Anwendbarkeit der von den Beschwerdeführerinnen angeführten kürzeren Fristen des VStrR oder des StGB unterlaufen würde. Ein solches Ergebnis kann vom Gesetzgeber nicht gewollt sein (vgl. Urteile des BVGer B-771/2012 E. 9.2.4, "Strassen- und Tiefbau Kanton Aargau"; B-831/2011 Rz. 1692, "Six Group").

Die Fünfjahresfrist von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG gilt indessen lediglich als Anhaltspunkt dafür, dass die Frist für die allgemeine kartellrechtliche Verjährung in jedem Fall mehr als fünf Jahre betragen muss; denn eine allgemeine kartellrechtliche Verjährungsregelung kann nicht aus einer analogen Anwendung von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG abgeleitet werden (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 Rz. 1692 ff., "Six Group"). Sowohl eine analoge Heranziehung der absoluten Verjährungsfrist bei unerlaubten Handlungen (Art. 60 OR) als auch ein Abstellen auf die allgemeine Verjährungsfrist bei Forderungen (Art. 127 f. OR) führen nach einem neueren Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zu einer Verjährungsfrist von zehn Jahren als allgemeine kartellrechtliche Verjährung (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 Rz. 1697 ff., "Six Group"). Von dieser Verjährungsfrist ist auch im vorliegenden Fall auszugehen.

### **10.2.3 Im vorliegenden Fall**

Die Vorinstanz hat ihre Untersuchung gegen die Beschwerdeführerinnen am 18. Juli 2013 eröffnet. Wie die Beschwerdeführerinnen zu Recht ausführen, sind die kartellrechtswidrigen Handlungen am 28. November 2008 mit der Abgabe des letzten Angebots von Swisscom bzw. spätestens am 27. Februar/6. März 2009 mit dem Abschluss des Vertrages zwischen der

Post und Swisscom erfolgt. Zwischen diesen Handlungen und dem Zeitpunkt der Eröffnung der Untersuchung sind demnach weniger als zehn Jahre vergangen. Demzufolge ist die allgemeine kartellrechtliche Verjährungsfrist von zehn Jahren noch nicht eingetreten. Ebenso wurde die Fünfjahresfrist gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG eingehalten.

Die Rüge der Beschwerdeführerinnen, wonach eine Sanktionierung aufgrund Verjährung zu unterbleiben habe, erweist sich somit als unbegründet.

### **10.3 Vorwerfbarkeit**

#### **10.3.1 Allgemeines**

Eine Sanktionierung nach Art. 49a Abs. 1 KG setzt ein Verschulden im Sinne der Vorwerfbarkeit des sanktionierten Unrechts gegenüber dem beschuldigten Unternehmen als subjektives Tatbestandsmerkmal voraus (vgl. BGE 146 II 217 E. 8.5.2, "Preispolitik Swisscom ADSL"; Urteil des BGer 2C\_484/2010 E.12.2.2, "Publigroupe" [nicht in BGE 139 I 72 publizierte Erwägung]; Urteile des BVGer B-771/2012 und B-880/2012 des BVGer vom 25. Juni 2018 E. 9.3.1 resp. E. 11.1.1, "Strassen- und Tiefbau Kanton Aargau", mit Hinweisen auf die jüngere kartellrechtliche Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts). Massgebend ist eine Sorgfaltspflichtverletzung (durch aktives Handeln oder Unterlassung) oder ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinne eines Organisationsverschuldens (vgl. 146 II 217 E. 8.5.2, "Preispolitik Swisscom ADSL"; Urteil des BGer 2C\_484/2010 E.12.2.2, "Publigroupe" [nicht in BGE 139 I 72 publizierte Erwägung]; Urteil des BVGer B-831/2011 Rz. 1488, "Six Group"; BORER, a.a.O., Art. 49a KG, Rz. 11; PATRICK L. KRAUSKOPF, DIKE-KG, Art. 49a Abs. 1-2, Rz. 26; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 3.220). Musste einem Unternehmen bzw. den Organen aufgrund der Umstände bewusst gewesen sein, dass ein Verhalten heikel war und eine Sanktionierung drohte, und sah es gleichwohl nicht von seiner Verhaltensweise ab, liegt regelmässig ein solcher Mangel vor (vgl. KRAUSKOPF, DIKE-KG, Art. 49a Abs. 1-2, Rz. 26, mit Verweis auf Urteil des BGer 2C\_484/2010 E.12.2.2, "Publigroupe" [nicht in BGE 139 I 72 publizierte Erwägung]), da die Unternehmen über die Regeln des KG, die dazu ergangene Praxis und die einschlägigen Bekanntmachungen informiert sein müssen (vgl. BGE 146 II 217 E. 8.5.2, "Preispolitik Swisscom ADSL", mit Verweisen).

Soweit ein Konzern als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG zu qualifizieren ist, sind Sorgfaltspflichtverletzungen, die im Konzern eintreten, auch ohne Weiteres diesem als massgeblichem Kartellrechtssubjekt zuzurechnen (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 678, "Preispolitik ADSL", mit Verweis auf Urteil des BGer 2C\_484/2010 E.3.4, "Publigroupe" [nicht in BGE 139 I 72 publizierte Erwägung]; Urteil des BVGer B-831/2011 Rz. 1494, "Six Group"; BGE 146 II 217 E. 8.5.2, "Preispolitik Swisscom ADSL", mit Verweisen).

### 10.3.2 Vorgebrachte Argumente

Die Beschwerdeführerinnen erklären, Swisscom könne höchstens eine fahrlässig begangene Sorgfaltspflichtverletzung vorgeworfen werden. Die Vorinstanz habe Swisscom die Kartellrechtsverstösse gestützt auf Annahmen und Mutmassungen zum Vorwurf gemacht, indem sie aus der Festlegung hoher kommerzieller Vorleistungspreise sowie der Swisscom-intern institutionalisierten Compliance-Richtlinie auf eine bewusste, strategisch eingesetzte und missbräuchliche Behinderung anderer FDA sowie auf eine unangemessene Ausnutzung von Preisspielräumen auf dem Endkundenmarkt geschlossen habe. Als Ausfluss der Unschuldsvermutung habe die Vorinstanz jedoch sowohl das Vorliegen eines qualifizierten Kartellrechtsverstosses als auch das "Verschulden" bzw. die Vorwerfbarkeit nachzuweisen, was sie unterlassen habe. So führe die Vorinstanz nicht aus, inwiefern Swisscom ein Organisationsverschulden treffe, und zeige auch nicht, mit welchen zumutbaren organisatorischen Massnahmen der angebliche Verstoss gegen das KG zu vermeiden gewesen wäre. Swisscom habe mittels ihrer Compliance-Richtlinien alles versucht, um Ungleichbehandlungen und eine "strategische" Kosten-Preis-Schere zu vermeiden.

Die Vorinstanz hält in ihrer Vernehmlassung am Vorwurf einer vorsätzlichen Begehung fest und erklärt, die kartellrechtskonforme Vorgehensweise wäre gewesen, die Preise für kommerzielle Vorleistungsprodukte so an die Preise der regulierten Vorleistungsprodukte anzunähern, dass diese für nachfragende FDA nicht nur in technischer, sondern auch in preislicher Sicht austauschbar gewesen wären. Die angeblichen Compliance-Bemühungen der Beschwerdeführerinnen seien als strategische Verhaltensweise zu qualifizieren, um die unangemessenen Preise bei den kommerziellen Vorleistungsprodukten zu verdecken, durch welche Wettbewerber diskriminiert worden und Kosten-Preis-Scheren entstanden seien. Die Tatsache, dass die Beschwerdeführerinnen solche Massnahmen ergriffen hätten, zeige, dass ihnen bewusst gewesen sei oder zumindest bewusst hätte

gewesen sein müssen, dass ihre Preissetzungspolitik missbräuchlich und kartellrechtlich problematisch sei.

### **10.3.3 Vorwerfbarkeit im vorliegenden Fall**

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen, wonach die Vorinstanz Swisscom die Kartellrechtsverstösse gestützt auf Annahmen und Mutmassungen zum Vorwurf gemacht habe, hat die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung aufgrund der Eingabe der Beschwerdeführerinnen vom 22. September 2010 nachvollziehbar und überzeugend aufgezeigt, dass sich Swisscom der grossen Preisdifferenz zwischen dem regulierten Produkt TAL und den kommerziellen Produkten BBCS und CES hätte bewusst gewesen sein müssen. Unter Berufung auf die Compliance-Richtlinie der Beschwerdeführerinnen und deren diesbezüglichen Äusserungen erläuterte die Vorinstanz zudem, dass Swisscom die Vorleistungskosten derjenigen Wettbewerber, die Vorleistungsprodukte bei ihr nachfragten, weitgehend hätte kennen sollen (vgl. Verfügung, Rz. 564). Die Vorinstanz zeigte auch auf, dass sich Swisscom aufgrund verschiedener kartellrechtlicher Verfahren über ihre marktbeherrschende Stellung in verschiedenen Märkten für Breitbandanbindungen hätte gewahr und damit in Bezug auf kartellrechtliche Problematiken wie der Kosten-Preis-Schere besonders sensibilisiert sein müssen (vgl. Verfügung, Rz. 556). Des Weiteren legte die Vorinstanz dar, dass sich Swisscom bei kartellrechtlich korrekter Anwendung ihrer Preispolitik selbst immer die kommerziellen Vorleistungspreise hätte verrechnen sollen. Um den sich daraus ergebenden systematischen Kostennachteil von Sunrise zu verhindern, hätte Swisscom die Preise für die kommerziellen Vorleistungsprodukte senken müssen. Durch das Aufrechterhalten des hohen Preisniveaus für die kommerziellen Vorleistungsprodukte habe Swisscom aber eine Disziplinierung durch das regulierte Vorleistungsprodukt TAL erfolgreich verhindert (vgl. Verfügung, Rz. 548).

Damit hat die Vorinstanz gestützt auf Äusserungen der Beschwerdeführerinnen und deren Compliance-Richtlinien ausreichend dargetan, welche kostenspezifischen Kenntnisse die Organe der Swisscom über ihre Mitbewerber haben mussten, wie sie ihre eigene Stellung auf dem Markt einschätzen mussten, wie sie sich trotz dieses Wissens verhalten haben, und wie sie ihr Verhalten hätten ändern sollen. Der Vorwurf der Beschwerdeführerinnen, die Vorinstanz habe ihnen die Kartellrechtsverstösse gestützt auf Annahmen und Mutmassungen zum Vorwurf gemacht, stösst somit ins Leere.

Im Zusammenhang mit der Vorwerfbarkeit sind namentlich folgende Fakten relevant: Die Beschwerdeführerinnen wiesen selber auf eine Besprechung vom 12. September 2008 hin, anlässlich derer sich ein Vertreter von Sunrise beklagt habe, dass Sunrise mit den Vorleistungspreisen von Swisscom Wholesale keine Chance habe, der Post eine konkurrenzfähige Offerte zu unterbreiten (vgl. Stellungnahme vom 28. August 2009, act. 14, S. 8). Zudem habe an einem Anlass vom 22. September 2008 der gleiche Sunrise-Vertreter gegenüber einem Verantwortlichen von Swisscom Wholesale massive Vorwürfe wegen angeblich protektionistischen Verhaltens von Swisscom im Zusammenhang mit der WAN-Ausschreibung erhoben (vgl. Stellungnahme vom 28. August 2009, act. 14, S. 8). Schliesslich erklärte Sunrise in einer E-Mail vom 23. November 2008 gegenüber Swisscom Wholesale, ohne eine zusätzliche substantielle Preisreduktion der wiederkehrenden Kosten werde Sunrise wenig Chancen haben, das Los 2 wie auch den Gesamtauftrag zu gewinnen, und bat um zusätzliche Projektrabatte, die ihr von Swisscom Wholesale teilweise gewährt wurden (vgl. E-Mails vom 23. und 25. November 2008, Beilage 17, act. 14).

Weiter erklärten die Beschwerdeführerinnen, dass sie ihre Offerten für Endkunden unter Berücksichtigung der Grenzkosten, welche den anderen FDA durch den Bezug von Swisscom-Vorleistungen erwachsen würden, berechne. Konkret berücksichtige Swisscom sowohl die gesetzlichen Zugangsansprüche anderer FDA nach dem FMG als auch die eigenen kommerziellen Vorleistungen. Ziel dieser Vorgehensweise sei es, ein kartellrechtskonformes Angebotsverhalten sicherzustellen und damit Kosten-Preis-Scheren zu vermeiden (vgl. Beschwerde, Rz. 36).

Hinzu kommen fernmelde- und kartellrechtliche Verfahren, in welche die Beschwerdeführerinnen involviert waren: Ab Januar 2008 war beim Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde von Swisscom gegen die Verfügung der ComCom vom 21. November 2007 in Sachen "Schneller Bitstrom" hängig. In diesem fernmelderechtlichen Verfahren hatte die Vorinstanz (als Gutachterin) Swisscom als marktbeherrschend im Wholesale-Markt für Breitbanddienste qualifiziert (vgl. Gutachten der WEKO vom 3. September 2007 in Sachen TDC Switzerland AG vs. Swisscom Fixnet betreffend schneller Bitstromzugang, in: RPW 2008/1 S. 222 ff., Rz. 89). Bereits am 20. Oktober 2005 hatte die Vorinstanz das kartellrechtliche Verfahren "Preispolitik Swisscom ADSL" eröffnet, im Rahmen dessen die Stellung von Swisscom im Wholesale-Markt für Breitbanddienste und ein damit zusammenhängender Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung (Kosten-Preis-Schere) untersucht wurden (vgl. Verfügung der WEKO vom



19. Oktober 2009, "Preispolitik Swisscom ADSL" in: RPW 2010/1 S. 116 ff.).

Angesichts dieser Umstände ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerinnen und ihre Organe zumindest billigend in Kauf genommen haben, dass die von ihnen gegenüber Sunrise offerierten Preise und der gegenüber der Post geforderte Endkundenpreis aufgrund ihrer starken Stellung am Markt kartellrechtlich heikel sein konnten. Trotzdem haben die Beschwerdeführerinnen an ihrer Preissetzung festgehalten. Insofern erscheinen die vorgehend beschriebene Vorgehensweise zur Erstellung von Endkundenofferten und die Compliance-Richtlinien der Beschwerdeführerinnen als unzulänglich, weshalb die Beschwerdeführerinnen aus der Existenz solcher Richtlinien nichts zu ihren Gunsten ableiten können.

Angesichts der vorstehend genannten Umstände, den von Sunrise erhobenen Vorwürfen und anhand ihrer eigenen Berechnungen nahmen die Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe in Kauf, gegenüber Sunrise eine Kosten-Preis-Schere anzuwenden. Aufgrund ihrer starken Stellung in den relevanten Märkten und angesichts der Grösse des Post-Projekts, welches schweizweite Leistungen erforderte, war für Swisscom erkennbar, dass die Post kaum auf Angebote alternativer FDA ausweichen könnte und somit gezwungen sein würde, den unangemessen hohen Offertpreis hinzunehmen und Swisscom den Zuschlag zu erteilen, zumal das Zuschlagskriterium "Preis" im Submissionsverfahren mit 40 % bewertet wurde und somit letztlich ausschlaggebend war. Und da Sunrise geplant hatte, Vorleistungen bei ihr zu beziehen, wusste Swisscom um die Grössenordnung, in welcher sich der Preis von Sunrise bewegen würde. Mit diesem Wissen konnte Swisscom Berechnungen dazu anstellen, mit welchem Angebotspreis sie trotz hoher Marge immer noch eine erhöhte Chance auf den Zuschlag haben würde.

Somit ist den Beschwerdeführerinnen das kartellrechtswidrige Verhalten zu Ungunsten von Sunrise und der Post auch in subjektiver Hinsicht mindestens im Sinne einer Inkaufnahme (Eventualvorsatz) zum Vorwurf zu machen (vgl. auch BGE 146 II 217 E. 8.5.2, "Preispolitik Swisscom ADSL"). Der Einwand der Beschwerdeführerinnen, es liege ein bloss fahrlässiger Verstoss vor, ist daher unbegründet.

## 10.4 Sanktionsbemessung

### 10.4.1 Allgemeines

Sind die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt, ist das Unternehmen zu sanktionieren; die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes (maximale Sanktion; Art. 49a Abs. 1 KG; Art. 7 der KG-Sanktionsverordnung vom 12. März 2004, SVKG, SR 251.5; BGE 146 II 217 E. 9.1, "Preispolitik Swisscom ADSL"). Der Betrag bemisst sich dabei nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen (Art. 49a Abs. 1 KG; Art. 2 Abs. 1 SVKG). Im Rahmen der konkreten Sanktionsbemessung wird der im Einzelfall auszusprechende Betrag innerhalb des abstrakten – in Art. 49a Abs. 1 KG festgelegten – maximalen Sanktionsrahmens anhand der in Art. 2 ff. SVKG enthaltenen Kriterien in drei Schritten bestimmt (vgl. BGE 144 II 194 E. 6.2, "Bayerische Motoren Werke"; BGE 146 II 217 E. 9.1, "Preispolitik Swisscom ADSL"; Urteil des BGer 2C\_484/2010 E. 12.3.1, "Publigroupe" [nicht in BGE 139 I 72 publizierte Erwägung]): Ermittlung des Basisbetrags (Art. 3 SVKG; vgl. nachstehend), Berücksichtigung der Dauer des Verstosses (Art. 4 SVKG) sowie erschwerender und mildernder Umstände (Art. 5 und 6 SVKG). Bei der Festsetzung der Sanktion ist das Prinzip der Verhältnismässigkeit zu beachten (Art. 2 Abs. 2 SVKG i.V.m. Art. 5 Abs. 2 BV).

Der Basisbetrag (Art. 3 SVKG) wird ebenfalls in drei Schritten ermittelt: Feststellung der relevanten Märkte, Umsatz auf diesen und Anpassung der Sanktionshöhe an die objektive Schwere des Verstosses (vgl. BGE 144 II 194 E. 6.2, "Bayerische Motoren Werke"; BGE 146 II 217 E. 9.1, "Preispolitik Swisscom ADSL"; vgl. auch: FRANZ BÖNI/ALEX WASSMER, Die Höhe des erwirtschafteten Gewinns als Parameter bei der Festlegung von Kartellgeldbussen, in: Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht [EWS] 2017 S. 241 ff.; KRAUSKOPF, DIKE-KG, Art. 49a Abs. 1-2, Rz. 30 ff.; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 3.232 ff.). Das Kriterium "gesamter in der Schweiz erzielter Umsatz" für die Berechnung der Obergrenze der Sanktion nach Art. 7 SVKG i.V.m. Art. 49a Abs. 1 KG ist vom Ausgangskriterium zur Berechnung des Basisbetrags, dem "Umsatz auf den betroffenen relevanten Märkten in der Schweiz" in Art. 3 SVKG, zu unterscheiden (vgl. BORER, a.a.O., Art. 49a, Rz. 18; CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a KG, Rz. 13). Der Umsatz auf dem Einzelsubmissionsmarkt entspricht dem Umsatz, welchen der Zuschlagsempfänger mit dem fraglichen Einzelprojekt erzielte

(vgl. Urteil des BVGer B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 11.4.5.2 "Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau"; nachstehend E. 10.4.3). Die Feststellung der betroffenen relevanten Märkte ist tatsächlicher Natur, kann aber wertende Feststellungen über die Reichweite des marktschädigenden Verhaltens voraussetzen (vgl. BGE 144 II 194, 203 E. 6.2 f. "Bayerische Motoren Werke").

Die Schwere der Zuwiderhandlung bemisst sich primär nach dem abstrakten Gefährdungspotential des Kartellrechtsverstosses. Zu berücksichtigen sind unter anderem der Grad der Beeinträchtigung des Wettbewerbs, die Wirksamkeit des Verstosses sowie die Anzahl der Beteiligten (vgl. BGE 144 II 194 E. 6.4, "Bayerische Motoren Werke"; BGE 146 II 217 E. 9.2.3.2, "Preispolitik Swisscom ADSL"; BÖNI/WASSMER, a.a.O., S. 242; TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a, Rz. 51). Die Erläuterungen zu Art. 3 Bst. d SVKG gehen davon aus, dass sich bei Missbräuchen von marktbeherrschenden Unternehmen nach Art. 7 KG der Basisbetrag "regelmässig im oberen Drittel des Rahmens", d.h. bei 7-10 % (vgl. ANDREA DOSS, Vertikalabreden und deren direkte Sanktionierung nach dem schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 2009, Rz. 285 Fn. 800; TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a, Rz. 55) bewegt. Es ist jedoch im Einzelfall zu beurteilen (vgl. Urteile des BVGer B-2977/2007 E. 8.3.4, "Publigroupe", und B-7633/2009 Rz. 713, "Preispolitik ADSL"; DOSS, a.a.O., Rz. 285; TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a, Rz. 54).

Hinsichtlich des konkreten Sanktionsbetrags kommt der rechtsanwendenden Wettbewerbsbehörde erhebliches Ermessen zu (vgl. Urteil des BVGer B-2977/2007 E. 8.3.4, "Publigroupe"; DOSS, a.a.O., Rz. 278; KRAUSKOPF, DIKE-KG, Art. 49a Abs. 1-2, Rz. 29; TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a, Rz. 18). In dieses dürfen die Rechtsmittelinstanzen nicht leichthin, sondern nur bei pflichtwidriger Ermessensausübung eingreifen (vgl. Urteil des BVGer B-2977/2007 E. 8.3.7, "Publigroupe").

Die Vorinstanz legte die Maximalhöhe der Sanktion auf CHF 2'818.7 Mio. (10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren erzielten Gesamtumsatzes in der Schweiz) und die Obergrenze des Basisbetrags auf CHF [1'200'000-1'400'000] (10 % des Umsatzes auf den relevanten Märkten) fest. Diese Obergrenze des Basisbetrags erhöhte sie aufgrund der Dauer des Verstosses gegenüber der Post um 50 % (CHF [600'000-700'000]) und schlug den durch den Kartellrechtsverstoss erzielten Gewinn (CHF [5-7] Mio.) unter dem Titel "erschwerende Umstände" dazu. Auf diese Weise errechnete die

Vorinstanz eine Verwaltungssanktion in der Höhe von CHF 7'916'438 (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 617).

#### **10.4.2 Vorgebrachte Argumente**

Gegen die konkrete Festlegung der maximalen Sanktionshöhe haben die Beschwerdeführerinnen nichts eingewendet. Doch sei die Höhe der Sanktion bundesrechtswidrig. Falls überhaupt eine Sanktion verhängt werden solle, wäre diese massiv zu senken. Die Beschwerdeführerinnen gehen davon aus, dass die Art und Schwere des Verstosses höchstens marginal bzw. sehr gering seien, weshalb der Basisbetrag auf maximal 2 % des massgeblichen Umsatzes festzulegen sei. Die Vorinstanz habe bei der Festsetzung des Basisbetrags die speziellen Gegebenheiten des Einzelfalls und die entsprechenden Vorbringen von Swisscom nicht bzw. ungenügend berücksichtigt. Swisscom habe im Moment, in dem sie der Post ihr Angebot unterbreite, die Angebote der anderen FDA sowie deren Effizienz nicht gekannt. Entsprechend habe sie nicht erkennen können, wie sie ihr Angebot "kartellrechtskonform" hätte berechnen sollen. Weiter sei zu beachten, dass es sich um einen einzigen Fall (die WAN-Ausschreibung der Post) gehandelt habe. Insofern seien die volkswirtschaftlichen Auswirkungen äusserst beschränkt gewesen. Zudem habe das WAN-Projekt der Post in verschiedenster Hinsicht einen Sonder- bzw. Einzelfall dargestellt: Es sei um ein Lösungsgeschäft gegangen, in dessen Rahmen massgeschneiderte Lösungen notwendig gewesen seien; für das Massengeschäft vorgesehene Produkte hätten nicht ohne Weiteres eingesetzt werden können. Hinzu komme, dass der von der Vorinstanz veranschlagte Basisbetrag auch vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtsprechung zu Art. 7 KG (Fall "Publigroupe") sowie unter dem Aspekt des Gleichbehandlungsgebotes und des Verhältnismässigkeitsprinzips bundesrechtswidrig sei. Zudem sei die Erhöhung des Basisbetrags um 50 % wegen der angeblich langen Dauer der Widerhandlung nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen bundesrechtswidrig, da es sich entgegen der Annahme der Vorinstanz nicht um ein Dauerdelikt handle. Werde dennoch von einem Dauerdelikt ausgegangen, sei zu berücksichtigen, dass die Post die Vertragsverlängerungsoption aus freien Stücken ausgeübt habe. Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen ist des Weiteren die lange Verfahrensdauer als Verletzung des Beschleunigungsgebots als mildernder Umstand zu berücksichtigen. Die lange Verfahrensdauer von sechseinhalb Jahren sei nicht zuletzt darauf zurückzuführen, dass das Sekretariat der Vorinstanz Sunrise acht Fristerstreckungen für die Stellungnahme zur Gegenrechnung gewährt habe. Sunrise wäre in der Lage gewesen, sich innert nützlicher Frist

zur Sache zu äussern. Zudem sei das Sekretariat während langer Phasen untätig geblieben und habe aufgrund einer veralteten Standortliste unnötigen Aufwand mit der Berechnung angeblicher Kosten von Sunrise betrieben. Hätten die Wettbewerbsbehörden ihre Abklärungen und Verfahren mit der nötigen Priorität geführt, hätte das Verfahren kaum mehr als zwei Jahre in Anspruch genommen. Die Beschwerdeführerinnen sind schliesslich der Ansicht, dass kein besonders hoher Gewinn vorliege, zumal lediglich der während der ersten vier Jahre erzielte Umsatz für die Beurteilung des angeblich übermässig hohen Gewinns herangezogen werden dürfe. Welche konkreten Beweggründe die Vorinstanz dazu hätten verleiten lassen, den angeblich erzielten mutmasslichen unrechtmässigen Gewinn auf CHF [5-7] Mio. festzusetzen, werde in der angefochtenen Verfügung nicht ansatzweise begründet.

Die Vorinstanz hält die Ausschöpfung des vollen Sanktionsrahmens für angemessen. Die Ausführungen der Beschwerdeführerinnen, wonach sie keine Kenntnis von ihren Wettbewerbern gehabt hätten, stünden im direkten Widerspruch zu den Ausführungen zu ihrer Compliance-Praxis, gemäss welcher sie die Kosten der Wettbewerber errechnet hätten, um zu verhindern, dass eine Kosten-Preis-Schere entstehe. Da die Beschwerdeführerinnen die unangemessen hohen Preise jederzeit hätten senken können, geht die Vorinstanz davon aus, dass sie zu Recht von einem Dauerdelikt gegenüber der Post ausgegangen sei. Die Vorinstanz hält zudem die Verfahrensdauer für angemessen. Da die Beschwerdeführerinnen ihre Gegenrechnung als integrales Geschäftsgeheimnis bezeichnet habe, habe diese von der Anzeigerin nicht überprüft werden können. Stattdessen habe sie diese Berechnungen selbst überprüfen müssen. Auch sei die Zeit, in der sie angeblich untätig gewesen sei, dazu genutzt worden, weitere für die Sachverhaltsabklärung notwendigen Berechnungen durchzuführen. Schliesslich hielt die Vorinstanz an der Berücksichtigung des mutmasslichen unrechtmässigen Gewinns in der Höhe von CHF [5-7] Mio. fest, da selbst bei dem von den Beschwerdeführerinnen berechneten Preis in der Höhe von CHF [14'000'000-16'000'000] ein unrechtmässiger Gewinn von mehr als CHF [5-7] Mio. resultiere.

#### **10.4.3 Umsatz auf den relevanten Märkten und Obergrenze des Basisbetrags**

Ausgangspunkt für die Ermittlung des Basisbetrags bildet der Verstoss (vgl. BGE 144 II 194 E. 6.4, "Bayerische Motoren Werke"), im vorliegenden Fall das missbräuchliche Verhalten der Beschwerdeführerinnen anlässlich der

Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung. Auf einem der betroffenen Märkte, nämlich auf dem "Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich betreffend die Ausschreibung der Post im Bereich WAN-Anbindung", haben die Beschwerdeführerinnen einen Umsatz erzielt. Dieser Umsatz mit der Post betrug in den letzten drei Geschäftsjahren, ausgehend von den Berechnungen der Beschwerdeführerinnen, CHF [12'000'000-14'000'000] (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 587; Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 17. April 2015 Rz. 267 f. [act. 146]). Die Obergrenze des Basisbetrags beträgt 10 % des massgeblichen Umsatzes, im vorliegenden Fall somit CHF [1'200'000-1'400'000].

#### 10.4.4 Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses

Nach der Vorinstanz rechtfertigt die besondere Schwere der Verhaltensweise der Beschwerdeführerinnen eine Sanktion von 10 % des massgeblichen Umsatzes auf den relevanten Märkten als Basisbetrag (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 596).

Schwere und Art des Verstosses (Art. 3 SVKG) sind bei der Berechnung des Basisbetrags nach der Rechtsprechung des BGE bloss objektiv, d.h. verschuldensunabhängig, zu berücksichtigen (vgl. BGE 144 II 194 E. 6.4, "Bayerische Motoren Werke"; BGE 146 II 217 E. 9.2.3.2, "Preispolitik Swisscom ADSL"; DOSS, a.a.O., Rz. 285; CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, Zürich 2007, S. 230; ROLF DÄHLER/PATRICK L. KRAUSKOPF, Die Sanktionsbemessung und die Bonusregelung, in: Stoffel/Zäch [Hrsg.], Kartellgesetzrevision 2003, Zürich 2004, S. 139), weshalb die Rüge der Beschwerdeführerinnen, sie hätten die Angebote der anderen FDA und deren Effizienz nicht gekannt und entsprechend nicht erkennen können, wie sie ihr Angebot "kartellrechtskonform" hätte berechnen sollen (vgl. vorne, E. 10.3.1), im vorliegenden Fall die Bemessung des Basisbetrags nicht beeinflusst. Dies schliesst nicht aus, allfällige subjektive Elemente des Verstosses bei den erschwerenden oder mildernden Umständen zu berücksichtigen (vgl. DÄHLER/KRAUSKOPF, a.a.O., S. 139; DOSS, a.a.O., Rz. 285).

Zu berücksichtigen sind im Basisbetrag insbesondere der Grad der Beeinträchtigung des Wettbewerbs, die Wirksamkeit des Verstosses und die Anzahl der Beteiligten (vgl. BGE 146 II 217 E. 9.2.3.2 "Swisscom ADSL"). Das beanstandete Verhalten von Swisscom ist vorliegend auf eine einzige, wenngleich grosse und prestigeträchtige Ausschreibung beschränkt. Ihre

beiden Wettbewerberinnen haben dadurch "lediglich" einen bedeutsamen Auftrag verloren. Bei diesen Wettbewerberinnen handelte es sich aber um grosse Marktplayer, so dass nur eine scheinbar kleine Zahl vom wettbewerbswidrigen Verhalten der Beschwerdeführerinnen betroffen war. Dass die Beschwerdeführerinnen in der Ausschreibung ihre Konkurrenz unter Einsatz ihrer Marktmacht massiv distanziert haben, war zudem geeignet, deren Risikoverhalten und Selbstvertrauen in späteren Konkurrenzsituationen nachteilig zu beeinflussen. Wie im Fall "Preispolitik ADSL", wo die untersuchte Preispolitik eine erhebliche und bleibende Gefährdung der Wettbewerbsfähigkeit der Konkurrenten auf dem Einzelhandelsmarkt für Breitbandprodukte und der allgemeinen Wettbewerbsfähigkeit der Konkurrenten auf dem Telekommunikationsmarkt bewirkte (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 747, "Preispolitik ADSL"), ist darum auch im vorliegenden Fall von einem mittelschweren bis schweren Verstoss auszugehen.

Insgesamt erweist sich die Festlegung des Basisbetrags bei 10 % des massgeblichen Umsatzes auf den relevanten Märkten als nicht gerechtfertigt. Die Vorinstanz hat bereits im Basisbetrag die Verletzung von zwei verschiedenen Tatbeständen durch zwei voneinander getrennten Handlungsweisen berücksichtigt. Dieser Umstand ist jedoch als Erschwerungsgrund zu behandeln (vgl. unten, E. 10.4.6). Das Bundesverwaltungsgericht sieht sich demnach zwar weiterhin veranlasst, die Obergrenze des Basisbetrags im oberen Drittel des Sanktionsrahmens, jedoch lediglich bei 8 % des massgeblichen Umsatzes festzusetzen, wodurch sich ein Basisbetrag in der Höhe von CHF [900'000-1'200'000] ergibt.

#### **10.4.5 Zuschlag für die Dauer des beanstandeten Verhaltens**

Weiter ist zu berücksichtigen, wie lange die Widerhandlung der Beschwerdeführerinnen gegenüber der Post gedauert hat (vgl. Beschwerde, Rz. 339 ff.).

Die Widerhandlung gegenüber der Post besteht in der Tathandlung, dass die Beschwerdeführerinnen mit ihrer Offerte, welche am 14. Januar 2009 den Zuschlag bekam, von der Post einen unangemessenen Preis erzwungen haben. Der Zuschlag versetzte die Post als Vergabestelle in die Lage, den Vertrag gestützt auf das Ausschreibungsverfahren abzuschliessen (Art. 22 Abs. 1 aBöB; vgl. SCHNEIDER HEUSI, a.a.O., S. 110). Doch beschränkte sich die widerrechtliche Handlung der Beschwerdeführerinnen nicht auf die Abgabe der definitiven (überhöhten) Offerte und den anschliessenden Vertragsschluss mit der Post. Denn die Ausschreibung sah

– anders als dies etwa bei Einzel-Bauprojekten der Fall ist (vgl. Verfügung der WEKO vom 2. Oktober 2017 betreffend Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin U, in: RPW 2018/4 S. 736 ff., Rz. 163) – nicht nur die Errichtung, sondern auch den vierjährigen Betrieb eines WAN für die Poststandorte vor. Der Vertrag wurde in der Folge um ein weiteres Jahr verlängert, was auch die Zustimmung der Beschwerdeführerinnen voraussetzte. Damit kommt – wiederum im Gegensatz zur Ausschreibung einzelner Bauprojekte – ein längeres bzw. anhaltendes zeitliches Element hinzu, waren doch nebst der Erstellung noch während vier respektive fünf Jahren fortlaufend Dienstleistungen zu erbringen. Während dieser Zeit wurde die Konkurrenz von der Erbringung der ausgeschriebenen Dienstleistungen ausgeschlossen. In diesem Sinne zeichnet sich die zu beurteilende Widerhandlung durch einen Dauercharakter aus, wie er etwa im Fall "Preispolitik ADSL" festgestellt wurde (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 755 f., "Preispolitik ADSL").

Als Zwischenergebnis ist deshalb festzuhalten, dass die Erhöhung des Basisbetrags um 50 % wegen der insgesamt fünfjährigen Dauer der Widerhandlung Bundesrecht nicht verletzt.

Der Basisbetrag ist somit unter Berücksichtigung der Art und Schwere (Art. 3 SVKG) sowie der Dauer des Verstosses (Art. 4 SVKG) um CHF [450'000-600'000] zu erhöhen.

#### **10.4.6 Mehrere Tathandlungen als erschwerender Umstand**

Einen Einfluss auf die Bemessung und allfällige Erhöhung des Sanktionsbetrags hat weiter die Frage, ob die Handlungen der Beschwerdeführerinnen im Rahmen der Ausschreibung der Post als einheitlicher Handlungsakt oder als voneinander losgelöste Handlungen zu qualifizieren sind. Denn die Verwirklichung von zwei unterschiedlichen wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen muss, anders als die Verletzung zweier Tatbestände durch ein und dieselbe Handlung, zu einer verschärfenden Sanktionierung führen. Die Vorinstanz hat diesen Umstand bei der Schwere des Verstosses und damit beim Basisbetrag berücksichtigt (vgl. Verfügung, Rz. 590 f.). Das Bundesverwaltungsgericht prüft ihn demgegenüber gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG (wenn das Unternehmen "wiederholt gegen das Kartellgesetz verstossen hat"), unter den erschwerenden Umständen (vgl. TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG Art. 49a Rz. 67; ROLF H. WEBER/SALIM RIZVI, OFK-Wettbewerbsrecht II, 2011, Art. 5 SVKG, Rz. 6).



Im vorliegenden Fall hat Swisscom erstens einen unangemessenen Endverkaufspreis gegenüber der Post über eine Vertragslaufzeit von mehreren Jahren und zweitens unangemessene Vorleistungspreise gegenüber Sunrise im Zeitpunkt der Ausschreibung erzwungen; dabei hat Swisscom eine Kosten-Preis-Schere angewendet. Die Geltendmachung von überhöhten Preisen gegenüber Sunrise steht nicht in einem unauflösbaren Zusammenhang mit der Geltendmachung von überhöhten Preisen gegenüber der Post, da Swisscom auf der einen Seite gegenüber den mitbietenden FDA überhöhte Vorleistungspreise offerieren konnte, um damit deren Chance auf den Zuschlag zu verringern, während es ihr auf der anderen Seite unbenommen war, gegenüber der Post einen ordnungsgemässen Preis anzuwenden. Daher ist von einem Geschehensablauf mit zwei getrennten Handlungen auszugehen, was als erschwerender Umstand zu berücksichtigen ist. Angemessen erscheint, da die mehrfache Tatbegehung auf dieselbe Ausschreibung zurückzuführen ist, ein Zuschlag von 12 % auf dem Basisbetrag von CHF [900'000-1'200'000], erhöht auf CHF [1'350'000-1'800'000] aufgrund der Dauer des Verstosses. Daraus ergibt sich ein weiterer Aufschlag um CHF [162'000-216'000].

#### **10.4.7 Besonders hoher Gewinn als weiterer erschwerender Umstand**

Ein durch das wettbewerbswidrige Verhalten erzielter Normalgewinn ist bereits im Basisbetrag enthalten. Übersteigt indes die (feststellbare) unrechtmässige Kartell- oder Monopolrente den Basisbetrag, ist dies als erschwerender Umstand im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. b SVKG zu berücksichtigen (vgl. Erläuterungen der WEKO zur KG-Sanktionsverordnung, Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Bst. b; BÖNI/WASSMER, a.a.O., S. 243; DOSS, a.a.O., Rz. 296; KRAUSKOPF, DIKE-KG, Art. 49a Abs. 1-2, Rz. 48; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 3.243). Denn der Sanktionsbetrag soll nach den Erläuterungen der Vorinstanz zur KG-Sanktionsordnung in jedem Fall so weit erhöht werden, dass er den Betrag des aufgrund des Verstosses unrechtmässig erzielten Gewinns übertrifft (vgl. Erläuterungen zu Art. 5 Abs. 1 Bst. b KG), weil er für diesen Fall ein wesentliches Bemessungskriterium für die Sanktion darstellt (vgl. Botschaft des Bundesrats vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2037). Aufgrund des Regelungszwecks einer vollständigen Abschöpfung ist es dabei angesichts der eindeutigen gesetzgeberischen Intention und entgegen dem zu engen Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 Bst. b SVKG unerheblich, ob es sich beim wettbewerbswidrigen Gewinn in absoluten Zahlen um einen besonders hohen, normalen oder niedrigen Betrag handelt (vgl. Urteile des BVGer

B-831/2011 Rz. 1607, "Six Group"; B-7633/2009 Rz. 770, "Preispolitik ADSL"; TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a, Rz. 69).

Die genaue Höhe des Gewinns aus dem unzulässigen Verhalten lässt sich in den meisten Fällen allerdings nur sehr schwer nachweisen (vgl. Botschaft, a.a.O., BBl 2002 2037; TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a, Rz. 14). Sofern ein Gewinn abgeschätzt oder festgestellt werden kann, muss er als erschwerender Umstand bei der Festlegung der Sanktion berücksichtigt werden (vgl. ROBIN LANDOLT, Prävention und staatliche Aufsicht – Die Gewinnabschöpfung im Kartellrecht, in: Anna Coninx et al. [Hrsg.], Prävention und freiheitliche Rechtsordnung, Zürich 2017, S. 211 f.; DÄHLER/KRAUSKOPF, a.a.O., S. 142). Der Sanktionsbetrag soll so weit erhöht werden, dass er den Betrag des unrechtmässig erzielten Gewinns mindestens abschöpft oder übertrifft (vgl. Urteil des BVGer B-3332/2012 vom 13. November 2015 E. 11.3.4, "Bayerische Motoren Werke"; DOSS, a.a.O., Rz. 296; LANDOLT, a.a.O., S. 211; TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a, Rz. 69 und 71). Damit ist sichergestellt, dass die Kartellrente in jedem Fall kleiner ist als die Sanktion (vgl. DÄHLER/KRAUSKOPF, a.a.O., S. 142; DOSS, a.a.O., Rz. 296) und sich das wettbewerbsschädigende Verhalten nicht lohnt.

Die Vorinstanz ist, unter Berücksichtigung von mit der Gewinnberechnung verbundenen Unsicherheiten, von einem unrechtmässigen Gewinn von CHF [5-7] Mio. ausgegangen (vgl. Verfügung, Rz. 606). Zu diesem Betrag kommt sie auch, wenn sie die von den Beschwerdeführerinnen für die Gewinnberechnung als massgebend erachteten Preise (CHF [14'000'000-16'000'000]) bei einem Umsatz von CHF [20'000'000-22'000'000] verwendet (vgl. Beschwerde, Rz. 347; Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 11. Dezember 2020, Rz. 301 f.), errechnete sie doch so einen unrechtmässigen Gewinn von CHF [4'500'000-7'000'000] (vgl. Vernehmlassung, Rz. 105 f.). Diese Beträge können entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen berücksichtigt werden, weil sie auf ihre Berechnungen zurückzuführen sind. Da der von der Vorinstanz errechnete unrechtmässige Gewinn von CHF [5-7] Mio. den unteren Rahmen der vorgenannten Gewinnbeträge (CHF [4'500'000-7'000'000]) überschreitet, ist er zu Gunsten der Beschwerdeführerinnen auf CHF [4'500'000-7'000'000] herabzusetzen (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 11. Dezember 2020, Rz. 303). Und weil dieser Gewinn den Basisbetrag übersteigt, ist er an die Sanktion anzurechnen.

#### 10.4.8 Mildernde Umstände

Aus Art. 29 Abs. 1 BV sowie Art. 6 EMRK ergibt sich ein Anspruch auf Abschluss eines gerichtlichen Verfahrens innert angemessener Frist (Beschleunigungsgebot). Die Vorinstanz hat die von den Beschwerdeführerinnen gerügte lange Verfahrensdauer unter dem Titel "mildernde Umstände" geprüft (vgl. Verfügung, Rz. 610 ff.; vgl. auch MARCEL ALEXANDER NIGGLI/CHRISTOF RIEDO, BSK-KG, Vor Art. 49a-53 KG, Rz. 242, mit weiteren Hinweisen). Vorliegend wird dagegen im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung (vgl. nachstehende E. 10.4.9) auf die entsprechende Rüge eingegangen (vgl. auch BGE 139 II 534 E. 5.4.2; Urteil des BGer 2C\_484/2010 E. 11.2, "Publigroupe" [nicht in BGE 139 I 72 publizierte Erwägung]).

Als weiterer mildernder Umstand wird von den Beschwerdeführerinnen geltend gemacht, dass sie uneingeschränkt, vorbehaltlos und unverzüglich kooperiert hätten (Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 11. Dezember 2020, Rz. 310 ff.). Ein kooperatives Verhalten der Parteien kann im Rahmen der Sanktionsbemessung und unter Wahrung des Verhältnismässigkeitsprinzips unter anderem als mildernder Umstand berücksichtigt werden (vgl. Urteil des BVGer B-2977/2007 E. 7.4.5.3, "Publigroupe"), insbesondere beim Willen und der Bereitschaft zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung (vgl. TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a, Rz. 86 f.). Entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerinnen trifft es vorliegend nicht zu, dass sie sämtliche Auskunftsbegehren und Fragebögen des Sekretariats fristgerecht und ausführlich beantwortet hätten. So musste das Sekretariat die Beschwerdeführerinnen am 2. August 2012 wegen einer unvollständigen Antwort mahnen (vgl. act. 66). Generell dürfte selbstverständlich sein und demzufolge nicht als mildernder Umstand berücksichtigt werden, dass eine Verfahrenspartei Auskunftsbegehren und die an einer Anhörung gestellten Fragen detailliert beantwortet sowie die vom Sekretariat geforderten Daten liefert.

#### 10.4.9 Verhältnismässigkeit und Berücksichtigung langer Verfahrensdauer

Die Regelungen der Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 ff. SVKG stellen zwar bereits eine Ausprägung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes dar, indem die Art, Schwere und Dauer des wettbewerbswidrigen Verhaltens sowie erschwerende und mildernde Umstände in eine konkrete Struktur der Ermittlung der massgeblichen Sanktion gefasst werden. Ungeachtet dessen hat die

sanktionierende Instanz aber im Einzelfall auch bei der konkreten Festlegung der Sanktion im Rahmen der ihr zustehenden Wertungsspielräume den Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu beachten (vgl. Urteile des BVGer B-823/2016 vom 2. April 2020 E. 6.5.1, "Flügel und Klaviere"; B-831/2011 Rz. 1557, "Six Group"). Der Grundsatz verlangt, dass eine Massnahme für das Erreichen des im öffentlichen oder privaten Interesse liegenden Ziels geeignet und erforderlich ist und sich für die Betroffenen in Anbetracht der Schwere der Grundrechtseinschränkung als zumutbar erweist (vgl. BGE 140 I 353 E. 8.7; 140 I 2 E. 9.2.2). Entsprechend soll der Bussenbetrag bei kartellrechtlichen Sanktionen in einem zumutbaren Verhältnis zur Leistungsfähigkeit des Unternehmens stehen (vgl. BGE 143 II 297 E. 9.7.2 "Gaba"; Urteil des BGer 2C\_484/2010 E. 12.3.2, "Publigroupe" [nicht in BGE 139 I 72 publizierte Erwägung]).

Aus den Akten ergibt sich nicht, dass die Sanktion für die Beschwerdeführerinnen finanziell nicht tragbar und somit unverhältnismässig wäre (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 615 f.).

Bezüglich der Angemessenheit der Verfahrensdauer lassen sich keine allgemeinen Aussagen machen; diese ist im Einzelfall zu beurteilen. Dabei ist insbesondere der Komplexität des Falles und dem Verhalten der Parteien und der Behörden Rechnung zu tragen (vgl. TAGMANN, a.a.O., S. 101; ASTRID WASER, Grundrechte der Beteiligten im europäischen und schweizerischen Wettbewerbsverfahren, Zürich 2002, S. 294 und 303; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 3.315).

Für die Beurteilung der Dauer von Kartellrechtsverfahren ist zu berücksichtigen, dass es sich im Regelfall sowohl hinsichtlich ihres sachlichen Umfangs als auch der Abklärungstiefe um äusserst komplexe Sachverhalte handelt (vgl. Urteil des BGer 2C\_484/2010 E. 11.2, "Publigroupe" [nicht in BGE 139 I 72 publizierte Erwägung]; Urteile des BVGer B-831/2011 Rz. 1651, "Six Group"; B-7633/2009 Rz. 248 "Preispolitik ADSL"; WASER, a.a.O., S. 305). Ihre Bearbeitung erfordert regelmässig einen grossen Aufwand, der ohne Weiteres zu einer mehrjährigen Bearbeitungsdauer führen kann (vgl. Urteile des BVGer B-831/2011 Rz. 1651, "Six Group"; B-7633/2009 Rz. 248 "Preispolitik ADSL").

Als verfahrensrelevante Zeitdauer ist bei Verfahren zur Verhängung einer Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG grundsätzlich die Zeitspanne zwischen der Untersuchungseröffnung bis zur angefochtenen Verfügung respektive bis zum gerichtlichen Entscheid massgebend (vgl. Urteil des BGer

2C\_484/2010 E. 11.1 ff., "Publigroupe" [nicht in BGE 139 I 72 publizierte Erwägung]; Urteile des BVGer B-831/2011 Rz. 1652 f., "Six Group"; B-7633/2009 Rz. 250 ff. "Preispolitik ADSL").

Das Kartellverwaltungsverfahren in Sachen "Preispolitik ADSL" hatte ab Eröffnung der Untersuchung bis zum Erlass der angefochtenen Verfügung vier Jahre gedauert und wurde nicht als übermässig lang respektive nicht gegen das Gebot der fristgemässen Beurteilung verstossend beurteilt (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 254, "Preispolitik ADSL"). Im Fall "Six Group" dauerte die Untersuchung knappe vier Jahre (46 Monate), was unter Berücksichtigung eines Unterbruchs von 20 Monaten und eines weiteren Verzögerungsgrundes ebenfalls nicht als unzulässig lang erachtet wurde (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 Rz. 1652, "Six Group"). Im Fall Publigroupe betrachtete das Bundesverwaltungsgericht eine Verfahrensdauer von vier Jahren und vier Monaten ab Eröffnung der Untersuchung bis zum Erlass der angefochtenen Verfügung als äusserste Grenze des zulässigen Zeitaufwandes, hielt den hohen Zeitaufwand indessen angesichts der Komplexität des Verfahrens und der vielen verfahrensleitenden Massnahmen für gerechtfertigt (vgl. Urteil des BVGer B-2977/2007 E. 7.5.5, "Publigroupe").

Für den vorliegenden Fall können folgende Feststellungen getroffen werden: Nachdem Sunrise am 30. April 2009 bei der Vorinstanz eine Anzeige gegen die Beschwerdeführerinnen eingereicht hatte, leitete das Sekretariat der Vorinstanz eine Marktbeobachtung ein, in deren Rahmen Swisscom am 28. Mai 2009 aufgefordert wurde, zur Anzeige von Sunrise Stellung zu nehmen. Am 3. Juli 2012 eröffnete das Sekretariat eine Vorabklärung. Diese mündete am 18. Juli 2013 in der Eröffnung einer kartellrechtlichen Untersuchung, welche mit Antrag vom 19. Dezember 2014 endete. Schliesslich erliess die Vorinstanz am 21. September 2015 die angefochtene Verfügung.

Somit beanspruchte das Verfahren ab Untersuchungseröffnung bis zum Erlass der angefochtenen Verfügung zwei Jahre und zwei Monate.

Somit war das eigentliche Untersuchungsverfahren im Vergleich zu den vorzitierten Fällen Publigroupe, Six Group und Preispolitik ADSL sogar von relativ kurzer Dauer. Selbst wenn der Verfahrensabschnitt bis zur Untersuchungseröffnung zur massgeblichen Verfahrensdauer hinzugezählt würde, gibt es plausible Gründe für die Dauer jenes Verfahrensabschnitts. Einer-

seits verzögerte sich das Verfahren aufgrund mehrerer Fristerstreckungsgesuche von Sunrise. Andererseits musste die Vorinstanz zahlreiche komplexe Berechnungen anstellen, deren Notwendigkeit teilweise darauf zurückzuführen war, dass Swisscom ihre Gegenrechnung als integrales Geschäftsgeheimnis deklariert hatte. Angesichts dieser Umstände sind weder die Dauer des Untersuchungsverfahrens noch die gesamte Verfahrensdauer entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen als zu lange respektive unverhältnismässig zu qualifizieren.

Demnach erweist sich die angefochtene Verfügung weder im Hinblick auf die Verfahrensdauer noch im Hinblick auf die finanzielle Tragbarkeit als unverhältnismässig.

#### 10.4.10 Ergebnis zum Sanktionsbetrag

Zusammenfassend ist der Sanktionsbetrag (vgl. vorne, E. 10.4.3-10.4.7) von CHF 7'916'438 auf CHF 7'475'261.05 zu korrigieren:

Obergrenze Basisbetrag (Art. 3 SVKG)	CHF [1'200'000-1'400'000]
Basisbetrag unter Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses (Art. 3 SVKG)	CHF [900'000-1'200'000]
Erhöhung des Basisbetrags aufgrund der Dauer des Verstosses (Art. 4 SVKG)	CHF [450'000-600'000]
Zuschlag für Mehrheit von Tathandlungen (Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG)	CHF [162'000-216'000]
Zuschlag wegen erschwerender Umstände: unrechtmässiger Gewinn (Art. 5 Abs. 1 Bst. b SVKG)	CHF [4'500'000-7'000'000]
<b>Total</b>	CHF 7'475'261.05

#### 11. Ergebnis betreffend materielle Prüfung und Sanktion

Als Ergebnis folgt, dass Swisscom ihre beherrschende Stellung auf dem Endkundenmarkt für Breitbandanbindungen im Geschäftskundenbereich missbraucht hat, indem sie im Rahmen der WAN-Ausschreibung der Post von der Post einen unangemessenen Preis erzwungen hat (Art. 7 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG). Zudem hat Swisscom ihre beherrschende Stellung auf dem Wholesale-Markt für Breitbandanbindungen missbraucht, indem sie im Rahmen der WAN-Ausschreibung der Post gegenüber Sunrise einen unangemessenen Preis erzwungen (Art. 7 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG) sowie eine Kosten-Preis-Schere angewendet hat (Art. 7 Abs. 1 KG). Daher ist sie von der Vorinstanz zu Recht

mit einer Verwaltungssanktion nach Art. 49a KG belastet worden. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde ist die Sanktion von CHF 7'916'438 auf CHF 7'475'261.05 herabzusetzen. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen.

## **12. Verfahrenskosten und Parteientschädigung**

### **12.1 Vorinstanzliche Verfahrenskosten**

Die Vorinstanz hat den Beschwerdeführerinnen aufgrund ihres Zeitaufwandes von 1'022 Stunden eine Gebühr von CHF 200'836 auferlegt.

Es sind keine Gründe ersichtlich, aufgrund derer eine Änderung des vorinstanzlichen Entscheids hinsichtlich der Verfahrenskosten angezeigt wäre.

### **12.2 Verfahrenskosten und Parteientschädigung für das vorliegende Verfahren**

Die Beschwerdeinstanz auferlegt die Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Regel der unterliegenden Partei. Unterliegt diese nur teilweise, werden die Verfahrenskosten ermässigt. Ausnahmsweise können sie ihr erlassen werden (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Keine Verfahrenskosten werden Vorinstanzen oder beschwerdeführenden und unterliegenden Bundesbehörden auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

Die Spruchgebühr bemisst sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streit Sache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4<sup>bis</sup> Bst. b VwVG und Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Art. 4 VGKE sieht bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit einem Streitwert von über CHF 5 Mio. eine Gerichtsgebühr zwischen CHF 15'000 und CHF 50'000 vor. Angesichts des ausgewiesenen Vermögensinteresses der vorliegenden Streitigkeit (Sanktionsbetrag von CHF 7.9 Mio.) ist die Gerichtsgebühr streitwertabhängig auf CHF 50'000 festzusetzen (Art. 2 Abs. 1 VGKE i.V.m. Art. 4 VGKE). Diese ist im Verhältnis des Obsiegens und Unterliegens der Beschwerdeführerinnen festzulegen (vgl. BGE 132 II 47 E. 3.3; Urteil des BVGer A-5979/2010 vom 9. Juni 2011 E. 4.2) und demnach vorliegend auf CHF 45'000 zu reduzieren (inkl. Reduktion aufgrund der Verletzung des Gleichbehandlungsgebots; vgl. E. 9.1). Diese Gebühr wird nach Rechtskraft des Urteils mit den am 22. Januar 2016 von den Beschwerdeführerinnen geleisteten Kos-



tenvorschüssen von je CHF 25'000 verrechnet. Den Beschwerdeführerinnen ist der Differenzbetrag in der Höhe von insgesamt CHF 5'000 innert 30 Tagen nach Rechtskraft des Urteils auf das von ihnen anzugebende Konto zu überweisen.

Einer ganz oder teilweise obsiegenden Partei ist von Amtes wegen oder auf Begehren hin eine Entschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 VGKE). Die Entschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere Auslagen der Partei; unnötiger Aufwand wird nicht entschädigt (Art. 8 VGKE). Gemäss Art. 9 Abs. 2 VGKE ist keine Entschädigung geschuldet, wenn der Vertreter oder die Vertreterin in einem Arbeitsverhältnis zur vertretenen Partei steht. Die Parteien, die Anspruch auf Parteientschädigung erheben, haben dem Gericht vor dem Entscheid eine detaillierte Kostennote einzureichen (Art. 14 Abs. 1 VGKE). Das Bundesverwaltungsgericht legt die Parteientschädigung aufgrund der eingereichten Kostennote oder, wenn keine Kostennote eingereicht wird, aufgrund der Akten fest (Art. 14 Abs. 2 VGKE).

Die Beschwerdeführerinnen wurden bis kurz vor Ende des Verfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht durch Mitarbeitende des Konzernrechtsdiensts vertreten und haben keinen Antrag auf Parteientschädigung gestellt. Die erst nach Abschluss der Instruktion mandatierten externen Vertreter reichten am 11. Dezember 2020 und am 12. März 2021 unaufgefordert eine Stellungnahme ohne Kostennote ein, in denen sie sich massgeblich auf die bereits vom Konzernrechtsdienst vorgebrachten Argumente stützen konnten und diese darum nur teilweise als notwendige Kosten anzurechnen sind. In Anbetracht ihres nur teilweisen Obsiegens ist den Beschwerdeführerinnen somit eine Entschädigung von CHF 2'000 zuzusprechen.

### **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

#### **1.**

Die Beschwerde gegen die Verfügung der Wettbewerbskommission vom

21. September 2015 wird teilweise gutgeheissen. Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung wird mit Bezug auf die den Beschwerdeführerinnen auferlegte Sanktion wie folgt neu gefasst:

"Swisscom (Schweiz) AG und Swisscom AG werden gemäss Art. 49a Abs. 1 KG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 und 2 KG mit einem Betrag von CHF 7'475'261.05 belastet. Der Betrag von CHF 7'475'261.05 wird den Adressaten der Verfügung unter solidarischer Haftung auferlegt."

**2.**

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

**3.**

Von den Kosten des vorliegenden Verfahrens wird den Beschwerdeführerinnen zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung ein Betrag in der Höhe von CHF 45'000 auferlegt und den geleisteten Kostenvorschüssen in der Höhe von insgesamt CHF 50'000 entnommen. Den Beschwerdeführerinnen wird der Differenzbetrag in der Höhe von CHF 5'000 innert 30 Tagen nach Rechtskraft des Urteils zurückerstattet.

**4.**

Den Beschwerdeführerinnen wird für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung von CHF 2'000 zulasten der Vorinstanz zugesprochen.

**5.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular);
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 32-0244; Gerichtsurkunde);
- das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF (Gerichtsurkunde).

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

David Aschmann

Kathrin Bigler Schoch

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 9. Juli 2021