2022 IV/6

Auszug aus dem Urteil der Abteilung II
i.S. Swisscom AG und Swisscom (Schweiz) AG
gegen Wettbewerbskommission
B–7633/2009 vom 14. September 2015

Bestimmung des Kartellrechtssubjekts. Massgeblicher Verfügungsadressat in Kartellverwaltungsverfahren. Geltung des Auskunftsverweigerungsrechts und des Nemo-tenetur-Grundsatzes im Kartellverwaltungsverfahren. Marktmachtmissbrauch. Kosten-Preis-Schere. Kriterien der Sanktionsbemessung.

Art. 29 BV. Art. 2 Abs. 1bis, Art. 4 Abs. 2, Art. 7, Art. 40, Art. 49*a* KG. Art. 2–7 SVKG. Art. 6 EMRK.

1. **Das Kartellrechtssubjekt wird bestimmt durch eine eigenständige funktionale Beurteilung ohne Anknüpfung an durch andere Rechtsvorschriften vorgegebene Rechts- oder Organisationsformen (E. 26 ff.).**
2. **Massgebliches Kartellrechtssubjekt ist der Konzern, einzelne Konzerngesellschaften sind Repräsentanten des Konzerns (E. 29 f.).**
3. **Bei Konzernverhältnissen liegt die Festlegung einzelner Konzerngesellschaften als Verfügungsadressaten im Ermessen der Wettbewerbsbehörden (E. 67 ff.).**
4. **Das Auskunftsverweigerungsrecht steht im Kartellverwaltungsverfahren auch juristischen Personen und nicht rechtsfähigen Personengemeinschaften zu (E. 81 ff., insb. 86).**
5. **Eine unterbliebene Belehrung stellt im Kartellverwaltungsverfahren grundsätzlich keine Verletzung des Nemo-tenetur-Grundsatzes dar (E. 93 ff.).**
6. **Für kartellrechtliche Tatbestandsmerkmale kommt bei Vorliegen von multiplen Wirkungszusammenhängen das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zur Anwendung (E. 154 ff.).**
7. **Berücksichtigung des EU-Wettbewerbsrechts bei Sachverhalten eines Marktmachtmissbrauchs (E. 167 ff.).**

8. Bei Marktmachtmissbräuchen erfolgt im Rahmen der Abgrenzung des sachlich relevanten Markts grundsätzlich keine Berücksichtigung der Angebotssubstituierbarkeit (E. 269 ff.).

9. Massgebliche Kriterien für die Abgrenzung des räumlich relevanten Markts (E. 302 ff.).

10. Voraussetzungen der Berücksichtigung von vorgängigen Verfahren im Rahmen der Prüfung der marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens (E. 321 ff.).

11. Kriterien für die Beurteilung der Nachfragemacht der Marktgegenseite (E. 363 ff.).

12. Anerkennung der Kosten-Preis-Schere als eigenständige Missbrauchsform der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG (E. 389 ff.).

13. Voraussetzungen und massgebliche Prüfungskriterien einer Kosten-Preis-Schere (E. 400 ff. und 444 ff.).

14. Grundsätzlich ist eine ausreichende Bestimmtheit des Tatbestands von Art. 7 KG gegeben (E. 591 ff., insb. 616).

15. Ausreichende Bestimmtheit von Art. 49*a* KG zur Sanktionierung von Wettbewerbsverstössen (E. 619 ff.).

16. Grundlage der Zurechnung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens (E. 643 ff. und 674 ff.).

17. Massgeblich für die Sanktionsbemessung sind die Umsätze auf allen relevanten Märkten, auf die das marktbeherrschende Unternehmen mit seiner wettbewerbswidrigen Verhaltensweise einwirkt (E. 719 ff.).

18. Berücksichtigung von konzerninternen Umsätzen für die Sanktionsbemessung bei einer Kosten-Preis-Schere (E. 724 ff.).

19. Zeitlicher Anknüpfungspunkt für die Berechnung des massgeblichen Umsatzes bei unterschiedlichen Sachverhaltskonstellationen (E. 726 ff.).

20. Eine Erhöhung des Basisbetrags aufgrund der Dauer des Wettbewerbsverstosses berechnet sich ab dessen Beginn (E. 753 ff.).

21. Im Einzelfall ist durch eine Erhöhung des Basisbetrags sicherzustellen, dass ein festgestellter oder abgeschätzter Gewinn durch den Sanktionsbetrag abgeschöpft wird, unabhängig davon, ob es sich um einen besonders hohen Gewinn handelt (E. 767 ff.).

22. Honorare für Rechtsgutachten, die von einer Partei eingereicht werden, stellen grundsätzlich keine notwendigen Parteikosten dar (E. 805 ff.).

Détermination du sujet de droit des cartels. Destinataire principal de la décision en procédure administrative en matière decartels. Validité du droit de ne pas renseigner et du principe nemo tenetur en procédure administrative en matière de cartels. Abus de position dominante sur le marché. Effet de ciseau tarifaire. Critères pour calculer le montant de la sanction.

Art. 29 Cst. Art. 2 al. 1bis, art. 4 al. 2, art. 7, art. 40, art. 49*a* LCart. Art. 2–7 OS LCart. Art. 6 CEDH.

1. **Le sujet de droit des cartels est déterminé selon une évaluation fonctionnelle et indépendante, sans rattachement à des formes juridiques ou organisationnelles prescrites par d'autres dispositions légales (consid. 26 ss).**
2. **En droit des cartels, le sujet déterminant est le groupe, certaines sociétés du groupe étant des organes représentant le groupe (consid. 29 s.).**
3. **La désignation, à l'échelon du groupe, de certaines sociétés du groupe en tant que destinataires d'une décision relève du pouvoir d'appréciation des autorités en matière de concurrence (consid. 67 ss).**
4. **La procédure administrative en matière de cartels, le droit de ne pas renseigner est aussi accordé aux personnes morales ainsi qu'aux communautés de personnes dépourvues de la capacité juridique (consid. 81 ss, spéc. 86).**
5. **En procédure administrative en matière decartels, l'absence d'un avertissement ne constitue généralement pas une violation du principe nemo tenetur (consid. 93 ss).**
6. **En présence de multiples liens de causalité, le degré de la preuve selon la vraisemblance prépondérante s'applique aux infractions de droit des cartels (consid. 154 ss).**
7. **Prise en considération du droit de la concurrence de l'UE en présence de faits relevant d'un abus de position dominante sur le marché (consid. 167 ss).**

8. En cas d'abus de position dominante sur le marché, il n'est en principe pas tenu compte de la substituabilité de l'offre dans le cadre de la délimitation du marché de produits en cause (consid. 269 ss).

9. Critères décisifs pour délimiter le marché géographique en cause (consid. 302 ss).

10. Conditions pour la prise en compte de procédures antérieures dans le cadre de l'examen de la position dominante d'une entreprise (consid 321 ss).

11. Critères pour évaluer la puissance d'achat des partenaires commerciaux.

12. Reconnaissance de l'effet ciseau tarifaire en tant que forme d'abus distincte relevant de la clause générale de l'art. 7 al. 1 LCart (consid. 389 ss).

13. Conditions et critères décisifs pour examiner un effet ciseau tarifaire (consid. 400 ss et 444 ss).

14. Les cas mentionnés à l'art. 7 LCart sont en principe suffisamment précis (consid. 591 ss, spéc. 616).

15. Précision suffisante de l'art. 49*a* LCart sur la sanction pour les cas de restrictions à la concurrence (consid. 619 ss).

16. Base de l'imputation d'un comportement anticoncurrentiel (consid. 643 ss et 674 ss).

17. Sont déterminants pour le calcul du montant de la sanction les chiffres d'affaires réalisés par l'entreprise dominante sur tous les marchés en cause où elle fait preuve d'un comportement anticoncurrentiel (consid. 719 ss).

18. Prise en compte des chiffres d'affaires internes au groupe pour calculer le montant de la sanction en cas d'effet ciseau tarifaire (consid. 724 ss).

19. Critère de rattachement temporel pour calculer le chiffre d'affaires déterminant en présence de cas de figure différents (consid. 726 ss).

20. Une augmentation du montant de base fondée sur la durée de la restriction de la concurrence est calculée dès le début de celle-ci (consid. 753 ss).

21. Dans le cas d'espèce, une augmentation du montant de base doit garantir que le montant de la sanction résorbe le profit constaté ou estimé, sans considération de l'importance dudit profit (consid. 767 ss).

22. Les honoraires versés pour les expertises fournies par une partie ne constituent en principe pas des dépens nécessaires (consid. 805 ss).

Determinazione del soggetto di diritto in materia di cartelli. Destinatario determinante della decisione nella procedura amministrativa in materia di cartelli. Validità del diritto di non fornire informazioni e del principio nemo tenetur nella procedura amministrativa in materia di cartelli. Abuso di posizione dominante sul mercato. Compressione dei margini. Criteri applicabili al calcolo dell'importo della sanzione.

Art. 29 Cost. Art. 2 cpv. 1bis, art. 4 cpv. 2, art. 7, art. 40, art. 49*a* LCart. Art. 2–7 OS LCart. Art. 6 CEDU.

1. Il soggetto del diritto dei cartelli è determinato secondo una valutazione funzionale ed autonoma, senza nesso con forme giuridiche o organizzative prestabilite da altre disposizioni legali (consid. 26 segg.).

2. In materia di cartelli, il soggetto di diritto determinante è il gruppo societario, mentre le singole società consociate sono rappresentanti di quest'ultimo (consid. 29 seg.).

3. All'interno di un gruppo, la determinazione di alcune società consociate come destinatarie di una decisione rientra nel potere discrezionale delle autorità in materia di concorrenza (consid. 67 segg.).

4. Nella procedura amministrativa in materia di cartelli, il diritto di non fornire informazioni è riconosciuto anche alle persone giuridiche e alle società di persone senza capacità giuridica (consid. 81 segg., in part. 86).

5. Nella procedura amministrativa in materia di cartelli, l'omissione di un'avvertenza non costituisce, in linea di principio, una violazione del principio nemo tenetur (consid. 93 segg.).

6. In presenza di molteplici relazioni causali il grado probatorio della verosimiglianza preponderante si applica alla determinazione degli elementi costitutivi del diritto dei cartelli (consid. 154 segg.).

7. Considerazione del diritto dell'UE in materia di concorrenza nelle fattispecie di abuso di posizione dominante sul mercato (consid. 167 segg.).

8. In caso di abuso di posizione dominante sul mercato, la sostituibilità dell'offerta non viene in linea di principio presa in considerazione nella delimitazione del mercato oggettivamente rilevante (consid. 269 segg.).

9. Criteri determinanti per la delimitazione del mercato geograficamente determinante (consid. 302 segg.).

10. Condizioni per la presa in considerazione di procedure precedenti nel quadro della valutazioe della posizione dominante di un'impresa (consid. 321 segg.).

11. Criteri per la valutazione del potere di domanda della controparte commerciale (consid. 363 segg.).

12. Riconoscimento della compressione dei margini come forma di abuso a sé stante della clausola generale di cui all'art. 7 cpv. 1 LCart (consid. 389 segg).

13. Condizioni e criteri determinanti per la valutazione di una compressione dei margini (consid. 400 segg. e 444 segg.).

14. In linea di massima, gli elementi costitutivi della fattispecie di cui all'art. 7 LCart sono sufficientemente determinati (consid. 591 segg., in part. 616).

15. Determinatezza sufficiente dell'art. 49*a* LCart per il sanzionamento di infrazioni alla concorrenza (consid. 619 segg.).

16. Base per l'attribuzione di un comportamento anticoncorrenziale (consid. 643 segg. e 674 segg.).

17. Per il calcolo dell'importo della sanzione sono determinanti i fatturati realizzati su tutti i mercati rilevanti in cui l'impresa dominante influisce con il proprio comportamento anticoncorrenziale (consid. 719 segg.).

18. Considerazione dei fatturati interni al gruppo per il calcolo dell'importo della sanzione in caso di compressione dei margini (consid. 724 segg.).

19. Criterio di collegamento temporale per il calcolo del fatturato determinante in presenza di costellazioni di fatti diverse (consid. 726 segg.).

20. Un aumento dell'importo di base dovuto alla durata della pratica anticoncorrenziale è calcolato dall'inizio della stessa (consid. 753 segg.).

21. Nel caso specifico, l'aumento dell'importo di base deve garantire che l'utile accertato o stimato venga compensato dalla sanzione, a prescindere dal fatto che si tratti o meno di un utile particolarmente elevato (consid. 767 segg.).

22. Gli onorari per perizie legali presentate da una delle parti non costituiscono, in linea di principio, spese ripetibili necessarie (consid. 805 segg.).

Gegenstand des Urteils bildet die von der Wettbewerbskommission (WEKO) als Vorinstanz am 19. Oktober 2009 gegenüber der Swisscom AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin 1) und der Swisscom (Schweiz) AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin 2) erlassene Verfügung, wonach die Swisscom-Gruppe im massgeblichen Zeitraum von April bis Dezember 2007 durch ihre Preisgestaltung für bestimmte Breitbanddienstleistungen einerseits als Grosshändlerin auf Grosshandelsstufe gegenüber anderen Anbietern von Internetdienstleistungen auf der Einzelhandelsstufe und andererseits Einzelhändlerin auf Einzelhandelsstufe gegenüber Endkunden eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 7 KG (SR 251) in Form einer sogenannten Kosten-Preis-Schere verwirklicht habe. Die Beschwerdeführerinnen wurden hierfür gemäss Art. 49*a* Abs. 1 KG mit einem Betrag in Höhe von rund 220 Mio. CHF sanktioniert.

Für das Urteil sind folgende Aspekte der Breitbandtechnologie von Bedeutung:

Breitbandinternet lässt sich durch verschiedene Technologien realisieren. Dabei ist zwischen leitungsgebundenen (Telefonleitungen mit xDSL, TV-Kabelleitungen, Stromleitungen, Glasfaserleitungen) sowie leitungslosen (UMTS- und HSDPA-Funknetze, Wireless Local Area Network [WLAN],

Wireless Local Loop [WLL], Broadband Wireless Access [BWA], Satellitenverbindungen) Breitbandanschlüssen zu unterscheiden. Alle einsetzbaren Technologien weisen unterschiedliche Voraussetzungen und Nutzungsmerkmale auf. Im massgeblichen Zeitraum kam aus unterschiedlichen Gründen nur xDSL und Kabelnetzen eine relevante Bedeutung zu.

Die Bereitstellung von Breitbanddienstleistungen an Dritte stellt einen Fernmeldedienst im Sinne von Art. 3 Bst. b des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG, SR 784.10) dar, weil es sich hierbei um eine fremdnützige Art der fernmeldetechnischen Übertragung von Informationen handelt. Die Internetdienstanbieter oder Internet Service Provider als Anbieter von Breitbanddienstleistungen sind demzufolge Fernmeldedienstanbieter im Sinne von Art. 4 FMG und unterstehen grundsätzlich den Regelungen des Fernmeldegesetzes.

Die Bereitstellung von xDSL durch einen Internetdienstanbieter setzt das Vorhandensein eines Telefonnetzes voraus. Sämtliche Internetdienstanbieter, die nicht über ein eigenes Telefonnetz verfügen, bedürfen daher einer besonderen Zugangsmöglichkeit zu einem bestehenden Telefonnetz, um ihren Kunden Breitbanddienstleistungen auf der Basis von xDSL anbieten zu können. Da das Telefonnetz in der Schweiz durch ein Staatsunternehmen als Monopolisten aufgebaut und betrieben wurde, bedurfte es besonderer Regelungen zur sogenannten Interkonnektion, um anderen Fernmeldedienstanbietern die Erbringung von entsprechenden Fernmeldediensten unter Wettbewerbsbedingungen zu ermöglichen.

Am 24. April 2002 entschied der Bundesrat, dass Massnahmen für eine sogenannte Entbündelung der letzten Meile zu treffen seien. Dadurch sollte anderen Fernmeldedienstanbietern der Zugang zum Anschlussnetz der Swisscom-Gruppe ermöglicht werden. Die Entbündelung wurde zunächst durch eine Änderung der Fernmeldedienstverordnung mit Wirkung ab dem 1. April 2003 statuiert. Um allfälligen Unsicherheiten über die Rechtsgrundlage der Interkonnektion vorzubeugen, trat am 1. April 2007 ein überarbeitetes Fernmeldegesetz in Kraft. Dadurch wurde eine marktbeherrschende Anbieterin von Fernmeldediensten gemäss Art. 11 FMG unter anderem verpflichtet, (i) einen vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss (TAL) zu gewährleisten und (ii) während vier Jahren den Zugang zum schnellen Bitstrom zu gewährleisten.

Die Bereitstellungsprodukte BBCS (Broadband Connectivity Service), schneller Bitstrom und TAL sind jeweils Breitbandprodukte der Swisscom-Gruppe auf Grosshandelsstufe, die anderen Fernmeldedienstanbietern als Vorprodukt für deren Breitbandprodukte im Einzelhandelsgeschäft dienen. Während es sich bei TAL und schnellem Bitstrom um durch das Fernmelderecht regulierte Produkte mit definierten Leistungsinhalten handelt, stellt BBCS ein nicht reguliertes, privatrechtliches Angebot der Swisscom-Gruppe dar. Die Produkte unterscheiden sich zum einen durch den Umfang der von der Swisscom erbrachten Übermittlungsleistungen. Aus dem unterschiedlichen Umfang an Leistungen ergibt sich auch ein abgestufter Preis, der von der Swisscom-Gruppe den anderen Fernmeldedienstanbietern für die verschiedenen Produkte in Rechnung gestellt werden kann. Zum anderen bestehen technische Unterschiede des Leistungsinhalts. Schneller Bitstrom und TAL setzen aufgrund der gesetzlichen Vorgaben jeweils nur die Bereitstellung von Kupferleitungen voraus. Bei BBCS erfolgt die Leistungserbringung durch die Swisscom auch unter einem vermehrten Einsatz von Glasfaserkabeln. BBCS gewährleistet somit grundsätzlich die Möglichkeit von höheren Übertragungsraten als schneller Bitstrom und TAL, deren Bandbreite durch die Fernmeldedienstverordnung festgelegt wird.

Im Hinblick auf den Geschehensablauf sind folgende Ereignisse von massgeblicher Bedeutung:

Die Swisscom-Gruppe offerierte das Grosshandelsprodukt BBCS gegenüber den Internetdienstanbietern bis zum Jahr 2001 über den Geschäftsbereich Wholesale der Beschwerdeführerin 1, ab dem Jahr 2002 über den Geschäftsbereich Fixnet Wholesale Services der Beschwerdeführerin 2 und ab dem Jahr 2008 über die Geschäftseinheit Wholesale des Geschäftsbereichs Netz und Informatik der Beschwerdeführerin 2.

Das Grosshandelsprodukt BBCS wurde von der Swisscom-Gruppe zwischen den Jahren 2001 und 2008 in unterschiedlichen Konfigurationen an Bandbreiten, das heisst der Möglichkeit zum Transfer von Datenmengen pro Zeiteinheit, gegenüber anderen Fernmeldedienstanbietern angeboten. Die Preisgestaltung für die einzelnen BBCS-Produkte ergab sich aus der sogenannten Access-Gebühr, das heisst einer monatlich fixen Gebühr in Abhängigkeit von der jeweiligen Bandbreite je bereitgestelltem BBCS-Anschluss, und einer sogenannten Connectivity-Gebühr, das heisst einer monatlich variablen Gebühr für die tatsächlich transferierte Menge an Daten je bereitgestelltem BBCS-Anschluss.

Die Swisscom-Gruppe offerierte ihr xDSL-Angebot gegenüber ihren Endkunden ebenfalls in unterschiedlichen Konfigurationen an Bandbreiten, wobei unterschiedliche xDSL-Produkte gegenüber Endverbrauchern und Geschäftskunden angeboten wurden. Für die unterschiedlichen xDSL-Angebote war in Abhängigkeit von der jeweils maximal möglichen Bandbreite ein anderer Preis zu bezahlen, wobei der Preis jeweils mit der Erhöhung der Bandbreite anstieg. Demgegenüber kam der unter einem Anschluss tatsächlich transferierten Datenmenge regelmässig keine Bedeutung für die Preisbildung zu.

Die Swisscom-Gruppe nahm sowohl auf der Gross- als auch auf der Einzelhandelsstufe mehrere Bandbreitenerhöhungen von bestehenden Breitbandprodukten vor. Mit der Breitbanderhöhung waren teilweise auch eine Reduzierung des Preises für das jeweilige xDSL-Produkt auf Einzelhandelsstufe beziehungsweise eine Reduzierung der Access-Gebühr für das korrespondierende BBCS-Produkt auf Grosshandelsstufe verbunden. Teilweise wurden auch neue Breitbandprodukte mit einer neuen Konfiguration an Bandbreiten eingefügt. Sowohl die Breitbanderhöhungen als auch die Einführung von neuen Breitbandprodukten erfolgten dabei auf der Gross- und Einzelhandelsstufe im Wesentlichen zum gleichen Zeitpunkt. Die Beschwerdeführerinnen bestätigen, dass die Anforderungen des xDSL-Einzelhandelsmarkts die Konfiguration des Grosshandelsprodukts BBCS massgeblich vorgeben.

Ende 2006 wurde den Internetdienstanbietern von der Swisscom-Gruppe ein sogenannter Wachstumsrabatt für das Jahr 2007 angeboten, der zu einem Nachlass auf den Preis für das BBCS in Abhängigkeit davon führen sollte, in welchem Ausmass der jeweilige Internetdienstanbieter den Absatz seiner xDSL-Produkte auf der Einzelhandelsstufe steigern konnte. Aufgrund von dessen besonderer Ausgestaltung konnten nur sechs von zwanzig Internetdienstanbietern diesen Wachstumsrabatt in Anspruch nehmen, wobei die Swisscom-Gruppe mit ihrem Einzelhandelsgeschäft der grösste Nutzniesser dieser Massnahme war. Der Wachstumsrabatt wurde von der Swisscom-Gruppe daraufhin wieder abgeschafft.

Auf den 1. Januar 2008 hin senkte die Swisscom-Gruppe bei den BBCS-Produkten auf Grosshandelsstufe die Access-Gebühr für einen BBCS-Anschluss jeweils um 10 % und die Connectivity-Gebühr für das Datenvolumen um 40 %. Damit lagen die Connectivity-Gebühren deutlich unter dem Preisniveau der Vorjahre.

Für den Einzelhandelsmarkt waren folgende Marktverhältnisse festzustellen:

In Bezug auf die tatsächlich über Kabelmodem oder xDSL genutzten Breitbandanschlüsse ergibt sich aufgrund der von der Vorinstanz bei den Internetdienstanbietern abgefragten Daten und den verfügbaren amtlichen Daten (jeweils in Klammern) folgendes Bild: Zu Beginn des Jahres 2001 bestanden 52 545 (56 416) Breitbandanschlüsse. Seit Dezember 2001 wuchs die Anzahl an Anschlüssen von 145 843 (157 264) auf 448 033 (395 884) im Dezember 2002, auf 815 551 (738 874) im Dezember 2003, auf 1 269 039 (1 227 397) im Dezember 2004, auf 1 684 662 (1 624 217) im Dezember 2005, auf 2 041 102 (1 990 184) im Dezember 2006 und auf 2 326 137 (2 330 252) im Dezember 2007 an. Die Anzahl an Glasfaseranschlüssen war demgegenüber auch noch Ende 2007 mit 2 648 Anschlüssen vernachlässigbar gering.

Für die Marktanteile der wesentlichen Übermittlungstechniken ergab sich dabei eine deutliche Verschiebung zwischen den Kabelnetz- und den xDSL-Anschlüssen. Anfang 2001 wiesen die Kabelnetze noch einen Marktanteil von 99 % auf, während den xDSL-Anschlüssen nur ein Marktanteil von 1 % zukam. In den folgenden Jahren bis zum Jahr 2007 erhöhte sich der Marktanteil der xDSL-Anschlüsse auf 69 % markant, wobei der Hauptanteil auf die Swisscom entfiel. Demgegenüber ging der Marktanteil der Kabelnetzbetreiber bis Ende 2007 kontinuierlich auf 31 % zurück, wobei die Cablecom mit deutlichem Abstand zu den übrigen Kabelnetzbetreibern den grössten Marktanteil innehatte.

Angesichts der festgestellten Daten ist offensichtlich, dass sich die Swisscom-Gruppe seit ihrem Markteintritt in den folgenden Jahren von 2000 bis 2007 eine besondere Stellung auf dem Einzelhandelsmarkt für Breitbanddienstleistungen erarbeiten konnte. Denn sie konnte ihren Marktanteil am Gesamtbreitbandmarkt in jedem Jahr wesentlich ausbauen. Dadurch erlangte die Swisscom-Gruppe bis zum Jahr 2007 einen Marktanteil am gesamten Breitbandmarkt, der sogar wesentlich über dem gesamten Marktanteil aller Kabelnetzbetreiber lag. Auch im Verhältnis zu den anderen Anbietern drahtgebundener xDSL-Produkte hatte die Swisscom-Gruppe einen deutlich abgehobenen Marktanteil. Der Anteil des nächstgrösseren Konkurrenten am gesamten Breitbandmarkt betrug im Jahr 2004 weniger als zwei Drittel des Marktanteils der Swisscom-Gruppe; bis 2007 belief sich dieser nicht einmal mehr auf die Hälfte des Anteils der Swisscom-Gruppe. Die übrigen Konkurrenten wiesen, unabhängig davon, ob sie

draht- oder kabelgebundene Produkte vertrieben, noch geringere, zumeist relativ kleine Marktanteile auf. Die Swisscom-Gruppe hatte demzufolge im massgeblichen Zeitraum eine besonders starke Stellung auf dem Einzelhandelsmarkt für Breitbanddienstleistungen inne.

Für den Grosshandelsmarkt waren folgende Marktverhältnisse festzustellen:

Ein marktfähiges, zumindest annähernd flächendeckendes Grosshandelsprodukt für Internetdienstanbieter zur Weitergabe von Internetdienstleistungen an Endkunden wurde im Zeitraum zwischen den Jahren 2000 und 2007 nur von der Swisscom-Gruppe in Form des BBCS angeboten. Der Swisscom-Gruppe kam daher im massgeblichen Zeitraum eine ausschliessliche Stellung auf dem Grosshandelsmarkt zu.

Gegenüber den anderen drahtgebundenen Internetdienstanbietern war die Erbringung sonstiger Bereitstellungsprodukte von der Swisscom-Gruppe bis zum Jahr 2007 ausdrücklich abgelehnt und diese Ablehnung im Rahmen der Gerichtsverfahren Commcare I (Urteil des BGer vom 17. Dezember 1999, auszugsweise publ. in: BGE 125 II 613), Commcare II (Urteil des BGer 2A.503/2000 vom 3. Oktober 2001), Sunrise I (Urteil des BGer 2A.178/2004 vom 30. November 2004, auszugsweise publ. in: BGE 131 II 13) und Sunrise II (Urteil des BGer 2A.233/2005 vom 22. November 2005, auszugsweise publ. in: BGE 132 II 47) erfolgreich verteidigt worden. Die Bereitstellungsprodukte schneller Bitstrom und TAL wurden von der Swisscom-Gruppe erst nach Änderung des Fernmeldegesetzes im Jahr 2007 aufgrund der dadurch statuierten gesetzlichen Verpflichtung an andere Fernmeldedienstanbieter abgegeben. Aufgrund der Daten der Fernmeldestatistik lässt sich ableiten, dass infolge der Regulierung der Absatz von TAL zwischen Januar 2008 und April 2010 zunächst langsam und ab dem Jahr 2009 deutlich anstieg.

Aufseiten der Kabelnetzbetreiber bestand auch nach Darstellung der Beschwerdeführerinnen weder vor dem Jahr 2007 noch danach ein entsprechendes Angebot für ein annähernd flächendeckendes Grosshandelsprodukt. Zwar wurden für einen begrenzten Zeitraum von drei lokalen Kabelnetzbetreibern gewisse Grosshandelsprodukte angeboten, welche jedoch nicht landesweit verfügbar waren und mangels ausreichender Nachfrage auch wieder eingestellt wurden.

In der Schweiz gab es im fraglichen Zeitraum mehr als 400 Kabelnetzbetreiber, wovon 252 im Verband Swisscable organisiert waren. Dabei handelte es sich neben der Cablecom vorwiegend um kleinere Netzbetreiber. Letztere waren überwiegend in annähernd 20 Kooperationen auf dem Markt tätig.

Eine wirtschaftliche Betrachtung auf der Grundlage der von den Beschwerdeführerinnen eingereichten Daten für das Grosshandelsgeschäft, das Einzelhandelsgeschäft sowie das gesamte Breitbandgeschäft führt zu folgenden Ergebnissen:

Auf der Grosshandelsstufe erzielte die Swisscom-Gruppe durch den Verkauf des Grosshandelsprodukts BBCS im Zeitraum von 2000 bis 2007 einen beträchtlichen Gesamtgewinn. Aus dem Geschäftsverlauf ergibt sich, dass zum Aufbau des Breitbandgeschäfts erhebliche netzseitige Anfangsinvestitionen notwendig waren, die zu Anfangsverlusten in den ersten drei Jahren bis 2002 führten. Im Jahr 2003 wurde das jährliche Grosshandelsgeschäft erstmals profitabel. Innerhalb der nächsten beiden Jahre 2004 und 2005 wurden die anfänglichen Verluste nicht nur vollständig abgebaut, sondern sogar in ein positives Gesamtergebnis umgewandelt. Seit dem Jahr 2005 konnte die Swisscom-Gruppe einen jährlich steigenden beachtlichen Gewinn mit den jeweiligen BBCS-Produkten generieren. Die jährlichen Gewinne in den Jahren 2005 bis 2007 übertrafen dabei jeweils den Gesamtbetrag der Anfangsverluste aus den Jahren 2000 bis 2002. Dabei ist zu berücksichtigen, dass diese Gewinne trotz eines weiteren Ausbaus des Breitbandnetzes durch die Swisscom-Gruppe und den damit verbundenen Kosten erzielt werden konnten.

Auf der Einzelhandelsstufe ergab sich für die Swisscom-Gruppe für den Verkauf der Einzelhandelsprodukte xDSL ein beträchtlicher Gesamtverlust. Das Einzelhandelsgeschäft mit den xDSL-Produkten war danach zu keinem Zeitpunkt profitabel. Vielmehr ergaben sich zwischen den Jahren 2001 und 2007 erhebliche jährliche Verluste.

Bei einer Gegenüberstellung der Ergebnisse der Swisscom-Gruppe im Gross- und im Einzelhandelsgeschäft für die Jahre 2000 bis 2007 wird ersichtlich, dass im Einzelhandelsgeschäft keine positive Entwicklung stattfand, während im Grosshandelsgeschäft bereits nach der Hälfte der Zeit eine nachhaltige und beachtliche Gewinnmarge erzielt werden konnte. Ungeachtet des andauernd negativen Geschäftsergebnisses im Einzelhandelsgeschäft war das jährliche Gesamtergebnis des Breitbandgeschäfts der

Swisscom-Gruppe bereits ab dem Jahr 2004 positiv. In den Jahren 2004 und 2005 konnten aufgrund des beachtlichen Gewinns im Grosshandelsgeschäft nicht nur sämtliche im Grosshandelsgeschäft in den Jahren 2000 bis 2002 aufgelaufenen Verluste, sondern darüber hinaus auch die gesamten, in den Jahren 2001 bis 2005 aufgelaufenen Verluste im Einzelhandelsgeschäft ausgeglichen werden. In den darauffolgenden Jahren 2006 und 2007 konnte das positive Ergebnis im Grosshandelsgeschäft trotz der weiterhin im Einzelhandelsgeschäft anfallenden Verluste nochmals deutlich gesteigert werden. Aus den beiden Geschäftsergebnissen ergibt sich ein tatsächlich realisierter erheblicher Überschuss aus dem Breitbandgeschäft der Swisscom-Gruppe, der von ihr vollständig über die Grosshandelsstufe vereinnahmt wurde.

Im Rahmen der Beurteilung des infrage stehenden Verhaltens waren mehrere inländische und ausländische Entscheide zum Gegenstand Breitbanddienstleistungen und zum Tatbestand der Kosten-Preis-Schere zu berücksichtigen. Bei den inländischen Entscheiden handelte es sich um die vorgängigen Verfahren ADSL I (Verfügung der WEKO vom 15. Dezember 2003, in: RPW 2004/2 S. 407, nachfolgend: Verfügung ADSL I), Urteil des BGer 4C.404/2006 vom 16. Februar 2007, Office Connex, Schlussbericht des WEKO-Sekretariats vom 12. Februar 2004, Produktebündel « Talk & Surf », in: RPW 2004/2 S. 357, nachfolgend: Schlussbericht Talk & Surf) sowie Marktzugang schneller Bitstrom (Urteil des BVGer A–109/2008 vom 12. Februar 2009, auszugsweise publ. in: BVGE 2009/35), bei denen die Swisscom-Gruppe jeweils beteiligt war. Bei den ausländischen Urteilen handelte es sich um die Verfahren Deutsche Telekom (Entscheidung 2003/707/EG der Kommission vom 21. Mai 2003 in einem Verfahren nach Artikel 82 EG-Vertrag, COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 Deutsche Telekom AG, ABl. L 263/9 vom 14.10.2003 [nachfolgend: Entscheidung 2003/707/EG]; Urteile des EuGH vom 10. April 2008 T–271/03 Deutsche Telekom AG/Kommission, Slg. 2008 II-00477; vom 14. Oktober 2010 C–280/08 P Deutsche Telekom AG/Kommission, Slg. 2010 I-9555), TeliaSonera (Urteil des EuGH vom 17. Februar 2011 C–52/09 Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige AB, Slg. 2011 I-564) sowie Telefónica (Entscheidung 2008/C 83/05 der Kommission vom 4. Juli 2007 betreffend ein Verfahren nach Artikel 82 EG-Vertrag, COMP/38.784 Wanadoo España/Telefónica, ABl. C 83/6 vom 2.4.2008 [nachfolgend: Entscheidung 2008/C83/05]; Urteile des EuGH vom 29. März 2012 T–336/07 Telefónica SA und Telefónica de España SA/Kommission [nachfolgend: Urteil Telefónica SA]; vom 10. Juli 2014 C–295/12 P

Telefónica SA und Telefónica de España SAU/Kommission [nachfolgend: Urteil C–295/12 P]), mit denen jeweils der Tatbestand einer Kosten-Preis-Schere festgestellt beziehungsweise bestätigt worden war.

Das Bundesverwaltungsgericht hat die Beschwerde im Hinblick auf die Sanktionsbemessung sowie untergeordnete formale Aspekte teilweise gutgeheissen und die Sanktion auf einen Betrag in Höhe von rund 186 Mio. CHF reduziert, im Übrigen aber das Vorliegen eines Marktmachtmissbrauchs durch die Swisscom-Gruppe bestätigt und die Beschwerde ansonsten abgewiesen.

[Das Bundesgericht hat den Entscheid mit Urteil 2C_985/2015 vom 9. Dezember 2019 bestätigt.]

Aus den Erwägungen:

II. Rechtliche Grundlage der vorinstanzlichen Verfügung

16 Die Vorinstanz hat die Beschwerdeführerinnen aufgrund des im vorliegenden Verfahren massgeblichen Sachverhalts wegen eines wettbewerbswidrigen Verhaltens gemäss Art. 7 KG gemäss Art. 49*a* Abs. 1 KG mit einem Sanktionsbetrag belastet.

17 Gegenstand dieses Urteils ist nach Feststellung des Anwendungsbereichs des Kartellgesetzes ([…]) sowie der Rechtmässigkeit des vorinstanzlichen und gerichtlichen Verfahrens ([…]) somit zunächst die Frage, ob die Preisgestaltung der Swisscom-Gruppe für Breitbanddienstleistungen auf dem Grosshandelsmarkt einerseits und dem Einzelhandelsmarkt andererseits eine unzulässige Beschränkung des Wettbewerbs gemäss Art. 7 KG darstellt, weil ([…]) die Swisscom-Gruppe auf dem relevanten Markt ([…]) als marktbeherrschendes Unternehmen gemäss Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren ist ([…]) und ([…]) sie mit der Preisdifferenzierung ihre Stellung auf dem Markt missbraucht hat, indem sie andere Unternehmen bei der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt hat ([…]). Überdies ist zu prüfen, ob ([…]) die ausgesprochene Sanktion rechtlich zulässig und sachlich angemessen ist ([…]) und ([…]) die Kostenentscheidung des vorinstanzlichen Verfahrens angesichts der rechtlichen Ergebnisse sachlich vertretbar ist ([…]).

III. Geltungs- und Anwendungsbereich des Kartellgesetzes

18 Massgebend für die Beurteilung der streitigen Angelegenheit ist das Kartellgesetz.

III.1. Allgemeine Aspekte

19 Im Rahmen einer Prüfung der Geltungs- und Anwendungsvoraussetzungen des Kartellgesetzes ist die Absicht des Gesetzgebers zu berücksichtigen, mit der weiten Ausgestaltung der entsprechenden Bestimmungen eine möglichst umfassende Anwendung des Kartellgesetzes sicherzustellen, um dadurch einen einheitlichen Prüfungsrahmen zur Feststellung von Beschränkungen des Wettbewerbs durch alle tatsächlichen Marktteilnehmer und alle Formen an wirtschaftlichen Verhaltensweisen zur Verfügung zu stellen (vgl. Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 468, 533 ff., nachfolgend: Botschaft KG 1995).

20 Die Wettbewerbsbehörde kann im Bereich der Eingriffsverwaltung wegen des Legalitätsprinzips nur auf der Grundlage von ausreichenden gesetzlichen Vorschriften tätig werden und bestimmte einzelne Handlungen vornehmen (vgl. HAEFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2010, Rn. 368; THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, Rn. 448 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 19, Rn. 1 und 24). Das Kartellgesetz statuiert die verfahrensrechtlichen Handlungsmöglichkeiten der Wettbewerbsbehörden zum einen in Gestalt von generellen Marktbeobachtungen gemäss Art. 45 KG sowie zum anderen in der Form von auf bestimmte Vorgänge ausgerichteten Abklärungen gemäss Art. 26 KG und Untersuchungen gemäss Art. 27 KG.

21 Angesichts der gesetzgeberischen Intention einer möglichst umfassenden Anwendung des Kartellgesetzes sind für die Einleitung und Durchführung einer Überprüfung aufseiten der Wettbewerbsbehörde bereits einfache Hinweise auf ein möglicherweise bestehendes wettbewerbswidriges Verhalten anhand einer kursorischen Beurteilung der jeweils vorliegenden Informationen, Indizien und Vermutungen ausreichend. Es bedarf hierzu weder einer Gewissheit noch einer bestimmten Wahrscheinlichkeit hinsichtlich des Vorliegens eines konkreten Tatbestands oder eines bestimmten Ausmasses der Wettbewerbsbeeinträchtigung. Denn die detaillierte Abklärung der notwendigen Voraussetzungen zur Verwirklichung eines konkreten Tatbestands einschliesslich des Ausmasses der jeweiligen Wettbewerbsbeschränkung ist gerade Gegenstand eines Kartellverfahrens, weshalb eine entsprechende verbindliche Kenntnis aufseiten der Wettbewerbsbehörde vor dessen Durchführung regelmässig gar nicht vorhanden sein kann. Demzufolge weisen insbesondere die sachlichen und

räumlichen Anwendungsvoraussetzungen keine stillschweigenden Aufgreifschwellen in Form von besonderen Spürbarkeits- oder Erheblichkeitskriterien auf (vgl. Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468, 533: « Die Unterstellung unter den Geltungsbereich des Kartellgesetzes sagt indessen noch nichts über die wettbewerbsrechtliche Würdigung eines unternehmerischen Verhaltens aus. [...] Für die Beurteilung der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines unternehmerischen Verhaltens sollen nicht irgendwelche formellen Geltungsbereichskriterien, sondern allein die materiellen Gesichtspunkte des Gesetzes entscheidend sein. »). Zudem bildet die Evaluation des tatsächlichen Ausmasses einer Wettbewerbsbeeinträchtigung bereits einen Bestandteil der materiellen wettbewerbsrechtlichen Prüfung, weshalb ihre Durchführung vorgängig zu einer Anwendung des Kartellgesetzes bereits sachlogisch ausgeschlossen ist. Im Übrigen besteht auch kein sachlicher Grund für die Statuierung entsprechender Kriterien als Voraussetzung einer Anwendung des Kartellgesetzes, weil die Verfolgung eines wettbewerbsrechtlich offensichtlich nicht tatbestandsmässigen wirtschaftlichen Verhaltens durch die Wettbewerbsbehörden aufgrund ihrer Bindung sowohl an das Legalitätsprinzip als auch an den Verhältnismässigkeitsgrundsatz nicht zu befürchten ist und von dritter Seite auch nicht erzwungen werden kann. Für die Wettbewerbsbehörden ist damit lediglich die Vornahme von – quasi prophylaktischen – Untersuchungen gegenüber einem bestimmten Unternehmen ohne jegliche Anhaltspunkte für ein wettbewerbswidriges Verhalten und ohne negative wettbewerbliche Folgen eines noch festzustellenden konkreten Verhaltens ausgeschlossen.

22 Dieses Ergebnis gilt entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerinnen auch unter Berücksichtigung des Umstands, dass im Rahmen des EU-Wettbewerbsrechts mit dem Merkmal der Spürbarkeit ein qualitatives Kriterium als Voraussetzung seiner Anwendung zum einen formell in Bezug auf die in Art. 101 und Art. 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (ABl. 2012 C 326/47 vom 26. Oktober 2012 in konsolidierter Fassung [AEUV]) enthaltene Zwischenstaatlichkeitsklausel (vgl. Leitlinien 2004/C 101/07 der Kommission vom 27. April 2004 über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Art. 81 [neu: Art. 101 AEUV] und 82 [neu: Art. 102 AEUV], ABl. 2004 C 101/81) und zum anderen materiell hinsichtlich der Bedeutung einer wettbewerbsbeschränkenden Abrede vorgesehen wird (vgl. Bekanntmachung 2001/C 368/07 der Kommission vom 22. Dezember 2001 über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäss Art. 81

Abs. 1 EG-Vertrag nicht spürbar beschränken [de minimis], ABl. 2001 C 368/13).

23 Zum einen hat sich das EU-Recht unter Beachtung des Subsidiaritätsprinzips auf die Verfolgung von denjenigen Verhaltensweisen zu beschränken, die auch einen merklichen Einfluss auf den gemeinsamen Binnenmarkt ausüben; andere Verhaltensweisen, welche diese Bedeutung nicht erlangen, sind durch die nationalen Wettbewerbsbehörden aufgrund des jeweiligen nationalen Wettbewerbsrechts zu beurteilen. Daher bedarf es im EU-Binnenmarkt eines zusätzlichen Abgrenzungsmerkmals, um die Zuordnung zwischen europäischer und nationaler Ebene sicherzustellen, welches sich im Tatbestandsmerkmal des Handels zwischen den Mitgliedstaaten manifestiert (vgl. Urteile des EuGH vom 31. Mai 1979 22/78 Hugin Kassaregister AB und Hugin Cash Registers Ltd., Slg. 1979 Rn. 24 f.; vom 14. Dezember 2006 T–259/02 Raiffeisen Zentralbank Österreich AG u.a./Kommission, Slg. 2006 II-5169 Rn. 162; Entscheidung 85/202/EWG der Kommission vom 19. Dezember 1984 betreffend ein Verfahren nach Artikel 85 des EWG-Vertrags, IV/29.725 Zellstoff, ABl. L 85/1 vom 26.03.1985 Rn. 24; DANIELA HENGST, in: Kartellrecht Kommentar, Bd. II Europäisches Kartellrecht, 12. Aufl. 2014, Art. 101 AEUV N. 288 f., nachfolgend: EuKR). Dieser Funktion bedarf es in Bezug auf die Anwendung des schweizerischen Kartellgesetzes jedoch von vornherein nicht, weil es sich beim schweizerischen Verfahren nicht um die Frage der Zugehörigkeit zu einem übergeordneten, sondern ausschliesslich um die Anwendung des nationalen Wettbewerbsrechts handelt.

24 Zum anderen werden im EU-Wettbewerbsrecht Wettbewerbsbeeinträchtigungen, die von Unternehmen unterhalb einer minimalen Bedeutungsschwelle vorgenommen werden, von der Anwendung des generellen Verbots von Wettbewerbsbeschränkungen ausgenommen. Allerdings gilt diese Ausnahme wiederum nicht für schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkungen, die ungeachtet dieser Bedeutungsschwelle zu verfolgen sind (vgl. HENGST, in: EuKR, a.a.O., Art. 101 AEUV N. 243 ff.; ROBERT KLOTZ, in: Grosskommentar Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2014, Art. 101 AEUV N. 713, nachfolgend: SJKM-WBR; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. München 2014, § 11 Rn. 74 ff.). Demgegenüber besteht in der Schweiz ein anderer systematischer Ansatz. Danach erfassen die kartellrechtlichen Tatbestände von vornherein nur diejenigen Sachverhalte, welche die jeweils vorgesehene

Bedeutung aufweisen. Einschlägig hierfür sind die Merkmale der Erheblichkeit in Art. 5 KG und der Marktbeherrschung in Art. 7 KG sowie besondere Unternehmenskennzahlen in Art. 9 KG.

25 Ein Verweis auf das EU-Wettbewerbsrecht zur Begründung einer zwingenden Berücksichtigung von qualitativen Kriterien im Rahmen der allgemeinen Anwendungsvorschriften des Kartellgesetzes ist demzufolge sachlich nicht gerechtfertigt und auch im Rahmen einer vergleichenden Interpretation von Anwendungsvorschriften in der Regel nicht vorzunehmen.

III.2. Persönlicher Anwendungsbereich

26 Das Kartellgesetz findet gemäss dessen Art. 2 Abs. 1 auf « Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts » Anwendung. Als massgebliches Kartellrechtssubjekt wird somit ausdrücklich das « Unternehmen » statuiert (vgl. JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, Art. 2 N. 7 ff., nachfolgend: BSK-KG; MARTENET/KILLIAS, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013, Art. 2 N. 20 f., nachfolgend: CR-Concurrence).

27 Das schweizerische Recht kennt weder eine allgemeingültige Definition noch eine allgemeine inhaltliche Umschreibung des Begriffs « Unternehmen », die für eine kartellrechtliche Beurteilung des persönlichen Anwendungsbereichs zu berücksichtigen wäre beziehungsweise herangezogen werden könnte. Vielmehr statuiert Art. 2 Abs. 1bis KG eine eigenständige Regelung zur Qualifizierung des Kartellrechtssubjekts, deren Inhalt und Anwendung an Sinn und Zweck des Kartellrechts auszurichten sind (vgl. JÜRG BORER, Kommentar Wettbewerbsrecht I, Schweizerisches Kartellgesetz, 3. Aufl. 2011, Art. 2 N. 3 ff.; PHILIPP CANDREIA, Konzerne als marktbeherrschende Unternehmen nach Art. 7 KG, 2007, Rn. 124 ff.; LEHNE, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 2 N. 7). Danach gelten als Unternehmen « sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von deren Rechts- oder Organisationsform ». Der funktionale Ansatz und die weite sprachliche Fassung der gesetzlichen Regelung machen deutlich, dass dadurch alle denkbaren Organisationseinheiten erfasst werden sollen, deren wirtschaftliche Verhaltensweisen zu einer Wettbewerbsbeschränkung führen könnten (vgl. Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468, 533; BORER, a.a.O., Art. 2 N. 3 ff.; VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2008, Rn. 1244; KRAUSKOPF/HENCKEL, Art. 2 Abs. 1bis KG:

Gedanken zum neuen Unternehmensbegriff, sic! 11/2006 S. 743; DAVID/JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012, Rn. 570; MARTENET/KILLIAS, in: CR-Concurrence, a.a.O., Art. 2 N. 22; WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, 2013, Rn. 1.51; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005, Rn. 254, nachfolgend: Kartellrecht; ZURKINDEN/TRÜEB, Das neue Kartellgesetz, 2004, Art. 2 N. 1). Der vorbehaltlose Verweis in Art. 2 Abs. 1 KG auf die privat- oder öffentlich-rechtliche Rechtsnatur eines Unternehmens stellt zudem sicher, dass nicht nur die wirtschaftlichen Verhaltensweisen von natürlichen oder juristischen Personen des Privatrechts, sondern auch öffentlich-rechtliche und gemischtwirtschaftliche Verwaltungseinheiten dem Geltungsbereich des Kartellrechts unterstellt sind (vgl. BORER, a.a.O., Art. 2 N. 4 f.; LEHNE, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 2 N. 13; MARTENET/KILLIAS, in: CR-Concurrence, a.a.O., Art. 2 N. 36 ff. und 47; RUBIN/COURVOISIER, in: Kartellgesetz, 2007, Art. 2 N. 3 ff., nachfolgend: SHK-KG; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rn. 1.57). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes sind daher alle wirtschaftlich selbstständigen Organisationseinheiten zu qualifizieren, die ungeachtet ihrer Rechts- und Organisationsform als Teilnehmer am Wirtschaftsprozess auftreten (vgl. LEHNE, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 2 N. 14 ff.; MARTENET/KILLIAS, in: CR-Concurrence, a.a.O., Art. 2 N. 24 und 28 f.; RUBIN/COURVOISIER, in: SHK-KG, a.a.O., Art. 2 N. 5; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rn. 1.58).

28 Zur Beurteilung des Kartellrechtssubjekts stützt sich das Kartellgesetz demnach auf eine eigenständige funktionale Betrachtungsweise ab, die weder an besondere formale Aspekte des Auftretens im Wirtschaftsverkehr noch an bestehende, durch andere Rechtsvorschriften vorgegebene Rechts- oder Organisationsformen anknüpft. Das Kartellgesetz hat somit eine eigenständige Subjektstruktur geschaffen, welche sich nicht an den vorgegebenen Strukturen des Gesellschafts- oder Personenrechts orientiert, sondern bewusst über diese hinausgeht.

29 Bei Konzernverhältnissen stellt eine einzelne Gruppengesellschaft, auch wenn in deren Geschäftsbereich das wettbewerbswidrige Verhalten ausgeübt wurde, mangels wirtschaftlicher Selbstständigkeit kein Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne dar. Allerdings wird auch die Obergesellschaft, von der die übergeordnete Leitungsmacht ausgeht, nicht als massgebliches kartellrechtliches Unternehmenssubjekt qualifiziert. Vielmehr bildet nach nahezu übereinstimmender Ansicht in Praxis und Literatur die Gesamtheit aller zusammengefassten Gesellschaften und damit

der Konzern als Ganzes das massgebliche Unternehmen im Sinne des Kartellrechts (vgl. Urteil des BVGer B–2977/2007 vom 27. April 2010, Publigroupe, E. 4.1 ff., bestätigt durch Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 3 [nicht publ. in: BGE 139 I 72, Publigroupe]; Verfügung der WEKO vom 6. Oktober 2008 Ziff. 26, Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern, in: RPW 2008/4 S. 544, nachfolgend: Tarifverträge Zusatzversicherung Kt. LU; AMSTUTZ/CARRON, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 7 N. 224; BORER, a.a.O., Art. 2 N. 11; ROLAND VON BÜREN, Der Konzern, in: SPR, Bd. VIII/6, 2. Aufl. 2005, S. 470; DAVID/JACOBS, a.a.O., Rn. 577; ANDREAS HEINEMANN, Konzerne als Adressaten des Kartellrechts, in: Wettbewerbsrecht: Jüngste Entwicklungen in der Rechtsprechung, Konzernsachverhalte und Konzernbegriff aus kartellrechtlicher Sicht, 2015, S. 52, nachfolgend: Konzerne; LANG/JENNY, Keine Wettbewerbsabreden im Konzern, Zum Konzernprivileg im schweizerischen Kartellrecht, sic! 4/2007 S. 299; LEHNE, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 2 N. 27; MARTENET/KILLIAS, in: CR-Concurrence, a.a.O., Art. 2 N. 30 f.; ROBERT ROTH, in: CR-Concurrence, a.a.O., Rem. art. 49*a*–53 N. 36; RUBIN/COURVOISIER, in: SHK-KG, a.a.O., Art. 3 N. 12; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rn. 1.60; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rn. 256; anderer Ansicht RETO A. HEIZMANN, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, 2005, Rn. 172, nach dem stets die Leitgesellschaft heranzuziehen sei).

30 Dabei stellen die einzelnen Gruppengesellschaften einschliesslich der Obergesellschaft nur – aber immerhin – Repräsentanten des Konzerns dar, weil sie angesichts der fehlenden allgemeinen Rechtsfähigkeit eines Konzerns nicht rechtswirksam als dessen Stellvertreter im Rechtsverkehr auftreten können.

31 Die Swisscom-Gruppe ist nach dem unstreitigen Vortrag der Parteien 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. Der persönliche Anwendungsbereich des Kartellgesetzes ist somit gegeben.

III.3. Sachlicher Anwendungsbereich

III.3.1. Massgebliche Wettbewerbsbeschränkung

32 Der sachliche Anwendungsbereich umfasst die in Art. 2 Abs. 1 KG aufgeführten Verhaltensweisen in Gestalt einer Ausübung von Marktmacht, eines Abschlusses von Wettbewerbsabreden und einer Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen, wobei die beiden letzteren Varianten im vorliegenden Fall nicht von Bedeutung sind. Denn bei der im vorliegenden Fall massgeblichen Wettbewerbsbeschränkung handelt es sich um eine Ausübung von Marktmacht.

33 Mit dieser Variante werden die Fälle einer unzulässigen Ausübung von wirtschaftlicher Stärke durch einen Marktteilnehmer mittels bestimmter verpönter Verhaltensweisen angesprochen. Das Kartellgesetz weist keine inhaltliche Bestimmung einer Ausübung von Marktmacht auf. Der Begriff findet auch keine Verwendung in Art. 7 KG, der den materiellen Tatbestand einer unzulässigen Ausübung von wirtschaftlicher Stärke statuiert; diese Vorschrift stellt nicht auf eine Ausübung von Marktmacht, sondern auf das Merkmal eines marktbeherrschenden Unternehmens ab, welches wiederum durch Art. 4 Abs. 2 KG seine inhaltliche Spezifizierung erfährt. In der Literatur wird teilweise angenommen, Marktmacht übe aus, wer über einen massgeblichen Markteinfluss verfüge; überwiegend wird allerdings angenommen, dass die Ausübung von Marktmacht zwischen einem normalen Markteinfluss, der praktisch allen Unternehmen zukomme, und der Marktbeherrschung gemäss Art. 4 Abs. 2 KG, die nur besonders wirtschaftlich starke Unternehmen innehaben könnten, anzusiedeln sei (vgl. LEHNE, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 2 N. 34; RUBIN/COURVOISIER, in: SHK-KG, a.a.O., Art. 2 N. 26; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rn. 251).

34 Für die inhaltliche Beurteilung des Merkmals einer Ausübung von Marktmacht sind allerdings die nachfolgend aufgeführten Aspekte zu berücksichtigen. Die Verwirklichung des materiellen Tatbestands gemäss Art. 7 KG setzt neben dem umschriebenen verpönten Verhalten das Vorhandensein einer marktbeherrschenden Stellung im massgeblichen, das heisst dem relevanten Markt voraus. Die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung erfordert demzufolge eine Abgrenzung des relevanten Markts. Eine Marktabgrenzung lässt sich im Einzelfall jeweils nur auf der Grundlage einer Analyse der infrage stehenden Informationen durchführen, wozu wiederum regelmässig eine weitreichende Abklärung der tat-

sächlichen Marktverhältnisse notwendig ist. So kann selbst kleinen Unternehmen mit den von ihnen vertriebenen Spezialprodukten in Nischenmärkten eine marktbeherrschende Stellung zukommen. Vor der Informationsbeschaffung lässt sich daher keine fundierte Aussage zum relevanten Markt und infolgedessen auch nicht zur Stellung des Unternehmens in diesem Markt vornehmen. Bei einer Aufnahme von ersten Prüfungshandlungen ist es daher regelmässig ausgeschlossen, dass die Wettbewerbsbehörde bereits über eine ausreichende Kenntnis des relevanten Markts und die Position des betreffenden Unternehmens aufweisen kann. Die Überprüfung des sachlich und räumlich relevanten Markts stellt demzufolge bereits eine Prüfungshandlung im Rahmen des Kartellverfahrens und nicht eine diesem vorausgehende Massnahme dar. Dem Begriff der Marktmacht in Art. 2 Abs. 1 KG kann deshalb kein spezifischer quantitativer Inhalt beigemessen werden. Dies entspricht auch der gesetzgeberischen Intention einer möglichst umfassenden Anwendung des Kartellgesetzes (vgl. E. 19) und dem daraus abzuleitenden Fehlen von impliziten Aufgreifschwellen (vgl. E. 21). Die Variante der Ausübung von Marktmacht grenzt somit nur – aber immerhin – den Gegenstand der Abklärungen gegenüber den beiden anderen gesetzlich statuierten Varianten eines kartellrechtlich missbräuchlichen Verhaltens ab.

35 Das Kartellverfahren und die angefochtene Verfügung beziehen sich auf die Umsetzung von ungerechtfertigten Preisstrategien eines Unternehmens mit einer besonderen Marktstellung und damit auf eine unzulässige Ausübung von Marktmacht.

36–42 (…)

III.3.2. Spezialgesetzliche Vorschriften

43 Es sind keine sonstigen Vorschriften ersichtlich, die unter dem Grundsatz der lex specialis vorrangige Anwendung vor dem Kartellgesetz erfordern würden.

44 Der ausdrückliche Vorbehalt in Art. 3 Abs. 1 KG zugunsten von Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen oder die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten, ist beim vorliegenden Sachverhalt ebenfalls nicht einschlägig.

III.3.3. Fazit

45 Der sachliche Anwendungsbereich des Kartellgesetzes ist somit gegeben, weil im Rahmen der rechtlichen Prüfung zu beurteilen ist, ob die Beschwerdeführerinnen Marktmacht im Sinne von Art. 2 Abs. 1 KG ausgeübt haben. Die Anwendung des Kartellgesetzes ist nicht aufgrund eines ausdrücklichen Vorbehalts zugunsten sonstiger Vorschriften oder des Grundsatzes der lex specialis ausgeschlossen.

III.4. Räumlicher Geltungs- und Anwendungsbereich

46 Das Kartellgesetz beansprucht Geltung auf dem Hoheitsgebiet der Schweiz und findet gemäss dem in Art. 2 Abs. 2 ausdrücklich statuierten Auswirkungsprinzip auf alle Sachverhalte Anwendung, die sich in der Schweiz auswirken. Dies gilt selbst dann, wenn sie im Ausland veranlasst wurden. Dieses als Anwendungsfall des völkerrechtlichen Territorialitätsprinzips geltende Prinzip (vgl. MATTHIAS HERDEGEN, Internationales Wirtschaftsrecht, 10. Aufl. 2014, § 3 Rn. 61 f.; MÜLLER/WILDHABER, Praxis des Völkerrechts, 3. Aufl. 2001, S. 378 f.; ANDREAS R. ZIEGLER, Einführung in das Völkerrecht, 3. Aufl. 2015, Rn. 593 ff.) wurde mit der Revision des Kartellgesetzes im Jahr 1995 gesetzlich normiert, war vorgängig aber bereits anerkannt (vgl. Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468, 535 Fn. 97). Dementsprechend wird das Auswirkungsprinzip von der Rechtsprechung zur Bestimmung des räumlichen Geltungs- und Anwendungsbereichs seit dem Jahr 1967 herangezogen (vgl. Urteil des BVGer B–506/2010 vom 19. Dezember 2013, Gaba, E. 3.3.6 f., in: RPW 2013/4 S. 750; Urteil des BGer 2A.387/2000 vom 24. April 2001 E. 3a, auszugsweise publ. in: BGE 127 III 219 und RPW 2001/2 S. 443; BGE 93 II 192 E. 3). Seine Anwendung wird auch in der Literatur allgemein anerkannt (vgl. BORER, a.a.O., Art. 2 N. 20 ff.; LEHNE, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 2 N. 41 und 48 ff.; MARTENET/KILLIAS, in: CR-Concurrence, a.a.O., Art. 2 N. 83 f.; RUBIN/COURVOISIER, in: SHK-KG, a.a.O., Art. 2 N. 30 ff.; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rn. 267 ff.; ZURKINDEN/TRÜEB, a.a.O., Art. 2 N. 9 ff.). Aufgrund des weiten Anwendungsbereichs des Kartellgesetzes (vgl. E. 21) setzt dessen räumlicher Geltungs- und Anwendungsbereich keine inhaltliche Aufgreifschwelle voraus (vgl. Urteil B–506/2010, Gaba, E. 3.3.14.1).

47 Im vorliegenden Sachverhalt beziehen sich sowohl das zu untersuchende Verhalten der Beschwerdeführerinnen als auch die sich daraus

ergebenden Folgen für deren Konkurrenten auf die Schweiz. Der räumliche Geltungs- und Anwendungsbereich des Kartellgesetzes ist demzufolge gegeben, weil das zu beurteilende Verhalten der Beschwerdeführerinnen in der Schweiz Auswirkungen nach sich zieht.

III.5. Zeitlicher Geltungs- und Anwendungsbereich

48 Das Kartellgesetz trat am 1. Juli 1996 in Kraft, wobei zwischenzeitlich verschiedene Gesetzesänderungen vorgenommen wurden.

49 Art. 49*a* KG, der die Rechtsgrundlage einer Sanktionierung der Beschwerdeführerinnen bildet, wurde durch Bundesgesetz vom 20. Juni 2003 in das Kartellgesetz eingefügt. Er trat am 1. April 2004 in Kraft. Besondere zeitliche Übergangsbestimmungen, insbesondere solche gemäss Art. 62 KG, wurden bei dieser Gesetzesänderung nicht vorgesehen. Nach allgemeinen Grundsätzen findet Art. 49*a* KG demzufolge mit seinem Inkrafttreten unmittelbare Anwendung auf alle durch die Vorschrift inkriminierten Verhaltensweisen, die ab diesem Zeitpunkt begangen oder fortgeführt wurden.

50 Gemäss Schlussbestimmungen des Kartellgesetzes zu den Änderungen vom 20. Juni 2003 entfällt allerdings eine Belastung mit einem Sanktionsbetrag, wenn die jeweilige Wettbewerbsbeschränkung innerhalb eines Jahres seit Inkrafttreten des Art. 49*a* KG gemeldet oder aufgelöst wurde. Voraussetzung für eine wirksame Meldung bildet der Umstand, dass die Wettbewerbsbehörden zum Zeitpunkt der Meldung noch kein Vorabklärungs- oder Untersuchungsverfahren eröffnet haben (vgl. Urteil des BGer 2A.287/2005 vom 19. August 2005 E. 3.5, in: RPW 2005/4 S. 708). Eine Auflösung der Wettbewerbsbeschränkung setzt voraus, dass das entsprechende Verhalten spätestens bis zum 31. März 2005 von den beteiligten Unternehmen vollständig und endgültig eingestellt wurde.

51 Vorliegend wurde die zu beurteilende Preisdifferenzierung durch die Beschwerdeführerinnen im Zeitraum von Anfang des Jahres 2000 bis zum 31. Dezember 2007 vorgenommen. Die Sanktionierung der Preisdifferenzierung durch die Vorinstanz erfolgte demgegenüber nur – aber immerhin – für den Zeitraum vom 1. April 2004 bis zum 31. Dezember 2007. Die Beschwerdeführerinnen haben die Preisdifferenzierung zum einen gegenüber den Wettbewerbsbehörden nicht gemeldet und zum anderen über den 31. März 2005 hinaus – und damit länger als ein Jahr nach dem Inkrafttreten von Art. 49*a* KG – fortgeführt. Eine Sanktionierung kann demzufolge nicht entfallen.

52 Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, dass die Vorinstanz bereits am 6. Mai 2002 das Verfahren ADSL I eröffnet hatte und dieses erst durch Verfügung vom 7. Mai 2007 mittels Einstellungsverfügung beendet wurde ([…]). Denn der Untersuchungsgegenstand dieses Verfahrens bezog sich auf ein anderes wirtschaftliches Verhalten ([…]). Selbst unter der Hypothese, dass die Untersuchungsgegenstände übereinstimmen würden, wäre eine wirksame Meldung der Preisdifferenzierung durch die Beschwerdeführerinnen aufgrund des bereits vor dem 1. April 2004 eingeleiteten Untersuchungsverfahrens von vornherein ausgeschlossen gewesen. Die diesbezüglich von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachten Einwände sind daher unbeachtlich.

53 Der zeitliche Geltungs- und Anwendungsbereich des Kartellgesetzes ist somit gegeben. Besondere Übergangsbestimmungen sind vorliegend nicht zu berücksichtigen.

IV. Rechtmässigkeit des vorinstanzlichen und gerichtlichen Verfahrens

54 Die Beschwerdeführerinnen erheben verschiedene Rügen gegenüber der Rechtmässigkeit sowohl des vorinstanzlichen als auch des beschwerdeinstanzlichen Verfahrens. Die angefochtene Verfügung bildet den Abschluss eines Kartellverfahrens der Vorinstanz, welches aufgrund der Art. 18 ff. KG sowie der ergänzenden Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes durchgeführt worden war. Das Beschwerdeverfahren wurde gemäss Art. 37 VGG nach den Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes sowie den ergänzenden Regelungen der Art. 38 f. VGG vor diesem Gericht durchgeführt (vgl. hierzu auch E. 651).

IV.1. Rechtskonforme Verfügungsbehörde

55 Die Vorinstanz war die sachlich zuständige und organisationsrechtlich berechtigte behördliche Organisationseinheit, um eine kartellrechtliche Verfügung gemäss Art. 30 und Art. 39 KG sowie Art. 6 und Art. 34 VwVG einschliesslich von Sanktionen gemäss Art. 49*a* KG zu erlassen. Soweit die Sanktionen gemäss Art. 49*a* KG einen strafrechtsähnlichen Charakter aufweisen, steht allerdings jeder Person gemäss Art. 30 BV und Art. 6 Abs. 1 EMRK das Recht zu, dass über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht verhandelt und geurteilt wird.

56–57 (…)

58 Der Anspruch gemäss Art. 6 EMRK auf eine Verhandlung durch ein unabhängiges, unparteiisches und auf Gesetz beruhendes Gericht bei strafrechtlichen Anklagen (nachfolgend: Gerichtsvorbehalt) hat im Hinblick auf die Rechtskonformität der Verfügungsbehörde dieselbe Tragweite wie Art. 30 Abs. 1 Satz 1 BV, wonach jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht hat (vgl. BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 2.2.1; 135 I 14 E. 2; 133 I 1 E. 5.2). Demzufolge kann eine Beurteilung der Rechtskonformität der Verfügungsbehörde allein an Art. 6 EMRK und der umfangreichen Praxis zu dieser Bestimmung ausgerichtet werden.

59 Gemäss Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (nachfolgend auch: EGMR) und herrschender Auffassung in der Literatur findet die Europäische Menschenrechtskonvention (nachfolgend auch: EMRK) grundsätzlich auch auf juristische Personen Anwendung. Dies gilt auch für die Garantie des Gerichtsvorbehalts gemäss Art. 6 EMRK (vgl. Urteil des EGMR Sojus Trade Company GmbH und Deutsche Consulting GmbH gegen Deutschland vom 20. April 1999, 32411/96, Ziff. 2; FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, 3. Aufl. Kehl 2009, Art. 6 N. 4 und Art. 34 N. 18; GRABENWARTER/PABEL, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl. 2012, § 17 N. 5; KARPENSTEIN/MAYER, EMRK, Kommentar, 2012, Art. 6 N. 6; JENS MEYER-LADEWIG, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl. Baden-Baden 2011, Art. 6 N. 4). Dessen Geltung für juristische Personen ist auch in der schweizerischen Rechtsprechung (vgl. BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 2.2.2; Urteil B–506/2010, Gaba, E. 6.1.3; BVGE 2011/32, Terminierung Mobilfunk, E. 5.4.1) und Literatur (vgl. BORER, a.a.O., Art. 49*a* N. 2; NIGGLI/RIEDO, in: BSK-KG, a.a.O., Vor Art. 49*a*–53 N. 193; YVO HANGARTNER, Aspekte des Verwaltungsverfahrensrechts nach dem revidierten Kartellgesetz von 2003, in: Kartellgesetzrevision 2003, Neuerungen und Folgen, 2004, S. 267, nachfolgend: KG-Revision; CHRISTOPH LANG, Untersuchungsmassnahmen der Wettbewerbskommission im Spannungsverhältnis zwischen Wahrheitsfindung und Verteidigungsrechten eines Angeschuldigten, Jusletter 27. September 2004 Rn. 10; ROTH, in: CR-Concurrence, a.a.O., Rem. art. 49*a*–53 N. 19 f.; CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49*a* Abs. 1 KG, 2007, S. 91 f.; ASTRID WASER, Grundrechte der Beteiligten im europäischen und schweizerischen Wettbewerbsverfahren, 2002, S. 108 f.) ohne Weiteres anerkannt. Die Geltung von Art. 6 EMRK ist auch auf Organisationseinheiten, denen von der Rechtsordnung

keine eigene Rechtspersönlichkeit zugewiesen wird, zu erstrecken, weil deren Mitgliedern als natürliche oder juristische Personen unabhängig von einer Qualifizierung der Gesamtheit ohnehin eine Berufung auf Art. 6 EMRK zusteht (vgl. NIGGLI/RIEDO, in: BSK-KG, a.a.O., Vor Art. 49*a*–53 N. 194).

60 Eine Sanktion gemäss Art. 49*a* KG zeichnet sich durch den vonseiten des Gesetzgebers vorgesehenen abschreckenden und vergeltenden Charakter aus (vgl. Botschaft vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2022, 2052, nachfolgend: Botschaft KG 2004). Ungeachtet dessen, dass der Gesetzgeber die Sanktionierung gemäss Art. 49*a* KG ausdrücklich als Verwaltungssanktion und nicht als Strafsanktion qualifiziert hat (vgl. Botschaft KG 2004, BBl 2002 2022, 2034 Ziff. 2.1.1), handelt es sich bei der Sanktionierung gemäss Art. 49*a* KG entsprechend den massgeblichen Kriterien (sog. Engel-Kriterien; vgl. Urteile des EGMR Engel u.a. gegen Niederlande vom 8. Juni 1976, 5100/71, Ziff. 78 ff.; Öztürk gegen Deutschland vom 21. Februar 1984, 8544/79, Ziff. 50 ff.; Belilos gegen Schweiz vom 29. April 1988, 10328/83, Ziff. 62; Weber gegen Schweiz vom 22. Mai 1990, 11034/84, Ziff. 29 ff.) um eine Massnahme mit strafrechtlichem Charakter im Sinne von Art. 6 EMRK, die aufgrund des Anwendungsbereichs und der Zielsetzung als strafrechtsähnliche Massnahme zu qualifizieren ist (vgl. E. 643 f.). Demzufolge finden die Grundsätze und Garantien von Art. 6 EMRK auf eine Sanktionierung gemäss Art. 49*a* KG nach herrschender Ansicht in Rechtsprechung (vgl. BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 2.2.2; Urteil B–506/2010, Gaba, E. 6.1.3; BVGE 2011/32, Terminierung Mobilfunk, E. 4.2) und Literatur (vgl. BORER, a.a.O., Art. 49*a* N. 2; HANGARTNER, in: KG-Revision, a.a.O., S. 269 f.; NIGGLI/RIEDO, in: BSK-KG, a.a.O., Vor Art. 49*a*–53 N. 1 ff.; ROTH, in: CR-Concurrence, a.a.O., Rem. art. 49*a*–53 N. 19; TAGMANN, a.a.O., S. 85; WIPRÄCHTIGER/ZIMMERLIN, Kartellrechtliche Verantwortlichkeit aus der Sicht des Strafrechts und Strafprozessrechts, in: Verantwortlichkeit im Unternehmen, zivil- und strafrechtliche Perspektiven, 2007, S. 206; DANIEL ZIMMERLI, Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der « Bonusregelung » im Kartellrecht, 2007, S. 449 ff.) Anwendung. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat dies für eine Sanktionierung unter dem französischen und italienischen Wettbewerbsrecht ebenfalls angenommen (vgl. Urteile des EGMR Lilly France gegen Frankreich vom 3. Dezember 2002, 53892/00, S. 9; Menarini Diagnostics S.R.L. gegen Italien vom 27. September 2011, 43509/08, Ziff. 38 ff.).

61 Im Hinblick auf die konkrete Umsetzung des Gesetzesvorbehalts hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte aber anerkannt, dass die Vertragsstaaten die Modalitäten einer Anwendung der Garantien gemäss Art. 6 EMRK selbst ausgestalten können, soweit dadurch weder deren Geltung im Allgemeinen noch deren spezifische Mindeststandards im Besonderen aufgehoben werden (vgl. Urteil Menarini Ziff. 59). Verwaltungsverfahren (« procédures administratives » / « administrative procedures ») können daher hinsichtlich verschiedener Aspekte von einem Strafverfahren im eigentlichen Sinne (« procédure pénale au sens strict du terme » / « criminal proceeding ») abweichen (vgl. Urteil Menarini Ziff. 62; so bereits grundlegend Urteil des EGMR Jussila gegen Finnland vom 23. November 2006, 73053/01, Ziff. 43, « There are clearly criminal charges of differing weight. [...] applying the Engel criteria have underpinned a gradual broadening of the criminal head to cases not strictly belonging to the traditional categories of the criminal law, for example [...] competition law [...] consequently, the criminal head-guarantees will not necessarily apply with their full stringency »). Eine Ermächtigung von Verwaltungsbehörden zum Erlass von Sanktionen mit Strafcharakter im Sinne von Art. 6 EMRK im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens ist dabei nicht prinzipiell ausgeschlossen. In derartigen Fällen muss aber die Möglichkeit vorgesehen werden, diese Entscheide durch ein gerichtliches Organ (« organe judiciaire » / « judicial body ») überprüfen zu lassen, welches über eine vollständige Entscheidungsgewalt (« pleine juridiction » / « full jurisdiction ») verfügt (vgl. Urteil Menarini Ziff. 59; Urteile des EGMR Sigma Radio Television Ltd. gegen Zypern vom 21. Juli 2011, 32181/04, Ziff. 151; Canády gegen Slowakei vom 16. November 2004, 53371/99, Ziff. 31; Kadubec gegen Slowakei vom 2. September 1998, 5/1998/908/1120, Ziff. 57; Schmautzer gegen Österreich vom 23. Oktober 1995, 15523/89, Ziff. 34; Pramstaller gegen Österreich vom 23. Oktober 1995, 16713/90, Ziff. 39).

62 Mit seinem Entscheid in Sachen Menarini hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte bestätigt, dass zum einen ein Kartellverwaltungsverfahren nicht zum Bereich des Kernstrafrechts zu zählen ist (Urteil Menarini Ziff. 57 f.) und dass zum anderen die vorstehend genannten Grundsätze für die Ausgestaltung eines Verwaltungsverfahrens auch ungeachtet einer Verhängung von hohen finanziellen Sanktionen in einem Kartellverfahren Anwendung finden (Urteil Menarini Ziff. 62 f.). Gegenstand des Entscheids bildete eine Vorschrift des italienischen Kartellrechts,

welche der Wettbewerbsbehörde die Möglichkeit eröffnete, eine finanzielle Sanktion bis zur Höhe von 10 % des Umsatzes eines Unternehmens und damit auch in der Höhe von Millionen oder sogar Milliarden Euros auszusprechen, wobei im konkreten Einzelfall eine Sanktion in der Höhe von sechs Millionen Euro verhängt worden war.

63 Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts (vgl. BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 4.4) und ganz überwiegender Ansicht in der Literatur (vgl. VINCENT MARTENET, Les garanties procédurales dans les procédures administratives fondées sur la loi sur les cartels, in: Die Praxis des Kartellgesetzes im Spannungsfeld von Recht und Ökonomie, 2011, S. 53; NIGGLI/RIEDO, in: BSK-KG, a.a.O., Vor Art. 49*a*–53 N. 237; WALTER STOFFEL, Design einer Wettbewerbsbehörde, in: Kartellrechtspraxis: Missbrauch von Marktmacht, Verfahren, Revision, 2013, S. 27 f.; TAGMANN, a.a.O., S. 98; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rn. 3.26; anderer Ansicht LUZIUS WILDHABER, EMRK, Wettbewerbsrecht und Verwaltungsstrafen, Jusletter 4. Juli 2011, Rn. 66) sind die vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte aufgestellten Voraussetzungen im schweizerischen Kartellrechtsverfahren erfüllt. Auch wenn es sich bei der Wettbewerbskommission nicht um eine gerichtliche Instanz im Sinne von Art. 191*a* BV, sondern um eine Verwaltungsbehörde der dezentralen Bundesverwaltung gemäss Art. 178 BV handelt, erfüllt zumindest die Prüfungszuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts im Beschwerdeverfahren die notwendigen Voraussetzungen einer gerichtlichen Überprüfung, weil das Bundesverwaltungsgericht gemäss Art. 2 VGG als unabhängiges, nur dem Recht verpflichtetes Gericht ausgestaltet ist und ihm gemäss Art. 49 VwVG eine umfassende Kontrollbefugnis zukommt (vgl. BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 4.5 m.w.H.). Die Ausgestaltung des Kartellverfahrens einschliesslich der Möglichkeit zur Überprüfung von Verfügungen mit Sanktionen gemäss Art. 49*a* KG im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht entspricht somit den vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte entwickelten Anforderungen an eine gemäss Art. 6 EMRK rechtskonforme Ausgestaltung von Verwaltungsverfahren mit strafrechtsähnlichen Sanktionen.

64 Die gegenteilige Ansicht der Beschwerdeführerinnen, Art. 6 EMRK setze angesichts der erheblichen Sanktionsandrohung bei Wettbewerbsverstössen voraus, dass bereits im erstinstanzlichen Kartellverfahren ein unabhängiges Gericht über Sanktionen mit Strafrechtscharakter entscheide, wurde durch den Entscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Sachen Menarini selbst widerlegt.

IV.2. Rechtmässige Verfügungsadressaten

65–66 (…)

67 Weder das Kartellgesetz noch das Verwaltungsverfahrensgesetz sehen eine Vorschrift vor, an wen eine kartellrechtliche Verfügung als Adressat zu richten ist. Das Verwaltungsverfahrensgesetz stellt die Partei in den Mittelpunkt des Verfahrens und knüpft die zu regelnden Aspekte an den Parteibegriff an. Parteien sind gemäss Art. 6 VwVG im erstinstanzlichen Verfahren diejenigen Personen, deren Rechte und Pflichten berührt werden. Die Fähigkeit, als Partei am Verwaltungsverfahren teilzunehmen, setzt demzufolge grundsätzlich Rechtsfähigkeit voraus, weil nur dann Rechte und Pflichten durch eine Verfügung beeinflusst werden können. Nach übereinstimmender Auffassung ist die Parteifähigkeit im Verwaltungsverfahren für privatrechtliche Organisationseinheiten anhand der zivilrechtlichen Rechtsfähigkeit zu bestimmen (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2010, Rn. 1768 f.; ISABELLE HÄNER, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, 2000, Rn. 477, nachfolgend: Beteiligte; *dieselbe*, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das VwVG, 2008, Art. 6 N. 48, nachfolgend: Kommentar VwVG; *dieselbe*, in: Praxiskommentar VwVG, 2009, Art. 48 N. 5, nachfolgend: Praxiskommentar; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, Rn. 444 und 934 f.; MARANTELLI-SONANINI/HUBER, in: Praxiskommentar, a.a.O., Art. 6 N. 1; RENÉ RHINOW et al., Öffentliches Prozessrecht, 3. Aufl. 2014, Rn. 862, nachfolgend: Prozessrecht; MARKUS SCHOTT, in: Fachhandbuch Verwaltungsrecht, 2015, Rn. 24.17 f., nachfolgend: FHB-VerwR; TANQUEREL, a.a.O., Rn. 1487 ff.; DANIELA THURNHERR, Verfahrensgrundrechte und Verwaltungshandeln, 2013, Rn. 369 ff.). Im Hinblick auf privatrechtliche Organisationseinheiten können im erstinstanzlichen Verfahren demnach grundsätzlich nur natürliche oder juristische Personen als Partei auftreten beziehungsweise herangezogen werden. Trotz fehlender Rechtspersönlichkeit wird die Parteifähigkeit aufgrund der entsprechenden zivilrechtlichen Vorschriften auch der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft (Art. 562 und Art. 602 OR) sowie der Stockwerkeigentümergemeinschaft (Art. 712l Abs. 2 ZGB) zugesprochen (vgl. HÄNER, in: Praxiskommentar, a.a.O., Art. 48 N. 5; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rn. 444; MARANTELLI-SONANINI/HUBER, in: Praxiskommentar, a.a.O., Art. 6 N. 12). Sonstige nicht rechtsfähige Rechtsgemeinschaften, wie ins-

besondere einfache Gesellschaften, scheiden als Partei eines Verwaltungsverfahrens und demzufolge als Adressaten einer Verfügung von vornherein aus. Bei solchen nicht rechtsfähigen Rechtsgemeinschaften ist eine Verfügung an diejenigen natürlichen oder juristischen Personen zu richten, welche Mitglieder dieser Rechtsgemeinschaft sind (vgl. BGE 132 I 256 E. 1.1; Urteil des BVGer A–1513/2006 vom 24. April 2009 E 3.4; HÄNER, in: Praxiskommentar, a.a.O., Art. 48 N. 5; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rn. 444 und 935 f.). Für andere, rein wirtschaftliche Organisationseinheiten ist eine besondere gesetzliche Regelung nicht vorhanden und deren Parteifähigkeit wird von der Rechtsprechung und der Literatur soweit ersichtlich ebenfalls nicht anerkannt.

68 Auch wenn ein Konzern als Kartellrechtssubjekt im Rahmen des Kartellgesetzes zu qualifizieren ist (vgl. E. 29) und er damit das massgebliche Verfahrenssubjekt bildet, stellt er demzufolge gemäss den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen im Hinblick auf eine Teilnahme am Verfahren als Partei sowie den Erlass von kartellrechtlichen Verfügungen kein taugliches Rechtssubjekt dar, weil er selbst nicht Träger von Rechten und Pflichten sein kann. Eine besondere gesetzliche Regelung, aus der sich die Rechtsfähigkeit eines Konzerns für seine Stellung als Partei und als Adressat der Verfügung im Rahmen eines Kartellverfahrens ergibt, wird weder durch das Kartellgesetz noch das Verwaltungsverfahrensgesetz statuiert. Bei Konzernsachverhalten fallen demzufolge das massgebliche Verfahrenssubjekt als Beurteilungsobjekt und der Verfügungsadressat als Partei eines Kartellverfahrens zwangsläufig auseinander (vgl. Verfügung ADSL I E. 56: « Die Unterstellung unter den Unternehmensbegriff beantwortet jedoch die Frage nach den Verfügungsadressaten nicht »; LINDA KUBLI, Das kartellrechtliche Sanktionssubjekt im Konzern, 2014, S. 138 ff.; LEHNE, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 2 N. 21; ROTH, in: CR-Concurrence, a.a.O., Rem. art. 49*a*–53 N. 36; ANNA-ANTONINA SKOCZYLAS, Verantwortlichkeit für kartellrechtliche Verstösse im Konzern im schweizerischen und europäischen Recht, 2011, S. 107 ff.; TAGMANN, a.a.O., S. 16 ff.).

69 Wenn ein Konzern aus formalen Gründen nicht Partei eines Kartellverwaltungsverfahrens und Adressat einer kartellrechtlichen Verfügung sein kann, so wäre diese entsprechend den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen über nicht rechtsfähige Rechtsgemeinschaften an sämtliche Gruppengesellschaften zu richten, welche in ihrer Gesamtheit den jeweiligen Konzern bilden, weil es sich bei diesen um die jeweiligen

rechtsfähigen Personen der nicht rechtsfähigen (Wirtschafts-)Gemeinschaft « Konzern » handelt, die als Parteien am Verfahren teilzunehmen hätten.

70 Es ist allerdings offensichtlich, dass ein entsprechendes Vorgehen der Wettbewerbsbehörden allenfalls bei Kleinkonzernen mit einigen wenigen Gruppengesellschaften zu rechtfertigen wäre; demgegenüber entbehrt dies bei grösseren Unternehmensgruppen von vornherein jeglicher Sinnhaftigkeit und Praktikabilität. Denn internationale Grosskonzerne weisen mitunter durchaus sogar mehr als 1000 Konzerngesellschaften auf. Die jeweilige Verfügung erlangt bei Konzernsachverhalten auch keine stärkere formale Rechtswirksamkeit oder inhaltliche Rechtfertigung, wenn oder weil sie an eine grössere beziehungsweise möglichst grosse Anzahl von Rechtssubjekten gerichtet wird. Denn diese unterstehen einer übergeordneten Leitungsmacht, weshalb auch die Behandlung einer wettbewerbsrechtlichen Angelegenheit der Leitungsmacht der Obergesellschaft untersteht und davon auszugehen ist, dass sie von dieser koordiniert wird. Durch die formale Einbeziehung aller Konzerngesellschaften in das Kartellverfahren würde demzufolge letztlich nur der Aufwand für die Bearbeitung einer Angelegenheit zulasten aller Beteiligten erhöht, ohne dass sich daraus ein inhaltlicher Vorteil für die einzelnen Konzerngesellschaften ergeben würde. Dies gilt umso mehr, wenn ausländische Konzerngesellschaften in das Kartellverfahren einbezogen werden müssten.

71 Folglich bedarf es bei Konzernsachverhalten einer sachgerechten Beschränkung der Anzahl an Parteien und Verfügungsadressaten. Eine derartige personale Reduktion entspricht dem Grundsatz der Prozessökonomie, nach dem die Behörden und Gerichte ein effektives, das heisst ein möglichst zeitnahes und ressourcenschonendes Verwaltungs- und Gerichtsverfahren zu gewährleisten haben (vgl. CHRISTOPH BÜRKI, Verwaltungsjustizbezogene Legalität und Prozessökonomie, 2011, S. 85 ff.; FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl. 1983, S. 68; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rn. 252 ff. und 260 ff.; SCHOTT, in: FHB-VerwR, a.a.O., Rn. 24.60; KIENER/RÜTSCHE/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2012, Rn. 103 ff.; RHINOW et al., Prozessrecht, a.a.O., Rn. 1032 ff.; THURNHERR, a.a.O, Rn. 222 ff.; zur Verfahrens- bzw. Prozessökonomie auch CHRISTOPH AUER, Streitgegenstand und Rügeprinzip im Spannungsfeld der verwaltungsrechtlichen Prozessmaximen, 1997, S. 30 ff.; MADELEINE CAMPRUBI, Kassation und positive Anordnungen bei der staatsrechtlichen Beschwerde, 1999, S. 355 ff.; REGINA KIENER,

Richterliche Unabhängigkeit, 2001, S. 85 ff.; BENJAMIN SCHINDLER, Die « formelle Natur » von Verfahrensgrundrechten: Verfahrensfehlerfolgen im Verwaltungsrecht, ZBl 4/2005 S. 188 f.; zur Prozessökonomie im Zusammenhang mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör vgl. WALDMANN/BICKEL, in: Praxiskommentar, a.a.O., Art. 29 N. 60, 108, 113, 116 und 125, Art. 30 N. 58).

72 Die Ausgestaltung der personalen Reduktion obliegt dem pflichtgemässen Ermessen der Wettbewerbsbehörden aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls.

73 In der Regel dürfte es sachgerecht sein, zum einen die Obergesellschaft, von der die übergeordnete Leitungsmacht ausgeht, sowie zum anderen diejenigen Konzerngesellschaften, welche an dem relevanten Wettbewerbsverhalten beteiligt waren, als Verfügungsadressaten heranzuziehen. Demgegenüber ist die alleinige Heranziehung der Obergesellschaft schon deshalb nicht ausreichend, weil die rechtliche Beurteilung, ob eine wirtschaftliche Einheit und damit ein Konzern vorliegt, im Rahmen der Rechtsmittelverfahren durch die Rechtsmittelinstanzen eigenständig und unter Umständen mit einem abweichenden Ergebnis vorgenommen wird. Bei einer gegenteiligen Ansicht der Rechtsmittelinstanz über den Aspekt der konzernmässigen Verbundenheit hätte dies zur Folge, dass das Verfahren von den Wettbewerbsbehörden ungeachtet des Vorliegens eines kartellrechtswidrigen Verhaltens nochmals vollständig von vorne gegenüber einer handelnden Konzerngesellschaft durchgeführt werden müsste. Umgekehrt sprechen gegen die alleinige Heranziehung einer handelnden Konzerngesellschaft und für eine Einbeziehung der Obergesellschaft ebenfalls gewichtige Aspekte. Zum einen wird die Obergesellschaft angesichts der ihr zukommenden Leitungsmacht das wettbewerbswidrige Verhalten der handelnden Konzerngesellschaft vielfach veranlasst oder zumindest geduldet haben, weshalb sie in diesen Fällen ebenfalls als handelnde Konzerngesellschaft zu betrachten ist. Zum anderen sind die verhängten Sanktionen und die angeordneten Massnahmen auch gegenüber der Obergesellschaft auszusprechen. Denn die Obergesellschaft verkörpert die Wirtschaftskraft des gesamten Konzerns, welche aufgrund der gesetzlichen Sanktionsordnung im Einzelfall der Berechnung von Sanktionen zugrunde liegt. Zudem hat die Obergesellschaft aufgrund der ihr zukommenden übergeordneten Leitungsmacht die Umsetzung von angeordneten Massnahmen durch die einzelnen Konzerngesellschaften sicherzustellen.

Dies gilt insbesondere gegenüber den nicht als Verfügungsadressaten herangezogenen Konzerngesellschaften, weil auch diese dem Kartellrechtssubjekt « Konzern » angehören. Aufgrund einer gleichzeitigen Heranziehung von Ober- und handelnden Konzerngesellschaften ergibt sich auch kein Nachteil zu deren Lasten, weil sich die jeweiligen Gruppengesellschaften gemäss Art. 11 VwVG durch einen einzigen Vertreter vertreten lassen können, um dadurch ihren Verfahrensaufwand zu begrenzen.

74 Im Einzelfall kann es aus Gründen der Prozessökonomie aber auch ausreichend sein, dass die Wettbewerbsbehörde das Verfahren nur gegen eine Konzerngesellschaft führt und diese durch die Verfügung in Anspruch nimmt. Dies wäre etwa dann der Fall, wenn die handelnde Konzerngesellschaft in der Schweiz domiziliert ist, die Obergesellschaft und alle weiteren beteiligten Konzerngesellschaften aber einen Sitz im Ausland aufweisen.

75 Diejenigen Konzerngesellschaften, welche die Wettbewerbsbehörde als Parteien des Verfahrens und als Adressaten der Verfügung heranzieht, werden durch die kartellrechtliche Verfügung unmittelbar in ihren Rechten und Pflichten betroffen. Denn die Verfügung stellt zum einen klar, ob das beurteilte Wettbewerbsverhalten rechtlich zulässig war und ob es von den herangezogenen wie auch den sonstigen Konzerngesellschaften zukünftig weiter praktiziert werden kann oder nicht. Zum anderen haben die herangezogenen Konzerngesellschaften die verhängten Sanktionen zu erfüllen und sonstige Massnahmen umzusetzen. Die herangezogenen Konzerngesellschaften sind daher entsprechend der allgemein herrschenden Ansicht zu den verschiedenen Formen von Adressaten einer Verfügung in Rechtsprechung (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B–1100/2007 vom 6. Dezember 2007 E. 3.3.1) und Literatur (vgl. GYGI, a.a.O., S. 157; HÄNER, Beteiligte, a.a.O., Rn. 538; *dieselbe*, in: Kommentar VwVG, a.a.O., Art. 6 N. 5; MARANTELLI-SONANINI/HUBER, in: Praxiskommentar, a.a.O., Art. 6 N. 7; im Zusammenhang mit dem Beschwerderecht vgl. auch SCHOTT, in: FHB-VerwR, a.a.O., Rn. 24.129 f.; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rn. 2.74 ff.; RHINOW et al., Prozessrecht, a.a.O., Rn. 155; SKOCZYLAS, a.a.O., S. 109) als materielle Verfügungsadressaten zu qualifizieren. Eine bislang von der Praxis im Rahmen von Kartellrechtssachverhalten vorgenommene, allerdings uneinheitlich praktizierte Differenzierung zwischen formalen und materiellen Verfügungsadressaten ist demgegenüber nicht erforderlich (zur Kritik hierzu vgl. HEINEMANN, Konzerne, a.a.O., S. 61),

weil mehrere als Verfügungsadressaten herangezogene Konzerngesellschaften – unabhängig davon, ob es sich um die Obergesellschaft oder sonstige Konzerngesellschaften handelt – in gleicher Weise als Repräsentanten des Konzerns zu qualifizieren sind (vgl. E. 30).

76 Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz die kartellrechtliche Verfügung zum einen an die Beschwerdeführerin 1 als Obergesellschaft der Swisscom-Gruppe und zum anderen auch an die Beschwerdeführerin 2 als Gruppengesellschaft, welche an dem relevanten Wettbewerbsverhalten beteiligt war, gerichtet. Es sind keine Gründe ersichtlich, aus denen hergeleitet werden könnte, dass diese Auswahl an Verfügungsadressaten als sachlich unangemessen zu qualifizieren wäre.

77 Der von den Beschwerdeführerinnen hiergegen des Weiteren vorgebrachte Einwand, eine Heranziehung der Obergesellschaft als Verfügungsadressat neben der handelnden Gruppengesellschaft sei bereits aufgrund der Geltung des strafrechtlichen Grundsatzes der Unschuldsvermutung ausgeschlossen, ist unzutreffend und führt nicht zu einer anderen Einschätzung. Denn die Frage, welches Rechtssubjekt als Adressat einer kartellrechtlichen Verfügung herangezogen wird, ist von der Frage, welchem Rechtssubjekt das Verschulden im Rahmen eines Konzerns bei einem wettbewerbswidrigen Verhalten zuzuordnen ist, zu unterscheiden. Beide Aspekte betreffen inhaltlich unterschiedliche Sachfragen, die unabhängig voneinander zu behandeln und zu beurteilen sind, auch wenn sie angesichts der Kartell-Rechtssubjektivität des kartellrechtlich relevanten Objekts « Unternehmen » bei einer Heranziehung und Sanktionierung von Obergesellschaft und wettbewerbswidrig handelnder Gruppengesellschaft regelmässig zum gleichen Ergebnis führen. Dies ergibt sich schon daraus, dass die Frage des massgeblichen Verfügungsadressaten bei Konzernsachverhalten auch in allen Fällen, in denen ein nicht gemäss Art. 49*a* KG zu sanktionierendes Wettbewerbsverhalten zusätzlich oder ausschliesslich zu ahnden ist, einer Beantwortung bedarf und kein Grund ersichtlich ist, dass die Frage in Abhängigkeit davon unterschiedlich beantwortet werden müsste, ob ein gemäss Art. 49*a* KG sanktionierbares oder ein sonstiges, nicht sanktionierbares wettbewerbswidriges Verhalten vorliegt. Die Feststellung der kartellrechtlichen Unzulässigkeit eines bestimmten Wettbewerbsverhaltens bleibt daher über eine Sanktionierung hinaus Gegenstand der Verfügung der Wettbewerbsbehörde als Abschluss des kartellrechtlichen Verwaltungsverfahrens und richtet sich gegen das Kartellrechtssubjekt « Konzern », welches die jeweils herangezogenen

Verfügungsadressaten repräsentieren. Durch die konkrete Auswahl der Verfügungsadressaten wird im Übrigen auch keine unzulässige Zurechnung eines Verhaltens zwischen den als Verfügungsadressaten herangezogenen Gruppengesellschaften vorgegeben. Denn die Sanktionierung und die damit einhergehende Feststellung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens zulasten der jeweils herangezogenen Gruppengesellschaften erfolgen weder wegen deren Auswahl als Verfügungsadressaten noch basieren sie auf einer Zurechnung des wettbewerbswidrigen Verhaltens zwischen völlig unabhängigen Rechtssubjekten. Die Sanktionierung leitet sich vielmehr unmittelbar aus der Zugehörigkeit dieser Gruppengesellschaften zum Konzern als massgeblichem Kartellrechtssubjekt « Unternehmen » ab.

78 Die Vorinstanz hat ihre Verfügung gemäss Art. 30 und Art. 39 KG sowie Art. 6 und Art. 34 VwVG demzufolge rechtmässig an die Beschwerdeführerinnen als sachgerechte Verfügungsadressaten gerichtet, obschon die Swisscom-Gruppe gemäss Art. 2 Abs. 1bis KG als massgebliches Unternehmen und damit als Kartellrechtssubjekt zu qualifizieren ist.

IV.3. Rechtmässigkeit der entscheidungsrelevanten Informationen und behördlichen Verfahrensmassnahmen

IV.3.1. Verfahrensmassnahmen

79 Aufgrund der gesetzgeberischen Ausgestaltung des Kartellgesetzes werden den Wettbewerbsbehörden im Rahmen eines Kartellverfahrens besondere Mittel zur Ermittlung des massgeblichen Sachverhalts und zur Abklärung eines allfälligen wettbewerbswidrigen Verhaltens an die Hand gegeben, die über die im Verwaltungsverfahrensgesetz vorgesehenen Massnahmen einer üblichen verwaltungsrechtlichen Untersuchung hinausgehen: (i) Art. 40 KG statuiert eine Auskunftspflicht zulasten eines Unternehmens, welches an einem allfälligen wettbewerbswidrigen Verhalten beteiligt ist, sowie allen Dritten, die von diesem Verhalten betroffen sind; (ii) gemäss Art. 43 KG können die Wettbewerbsbehörden Dritte als Zeugen einvernehmen und die von einer Untersuchung Betroffenen zur Beweisaussage verpflichten sowie Hausdurchsuchungen anordnen und Beweisgegenstände sicherstellen; (iii) gegenüber Unternehmen, welche die Auskunftspflicht oder die Pflichten zur Vorlegung von Urkunden nicht ordnungsgemäss erfüllen, kann gemäss Art. 52 KG als Verwaltungssanktion ein Betrag von bis zu CHF 100 000.– verhängt werden; (iv) zudem

wird eine Person, die vorsätzlich oder fahrlässig Verfügungen der Wettbewerbsbehörden zur Auskunftspflicht nicht ordnungsgemäss befolgt, gemäss Art. 55 KG mit einer Busse von bis zu CHF 20 000.– bestraft. Aufgrund der ausdrücklichen Verweisungen in Art. 42 KG finden auf Zeugeneinvernahmen die Vorschriften des BZP (SR 273) sowie auf Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen die Vorschriften des Bundesgesetzes vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR, SR 313.0) jeweils sinngemäss Anwendung. Demgegenüber unterstehen die Geltendmachung und Abwicklung der Auskunftspflicht gemäss der allgemeinen Regelung in Art. 39 KG den Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes.

80 Der Grund für die Statuierung dieser besonderen Verfahrensmassnahmen besteht darin, dass an die Wettbewerbsbehörden bei Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhalts angesichts der Geltung des Untersuchungsgrundsatzes und der damit einhergehenden Beweislastverteilung besondere Anforderungen gestellt werden. Die Berücksichtigung aller am Wirtschaftsverkehr teilnehmenden tatsächlichen und potenziellen Marktakteure, die mannigfachen Möglichkeiten einer sachlichen und rechtlichen Ausgestaltung dieser Marktakteure, die Vielfalt der möglichen Handlungsformen, die fehlende Offenkundigkeit der meisten wichtigen geschäftlichen Ereignisse und Umstände, die fehlende Publizität der wesentlichen Marktinformationen und schliesslich die erforderliche Berücksichtigung nicht nur von aktuellen, sondern auch von potenziellen Marktentwicklungen führen letztlich zu einer enormen Vielschichtigkeit der im Einzelfall massgeblichen Marktprozesse und damit zu multiplen Wirkungszusammenhängen (insgesamt nachfolgend: Wettbewerbskomplexität), die in vielen Fällen nur mit grossen Schwierigkeiten durchdrungen und erhellt werden können. Die Verankerung einer Auskunftspflicht und von Untersuchungsmassnahmen zulasten der Marktteilnehmer bildet demzufolge das notwendige Ordnungsmittel, um diese Aufklärung durch die Wettbewerbsbehörden zu gewährleisten (vgl. Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468, 615; Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen [REKO/WEF] 01/FB-005 vom 26. September 2002 E. 3, in: RPW 2002/4 S. 698; in diesem Sinne auch Urteil des BVGer B–3577/2008 vom 6. November 2008 E. 1.3.1, in: RPW 2008/4 S. 731). Dies wird auch in der Literatur allgemein anerkannt (vgl. SIMON BANGERTER, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 42 N. 1 ff.; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, S. 239 f.; STEFAN BILGER, in: BSK-KG, a.a.O., Vor Art. 39–44 N. 13 f. und Art. 40 N. 2; BOVET/SABRY,

in: CR-Concurrence, a.a.O., Art. 42 N. 7 f.; KIENER/RÜTSCHE/KUHN, a.a.O., N. 686 f.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rn. 1988 f., 2008 f. und 2012 f.; BENOÎT MERKT, in: CR-Concurrence, a.a.O., Art. 40 N. 1 ff.; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rn. 3.68 ff.; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rn. 1059 f.; ZURKINDEN/TRÜEB, a.a.O., Art. 40 N. 1 f. und Art. 42 N. 1 f.).

IV.3.2. Auskunftspflicht

81 Das Verwaltungsverfahrensrecht sieht regelmässig eine Mitwirkungspflicht der beteiligten Parteien gegenüber der für das Verfahren zuständigen Verwaltungsbehörde vor. Die Mitwirkungspflicht dient der Erlangung von Informationen, welche eine Partei besser kennt als die Behörden und welche diese ohne Mitwirkung einer Partei gar nicht oder nicht mit vernünftigem Aufwand erheben könnte (vgl. BGE 124 II 361 E. 2b; 122 II 385 E. 4c/cc). Soweit eine Partei der notwendigen Mitwirkung nicht oder nicht in ausreichender Weise nachkommt, können daraus zulässigerweise Rückschlüsse gezogen werden. Diese Mitwirkungspflicht wird in Art. 13 VwVG in allgemeiner Weise für Parteien statuiert, welche ein Verfahren einleiten oder in dessen Ablauf Anträge stellen. Art. 40 KG konkretisiert als lex specialis den Adressatenkreis dieser Mitwirkungspflicht im Rahmen eines Kartellverwaltungsverfahrens mit Bezug auf die möglichen Beteiligten einer Wettbewerbsbeschränkung sowie auf dritte Marktteilnehmer, welche von einer Wettbewerbsbeschränkung betroffen sind. Die Zulässigkeit der Statuierung einer Mitwirkungspflicht ist sowohl für das allgemeine Verwaltungsrecht als auch für das Kartellverfahrensrecht in Praxis und Literatur anerkannt (vgl. CHRISTOPH AUER, in: Kommentar VwVG, a.a.O., Art. 13 N. 1 ff. und 20; DAVID/JACOBS, a.a.O., Rn. 814 ff.; KIENER/RÜTSCHE/KUHN, a.a.O., N. 95 und 684 ff.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rn. 463 f.; KRAUSKOPF/EMMENEGGER, in: Praxiskommentar, a.a.O., Art. 13 N. 4 ff. und 29; RHINOW et al., Prozessrecht, a.a.O., Rn. 1208 f.).

82 Die Auskunftspflicht gemäss Art. 40 KG umfasst die Verpflichtungen eines Unternehmens zur Erteilung aller Auskünfte, welche für die Abklärung des Verfahrensgegenstands erforderlich sind (sog. Mitteilungspflicht), sowie zur Vorlage aller damit in Zusammenhang stehenden Dokumente (sog. Editionspflicht).

83 Die Wettbewerbsbehörden fordern die Auskunftspflichtigen regelmässig durch die Beantwortung von Einzelfragen oder umfangreichen

Fragekatalogen zur Mitwirkung an der Sachverhaltsabklärung auf. Die Informationsgewinnung erfolgt dabei zumeist in mehreren Etappen, weil die Wettbewerbsbehörden nach Auswertung der jeweils erhaltenen Auskünfte auf deren Grundlage weitere Informationen für eine vertiefte, vollständige Abklärung der Angelegenheit bei den Unternehmen nachfragen.

84 Bei einer fehlenden oder nicht ordnungsgemässen Erfüllung der Auskunftspflicht durch einen Auskunftspflichtigen kann die Behörde gemäss Art. 52 KG eine Verwaltungssanktion in Form eines Geldbetrags verhängen. Die Durchsetzung des Auskunftsbegehrens durch die Wettbewerbsbehörden mittels Androhung einer Verwaltungssanktion bedarf aber einer vorherigen, selbstständig anfechtbaren Auskunftsverfügung, die im Untersuchungsverfahren als Zwischenverfügung und im Vorabklärungsverfahren als gesonderte Verfügung ergeht. Dies entspricht im Ergebnis der bisherigen Praxis (vgl. BVGE 2011/32, Terminierung Mobilfunk, E. 5.7.5.1.1; Urteil des BVGer B–8115/2008 vom 2. Februar 2010 E. 3.3, in: RPW 2010/1 S. 190) und der überwiegenden Ansicht in der Literatur (vgl. BILGER, a.a.O., S. 248 f.; *derselbe*, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 40 N. 31; BORER, a.a.O., Art. 40 N. 9; KRAUSKOPF/SCHALLER/BANGERTER, Verhandlungs- und Verfahrensführung vor den Wettbewerbsbehörden, in: Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, 2005, Rn. 12.22 f., nachfolgend: CH-EU-Wettbewerbsrecht; MERKT, in: CR-Concurrence, a.a.O., Art. 40 N. 46; LAURENT MOREILLON, in: CR-Concurrence, a.a.O., Art. 52 N. 5; PAUL RICHLI, Kartellverwaltungsverfahren, in: Kartellrecht, SIWR Bd. V/2, 2000, S. 487, nachfolgend: SIWR V/2; ZURKINDEN/TRÜEB, a.a.O., Art. 52 N. 4). Eine solche Auskunftsverfügung hat den Inhalt des Auskunftsbegehrens eindeutig und detailliert festzulegen, eine konkrete Sanktionsandrohung in Form eines bestimmten Geldbetrags auszusprechen sowie eine weitere Erfüllungsfrist anzugeben. Demgegenüber stellt die erstmalige Übersendung von Einzelfragen oder eines Fragenkatalogs – auch wenn dieser sehr umfangreich ist – mit einem allgemeinen Hinweis auf die kartellrechtliche Auskunftspflicht sowie die Verwaltungs- und Strafmassnahmen bei deren Verletzung keine ausreichende Grundlage für die unmittelbare Sanktionierung eines Auskunftspflichtigen dar. Denn angesichts der Wettbewerbskomplexität ist zugunsten der Auskunftspflichtigen festzustellen, dass von diesen eine vollständige und korrekte Beantwortung der gestellten Fragen auch bei Vorliegen einer uneingeschränkten Mitwirkungsabsicht nicht in jedem Fall mit Sicherheit gewährleistet werden kann. So lässt sich etwa der sachgerechte Umfang der Editionspflicht bei umfangreichen Dokumenten nicht im Voraus eindeutig

festlegen. Daher kann eine erste unzureichende Auskunft nicht unmittelbar mit einer Sanktion belegt werden. Aus der Sicht der Verfahrenseffizienz wäre es zudem auch nicht sinnvoll, wenn ein Auskunftspflichtiger die Wettbewerbsbehörden mit einer Flut von zum Teil irrelevanten Informationen eindeckt, nur um in jedem Fall sicherzustellen, dass ihm keine Verletzung der Auskunftspflicht vorgeworfen werden kann. Denn letztlich würde dies die Arbeit der Wettbewerbsbehörden mehr erschweren als eine Abwicklung der Angelegenheit durch die Vornahme von weiteren Auskunftsbegehren.

85 Eine besondere Beschränkung der Auskunftspflicht ergibt sich durch die Statuierung eines spezifischen Auskunftsverweigerungsrechts in Art. 40 Satz 2 KG mittels eines Verweises auf Art. 16 und Art. 17 VwVG in Verbindung mit Art. 42 Abs. 1 und 3 BZP. Danach steht einem Auskunftspflichtigen das Recht zu, die Auskunft – und damit sowohl die Mitteilung von Informationen als auch die Edition von damit in Zusammenhang stehenden Unterlagen – gegenüber einem Auskunftsbegehren der Wettbewerbsbehörden zu verweigern, wenn durch dessen Beantwortung die Gefahr einer strafgerichtlichen Verfolgung, einer schweren Benachteiligung der Ehre oder eines unmittelbaren vermögensrechtlichen Schadens verursacht wird.

86 Entgegen einer verbreiteten Ansicht (vgl. BILGER, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 40 N. 17; *derselbe*, a.a.O., S. 248 f.; MARCEL DIETRICH, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 1997, Art. 40 N. 31; KRAUSKOPF/SCHALLER/BANGERTER, in: CH-EU-Wettbewerbsrecht, a.a.O., Rn. 12.19; RICHLI, in: SIWR V/2, a.a.O., S. 487; WASER, a.a.O., S. 187 f.; kritisch bereits PHILIPPE SPITZ, Ausgewählte Problemstellungen im Verfahren und bei der praktischen Anwendung des revidierten Kartellgesetzes, sic! 7-8/2004 S. 556) ist das kartellrechtliche Auskunftsverweigerungsrecht in formaler Hinsicht nicht auf eine Geltendmachung durch bestimmte natürliche Personen beschränkt, sondern betrifft das Unternehmen selbst (so bereits BORER, a.a.O., Art. 40 N. 4; LANG, a.a.O., Rn. 17 f.; WIPRÄCHTIGER/ZIMMERLIN, a.a.O., S. 230). Massgebend für die Bestimmung der Berechtigten zur Auskunftsverweigerung sind der Wortlaut sowie Sinn und Zweck von Art. 40 KG und nicht der Wortlaut von Art. 42 BZP. Danach werden ausdrücklich die Beteiligten an Wettbewerbsbeschränkungen und damit alle Organisationseinheiten, die als Unternehmen gemäss Art. 2 Abs. 1^{bis} KG und Kartellrechtssubjekte zu qualifizieren sind (vgl. E. 26 ff.), zur Auskunft verpflichtet. Das Recht zur Verweigerung

dieser Auskunft muss demzufolge auch unmittelbar diesen Auskunftspflichtigen zugesprochen werden. Bei juristischen Personen und nicht rechtsfähigen Organisationseinheiten kommt dieses Recht sowohl den Organmitgliedern beziehungsweise Vertretern als auch den einzelnen Mitarbeitern dieser Auskunftspflichtigen zu, weil diese Subjekte ausschliesslich über ihre Organe, Vertreter und Mitarbeiter handeln und damit Rechte wahrnehmen können. Gleiches gilt für die ebenfalls angesprochenen betroffenen dritten Marktteilnehmer, weil es sich hierbei offensichtlich nicht nur um natürliche Personen, sondern auch um juristische Personen und sonstige nicht rechtsfähige Organisationseinheiten handelt. Der Verweis in Art. 40 KG über Art. 16 VwVG auf Art. 42 BZP bezieht sich demzufolge nur auf die zulässigen Gründe und nicht auf den Kreis der Berechtigten einer Auskunftsverweigerung.

87 Der Begriff der « strafgerichtlichen Verfolgung » in Art. 42 BZP umfasst – zumindest aufgrund einer verfassungskonformen Auslegung – auch Sanktionen gemäss Art. 49*a* KG, weil diesen ein strafrechtsähnlicher Charakter im Sinne von Art. 6 EMRK zukommt (vgl. hierzu E. 58 und 647 f.). Mit der Möglichkeit einer Auskunftsverweigerung wegen der Gefahr einer strafgerichtlichen Verfolgung transformiert Art. 40 Satz 2 KG den strafrechtlichen Nemo-tenetur-Grundsatz in das Kartellverfahrensrecht. Inhalt und Umfang der kartellverfahrensrechtlichen Auskunftsverweigerung werden in derartigen Fällen demzufolge durch den Inhalt und Umfang dieses Grundsatzes vorgegeben (vgl. E. 90 ff.). Art. 40 Satz 2 KG gewährleistet somit über die allgemeine Regelung von Art. 16 VwVG hinausgehend, dass bei allfälligen strafrechtlichen und strafrechtsähnlichen Auswirkungen nicht nur die von einer Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Dritten als Zeugen, sondern auch die im Fokus einer Untersuchung stehenden Unternehmen als Parteien über ihre Mitwirkung im Kartellverfahren eigenständig entscheiden können.

88 Soweit ein Unternehmen berechtigterweise ein Auskunftsverweigerungsrecht geltend machen kann, sind eine Androhung und Durchsetzung eines Geldbetrags gemäss Art. 52 KG oder einer Geldbusse gemäss Art. 55 KG selbstredend ausgeschlossen.

89 Im vorliegenden Kartellverfahren sind die Beschwerdeführerinnen nach ihrer eigenen Darstellung den Auskunftsbegehren der Wettbewerbsbehörden im Rahmen des vorinstanzlichen Informationsaustauschs ([…]) vollumfänglich nachgekommen und haben alle angeforderten Infor-

mationen und Materialien übermittelt (nachfolgend: übermittelte Informationen). Im Rahmen dieser Auskunftserteilung haben die Beschwerdeführerinnen gemäss ihrer eigenen Darstellung nicht geltend gemacht, dass ihnen ein Auskunftsverweigerungsrecht gemäss Art. 40 Satz 2 KG wegen der Gefahr einer strafgerichtlichen Verfolgung oder aus einem anderen Grund zukomme.

IV.3.3. Geltung und Inhalt des Nemo-tenetur-Grundsatzes

90 Im vorliegenden Fall steht infrage, ob die Verwertung sowohl der von den Beschwerdeführerinnen übermittelten Informationen als auch allfälliger weiterer, auf sonstige Weise erlangter Informationen durch die Vorinstanz (nachfolgend: entscheidungsrelevante Informationen) zur Begründung ihrer Verfügung einen Verstoss gegen den strafrechtlichen Grundsatz nemo tenetur se ipsum prodere vel accusare (« niemand ist verpflichtet, sich selbst zu belasten oder anzuklagen »; Nemo-tenetur-Grundsatz, auch als Selbstbelastungsfreiheit oder Selbstbelastungsverbot bezeichnet) darstellt.

91–92 (…)

93 In den Fällen, in denen das Kartellverwaltungsverfahren strafrechtsähnlichen Charakter im Sinne von Art. 6 EMRK aufweist, weil es zu einer Sanktionierung des betroffenen Unternehmens gemäss Art. 49*a* KG führen könnte, tritt die in Art. 40 KG statuierte und allgemein anerkannte verwaltungsrechtliche Auskunftspflicht unweigerlich in Widerstreit zum strafrechtlichen Nemo-tenetur-Grundsatz, der seinen Niederschlag in Art. 40 Satz 2 KG gefunden hat (vgl. HANSJÖRG SEILER, Das [Miss-] Verhältnis zwischen strafprozessualem Schweigerecht und verwaltungsrechtlicher Mitwirkungs- und Auskunftspflicht, recht 2005 S. 11 ff.). Denn Auskunftspflicht einerseits und Schweigerecht andererseits bilden zumindest in ihrem Kernbereich einen unauflösbaren inhaltlichen Widerspruch. Aufgrund seines Charakters als individuelles verfassungsmässiges Grundrecht kommt dem Nemo-tenetur-Grundsatz eine zentrale Bedeutung zu. Allerdings weist auch das öffentlich-rechtliche Auskunftsprinzip allgemeine verfassungsrechtliche Bedeutung auf, weil es dem verfassungsrechtlichen Anliegen der Wirksamkeit des materiellen Rechts (Art. 170 BV) dient. Daher ist im Rahmen der inhaltlichen Festlegung des Nemo-tenetur-Grundsatzes im Wege der praktischen Konkordanz von Verfassungsinteressen (vgl. BGE 139 I 16 E. 4.2.2; 129 I 173 E. 5.1) dem Auskunftsprinzip in angemessener Weise Rechnung zu tragen (vgl. Urteil des

BGer 2C_776/2013 vom 27. Mai 2014 E. 3.3.5, auszugsweise publ. in: BGE 140 II 384, Sanktion Spielbankengesetz).

IV.3.3.1. Rechtscharakter und Rechtsgrundlage

94 Obschon der Nemo-tenetur-Grundsatz grundsätzlich anerkannt ist, besteht keine übereinstimmende Ansicht über seinen Rechtscharakter und die damit einhergehende Rechtsgrundlage. Einerseits wird der Grundsatz als Ausdruck des Persönlichkeitsrechts qualifiziert und dementsprechend unmittelbar aus dem Gleichheitsanspruch (so noch BGE 121 II 273 E. 3a; 109 Ia 166 E. 2b; 106 Ia 7 E. 4) oder dem Persönlichkeitsrecht eines Menschen abgeleitet (vgl. Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts [BVerfG] 1 BvR 116/77 Bd. 56 vom 13. Januar 1981 S. 37; FLACHSMANN/WEHRENBERG, Aussageverweigerungsrecht und Informationspflicht, SJZ 97/2001 S. 315; ROBERT HAUSER, Zum Schweigerecht des Beschuldigten, ZBJV 131/1995 S. 531). Andererseits wird er zum Kernbereich des Rechts auf ein faires Verfahren gezählt, wobei die Ableitung sowohl im Rahmen der Europäischen Menschenrechtskonvention als auch der Bundesverfassung grundsätzlich unter Anerkennung als eigenständiger Verfahrensgrundsatz aus Art. 6 Abs. 1 EMRK beziehungsweise Art. 29 BV erfolgt ([…] Saunders gegen Vereinigtes Königreich vom 17. Dezember 1996, 19187/91, Ziff. 68; Heaney & McGuinness gegen Vereinigtes Königreich vom 21. Dezember 2000, 34720/97, Ziff. 40; J.B. gegen Schweiz vom 3. Mai 2001, 31827/96, Ziff. 64; Allen gegen Vereinigtes Königreich vom 10. September 2002, 76574/01, Ziff. 1; Allan gegen Vereinigtes Königreich vom 5. November 2002, 48539/99, Ziff. 44; Weh gegen Österreich vom 8. April 2004, 38544/97, Ziff. 39; Shannon gegen Vereinigtes Königreich vom 4. Oktober 2005, 6563/03, Ziff. 32; Jalloh gegen Deutschland vom 11. Juli 2006, 54810/00, Ziff. 123; O'Halloran und Francis gegen Vereinigtes Königreich vom 29. Juni 2007, 15809/02, Ziff. 63; Marttinen gegen Finnland vom 21. April 2009, 19235/03, Ziff. 60). Verschiedentlich wird dabei auch der enge Zusammenhang zur Unschuldsvermutung gemäss Art. 6 Abs. 2 EMRK beziehungsweise Art. 31 BV betont (vgl. Urteile Heaney & McGuinness Ziff. 40; Saunders Ziff. 68; MEYER-LADEWIG, a.a.O., Art. 6 N. 131). Eine ausdrückliche völker- und verfassungsrechtliche Statuierung hat der Grundsatz allerdings nur in Art. 14 Abs. 3 Bst. g Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II, SR 0.103.2; in Kraft getreten für die Schweiz am 18. September 1992) erfahren (vgl. RIEDO/FIOLKA/NIGGLI,

Strafprozessrecht, 2011, Rn. 832). Da zum einen dessen Wortlaut (« [der wegen einer Straftat Angeklagte] darf nicht gezwungen werden, gegen sich selbst als Zeuge auszusagen oder sich schuldig zu bekennen ») auf besondere angelsächsische Rechtsinstitute abstellt (vgl. REGULA SCHLAURI, Das Verbot des Selbstbelastungszwangs im Strafverfahren, 2003, S. 81), die der schweizerischen Rechtsordnung systemfremd sind (vgl. SEILER, S. 15; kritisch auch BGE 140 II 384, Sanktion Spielbankengesetz, E. 3.3.6), und zum anderen keine einheitliche Judikatur für diese Vorschrift besteht, erfolgt die Konkretisierung des Rechtsgehalts des Nemo-tenetur-Grundsatzes in Praxis und Literatur im Wesentlichen über die Rechtsprechung zu Art. 6 EMRK sowie ergänzend zu Art. 29 BV und Art. 31 BV. Da den Vorschriften der Bundesverfassung in dieser Hinsicht kein weiter gehender Inhalt beigemessen wird, kann für eine Beurteilung im vorliegenden Zusammenhang ausschliesslich auf den Regelungsgehalt von Art. 6 EMRK abgestellt werden.

IV.3.3.2. Anwendbarkeit auf andere Rechtssubjekte

95 Ob und allenfalls in welchem Umfang sich auch juristische Personen – und allenfalls auch nicht rechtsfähige Rechts- und einfache Wirtschaftsgemeinschaften – auf den Nemo-tenetur-Grundsatz berufen können, ist umstritten. Die Beantwortung dieser Frage hängt auch von der rechtlichen Verortung des Grundsatzes ab. Die Ablehnung der Anwendung wird im Wesentlichen damit begründet, dass der Grundsatz letztlich Ausfluss der Menschenwürde sei, weshalb dessen Anerkennung zugunsten von juristischen Personen nicht sachgerecht wäre (vgl. GUNTHER ARZT, Schutz juristischer Personen vor Selbstbelastung, Juristenzeitung 9/2003 S. 457; HAUSER, a.a.O., S. 531). So hat denn auch das deutsche Bundesverfassungsgericht die Anwendung des Grundsatzes für juristische Personen unter Verweis auf die fehlende Menschenwürde ausdrücklich abgelehnt (vgl. Urteil des BVerfG 95, 220 vom 26. Februar 1997, in: Neue Juristische Wochenschrift 1997 S. 1841; vgl. auch BGE 140 II 384, Sanktion Spielbankengesetz, E. 3.3.4, wonach der fehlende Aspekt des Persönlichkeitsrechts bzw. der Menschenwürde immerhin zu einer Anwendungseinschränkung des Grundsatzes bei juristischen Personen und Unternehmen berechtigen soll). Die Befürworter einer Anwendung stellen demgegenüber auf den Verfahrensaspekt ab, wonach einer juristischen Person aus Gründen der Verfahrensfairness letztlich die gleichen verfahrensrechtlichen Garantien wie einer natürlichen Person zukommen sollten (vgl. GÜNTER HEINE, Quasi-Strafrecht und Verantwortlichkeit von

Unternehmen im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaften und der Schweiz, ZStrR 125/2007 S. 105, nachfolgend: Quasi-Strafrecht; *derselbe*, Praktische Probleme des Unternehmensstrafrechts, SZW 2005 S. 21; MARK PIETH, Strafverfahren gegen das Unternehmen, in: Festschrift für Albin Eser, 2005, S. 607). Die bislang ergangenen Entscheide des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zum Nemo-tenetur-Grundsatz betrafen soweit ersichtlich allesamt natürliche Personen. Auch wenn die Anwendung des Art. 6 EMRK auf juristische Personen in allgemeiner Weise bereits bestätigt wurde (vgl. E. 58 f.), lässt sich demzufolge keine abschliessende Beurteilung aufgrund der bestehenden Rechtsprechung vornehmen (kritisch hierzu auch SPITZ, a.a.O., S. 557). Die schweizerische Praxis ist bislang ohne nähere Erörterung von einer Geltung des Nemo-tenetur-Grundsatzes für juristische Personen ausgegangen (vgl. BGE 140 II 384, Sanktion Spielbankengesetz, E. 3.3.6; BVGE 2011/32, Terminierung Mobilfunk, E. 5.7.4.2).

96 Grundsätzlich wäre es durchaus denkbar, juristischen Personen eine Berufung auf den Nemo-tenetur-Grundsatz zumindest im Bereich eines Kartellverfahrens zu verwehren. Dies ist für öffentlich-rechtliche Körperschaften, die am Wirtschaftsverkehr teilnehmen, offensichtlich, weil es widersprüchlich und nicht verständlich wäre, weshalb einer staatlichen Organisationseinheit, die sich im Wettbewerb unrechtmässig verhalten hat, auch noch die Möglichkeit zustehen soll, die Mitwirkung an der Offenlegung dieses Verhaltens zu verweigern. Ähnliche Überlegungen können auch bei den privatrechtlich organisierten Handelsgesellschaften angestellt werden. Bei diesen Organisationsformen handelt es sich um reine Rechtskonstruktionen, deren Zulassung durch die Rechtsordnung allein darin zu sehen ist, verschiedene Aspekte des wirtschaftlichen Handelns zugunsten von natürlichen Personen zu erleichtern, wie etwa die Gestaltung des Haftungsrisikos. Deshalb wäre es durchaus vertretbar, von diesen Rechtskonstruktionen die Einhaltung der für eine Marktwirtschaft elementaren Wettbewerbsregeln in der Weise vorauszusetzen, dass eine sich daraus ergebende Mitwirkungspflicht nicht durch einen einfachen Hinweis auf das eigene unrechtmässige (Wettbewerbs-)Verhalten aufgehoben werden könnte. Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund, als die Rechtsordnung umfassende handelsrechtliche Vorschriften zur Führung und Aufbewahrung von Geschäfts- und Buchhaltungsunterlagen vorsieht, weshalb die entsprechenden wirtschaftlichen Informationen grundsätzlich vorhanden sind.

97 Allerdings ist zu beachten, dass im schweizerischen Kartellrecht mit dem Begriff des Unternehmens ganz unterschiedliche Organisationsformen als Kartellrechtssubjekte erfasst werden, die sich auch aus verschiedenen natürlichen und juristischen Personen zusammensetzen können. In Bezug auf diese Vielfalt kann eine Differenzierung, bei welchen Organisationsformen oder deren Gesellschaftern noch eine Berufung auf den Nemo-tenetur-Grundsatz zulässig sein soll und bei welchen nicht, nur noch schwerlich nach sachlich überzeugenden Kriterien vorgenommen werden. Daher könnte es aus Gründen der Verfahrensgerechtigkeit letztlich sachgerechter sein, auf eine solche prinzipielle Differenzierung zu verzichten und – wie vom Bundesgericht im Urteil Sanktion Spielbankengesetz (BGE 140 II 384, Sanktion Spielbankengesetz, E. 3.3.4) vorgesehen – eher Anpassungen im Rahmen einer konkreten Anwendung des Grundsatzes auf juristische Personen sowie nicht rechtsfähige Rechts- und einfache Wirtschaftsgemeinschaften vorzunehmen.

IV.3.3.3. Zweck und Inhalt

98 Der Nemo-tenetur-Grundsatz statuiert das Recht eines Beschuldigten, eigenverantwortlich über seine inhaltliche Mitwirkung an einem Strafverfahren zu entscheiden. Diese Entscheidung umfasst die Möglichkeit, entweder durch eigene Mitteilungen und sonstige Aufklärungshandlungen am Verfahren teilzunehmen oder auf eine entsprechende Mitwirkung zu verzichten, wobei diese Möglichkeit für verschiedene Aspekte auch selektiv in unterschiedlicher Weise ausgeübt werden kann (vgl. VIKTOR LIEBER, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, Art. 113 N. 1 und 19; RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, a.a.O., Rn. 834). Ein Beschuldigter entscheidet demzufolge selbst darüber, ob er – zumindest teilweise – Aussagen vornimmt oder schweigt (vgl. Urteile Marttinen Ziff. 73; Shannon Ziff. 38 f.), ob er Dokumente selbst herausgibt (vgl. Urteile Marttinen Ziff. 74; J.B. Ziff. 65; […]) und ob er sonstige Beweismittel zugänglich macht (zur Verabreichung eines Brechmittels zur Erlangung von verschluckten Drogenpäckchen vgl. Urteil Jalloh Ziff. 113 f.; zur Abgabe von Sprech-, Geh- oder Schriftproben vgl. NIKLAUS SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Aufl. 2013, Rn. 672). Daraus ergibt sich umgekehrt zulasten der Behörden, dass strafrechtliche Anklagen ohne Rückgriff auf Beweismittel geführt werden müssen, die durch Zwang oder Druck gegenüber dem Beschuldigten in Missachtung von dessen Willen erlangt wurden (vgl. Urteile Saunders Ziff. 68; Marttinen Ziff. 60; vgl. auch BGE 131 IV 36 E. 3.1 mit

Verweis auf Urteil J.B. und BGE 121 II 273 E. 3). Durch die Anerkennung des Nemo-tenetur-Grundsatzes soll ein Angeklagter vor missbräuchlichem Zwang seitens der Behörden geschützt werden. Dies dient der Vermeidung von Justizirrtümern sowie der Zielsetzung von Art. 6 EMRK, ein faires Verfahren sicherzustellen (vgl. Urteile Marttinen Ziff. 60; Allen Ziff. 1; Saunders Ziff. 68; BGE 131 IV 36 E. 3.1).

99 Durch die Geltendmachung des Nemo-tenetur-Grundsatzes darf dem Beschuldigten grundsätzlich auch kein Nachteil erwachsen. Allerdings ist es möglich, aus einem unterschiedlichen Aussageverhalten Rückschlüsse zu ziehen. Gleiches gilt für den Fall, dass unter den gegebenen Umständen eine Auskunft des Beschuldigten erwartet werden kann (vgl. Urteile des EGMR Murray gegen Grossbritannien vom 8. Februar 1996, 18731/91, Ziff. 45 f.; Condron gegen Grossbritannien vom 2. Mai 2000, 35718/97, Ziff. 61 f.; kritisch MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl. 2008, S. 986).

100 Der Schutzzweck des Nemo-tenetur-Grundsatzes hat auch in einem Verwaltungsverfahren mit strafrechtsähnlichen Sanktionen seine Berechtigung (vgl. Urteil J.B. Ziff. 63 f.; anderer Ansicht HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl. 2005, § 39 Rn. 14; SEILER, a.a.O., S. 18 f.), auch wenn das dadurch erzielte Ergebnis im Vergleich mit anderen Verwaltungsverfahren nicht vollständig zu befriedigen vermag. Der Grundsatz findet daher auch in derartigen Verfahren prinzipiell Anwendung (vgl. BOVET/SABRY, in: CR-Concurrence, a.a.O., Art. 42 N. 29 f.; STEPHAN BREITENMOSER, Grundrechtsschutz im Wettbewerbsrecht – ein Überblick, SZIER 2007 S. 433; LANG, a.a.O., Rn. 18; HANGARTNER, in: KG-Revision, a.a.O., S. 274; SPITZ, a.a.O., S. 557; WASER, a.a.O., S. 192).

IV.3.3.4. Zulässigkeit einer Einschränkung

101 Dem Nemo-tenetur-Grundsatz kommt allerdings keine absolute Geltung zu. Dies wurde vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte ausdrücklich festgehalten (vgl. Urteile O'Halloran und Francis Ziff. 53; Weh Ziff. 46; Heaney & McGuinness Ziff. 47). Vielmehr können sich aus verschiedensten Aspekten Einschränkungen seiner Geltung und Anwendung ergeben. Die jeweiligen Voraussetzungen solcher Einschränkungen sind bislang allerdings weder eindeutig festgelegt noch werden sie im Einzelfall kohärent angewendet (vgl. für eine konzise Übersicht SIMON

ROTH, Das Verhältnis zwischen verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten und dem Grundsatz « nemo tenetur se ipsum accusare », ZStrR 129/2011 S. 296 ff.). Insbesondere im Hinblick auf die Verwendung von Informationen, die vom Beschuldigten im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens den Behörden zugänglich gemacht wurden, besteht noch keine abschliessend geklärte Rechtslage.

102 Als Ausgangslage für die Beurteilung von Einschränkungen sind die nachfolgend aufgeführten allgemeinen Prämissen zu beachten: So wurde vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte im Urteil Saunders die grundlegende Einschränkung statuiert, dass der Anwendungsbereich des Nemo-tenetur-Grundsatzes nicht tangiert wird und von vornherein kein Verwertungsverbot besteht bei solchen Beweismitteln, die zwar mittels Zwangsmassnahmen beschafft wurden, die jedoch unabhängig vom Willen des Beschuldigten existieren (Urteile Saunders Ziff. 69; ebenso Jalloh Ziff. 113, « the use of which is generally not prohibited in criminal proceedings »; Urteil Marttinen Ziff. 69, « which fall outside the scope of the right »). Als Beispiele hierfür wurden in der Rechtsprechung bislang Dokumente, die aufgrund richterlicher Anordnung herauszugeben sind, sowie Atemluft-, Blut-, Urin- und DNA-Proben angeführt. Des Weiteren wurde mit dem Urteil Jalloh (Urteil Jalloh Ziff. 117; vgl. auch Urteil Allan Ziff. 44) die Beurteilung, ob im Einzelfall eine Massnahme, die in den Anwendungsbereich des Nemo-tenetur-Grundsatzes fällt, dessen Wesensgehalt in unzulässiger Weise aufhebt, an den folgenden Aspekten ausgerichtet: (i) der Art und des Ausmasses des ausgeübten Zwangs, (ii) der Bedeutung des öffentlichen Interesses an der Untersuchung und einer allfälligen Bestrafung des Beschuldigten, (iii) dem Vorhandensein von verfahrensrechtlichen Sicherungen, um gegen die Beweisverwertung vorzugehen, und (iv) der Verwendung der erlangten Beweise und deren Bedeutung im Verfahren.

103 Im Hinblick auf die Verwendung von Informationen, die im Rahmen von Verwaltungsverfahren bekannt gemacht oder ermittelt wurden, sind die folgenden spezifischen Prämissen zu beachten: Eine Verwendung von Informationen, welche die Behörde im Rahmen von gesetzlich vorgesehenen Ermittlungsmassnahmen wie Hausdurchsuchungen, Beschlagnahmen oder Zeugenvernehmungen erlangt haben, liegt ausserhalb des Anwendungsbereichs des Nemo-tenetur-Grundsatzes, weshalb kein entsprechendes Verwertungsverbot besteht. Im Rahmen von Verwaltungsver-

fahren stellen Auskunftspflichten gegenüber Behörden eine übliche Massnahme dar und umfassen einen weiten Anwendungsbereich in den verschiedensten Gebieten (vgl. Urteile Marttinen Ziff. 68; Shannon Ziff. 32; Weh Ziff. 45). Dies gilt auch für finanzielle und geschäftliche Angelegenheiten (vgl. Urteile Allen Ziff. 1, « financial or company affairs »; Saunders Ziff. 67, « financial and commercial activities »). Denn solche Auskunftspflichten sind vielfach eine notwendige Massnahme zur funktionsgerechten Behandlung eines Sachgebiets (vgl. Urteil Allen Ziff. 1; vgl. auch E. 80 f.). Dabei ist zu berücksichtigen, dass ein Rechtssubjekt, welches eine Tätigkeit in einem Bereich ausübt, der im öffentlichen Interesse eine gewisse Regulierung erfahren hat, durch die Ausübung der Tätigkeit den dadurch entstehenden Rechten und Pflichten zugestimmt hat (vgl. Urteil O'Halloran und Francis Ziff. 57). Der Nemo-tenetur-Grundsatz verbietet auch nicht den Einsatz von Zwangsmitteln zur Erlangung von entsprechenden Informationen, vielmehr kann auch ein mittels Verwaltungsstrafen ausgeübter Zwang gerechtfertigt sein (vgl. Urteile Allen Ziff. 1; O'Halloran und Francis Ziff. 55 ff.). Soweit ein Verwaltungverfahren keine strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 EMRK zum Gegenstand hat oder in Zusammenhang mit einer solchen Anklage durchgeführt wird, ergibt sich für eine vorgesehene Auskunftspflicht auch keine Beschränkung durch den Nemo-tenetur-Grundsatz (vgl. Urteile Marttinnen Ziff. 68; Shannon Ziff. 32; Allen Ziff. 1; Weh Ziff. 45). Soweit ein Auskunftspflichtiger seiner Auskunftspflicht nicht wahrheitsgemäss nachkommt, um etwa die Aufdeckung von bestimmten Umständen zu vermeiden, welche wiederum zu einer Bestrafung hätten führen können, ist eine spätere Berufung auf den Nemo-tenetur-Grundsatz ebenfalls nicht möglich (vgl. Urteile Shannon Ziff. 45; Allen Ziff. 1; Weh Ziff. 45). Denn der Nemo-tenetur-Grundsatz bietet keine generelle Immunität gegenüber Handlungen, die von der Absicht geprägt sind, Untersuchungen der zuständigen Behörden zu behindern, zu verhindern oder zu vermeiden (vgl. Urteil Allen Ziff. 1). Soweit ein laufendes Verwaltungsverfahren aber in einem inhaltlichen Zusammenhang zu einem bereits laufenden oder unmittelbar drohenden Strafverfahren steht, beschränkt der Nemo-tenetur-Grundsatz eine verwaltungsrechtliche Auskunftspflicht im Hinblick auf diese Angelegenheit (vgl. Urteile Marttinen Ziff. 72 f.; Funke Ziff. 44; J.B. Ziff. 39 und 54).

IV.3.3.5. Einschränkungen

104 Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen ergeben sich auch aus dem vorliegenden Sachverhalt massgebliche Einschränkungen einer Geltendmachung des Nemo-tenetur-Grundsatzes. Unter Berücksichtigung der vorstehend dargestellten Prämissen unterstehen nämlich folgende Informationen von vornherein keinem Verwertungsverbot im Rahmen von kartellverwaltungsrechtlichen Sanktionsverfahren: (i) Angaben rein tatsächlicher Art, (ii) Daten aus einer vorgängigen Rechtssache, (iii) Daten aufgrund von Informationspflichten einer ordnungsgemässen Geschäftsführung, (iv) Daten aufgrund von Dokumentationspflichten in konzessionierten Bereichen, sowie (v) selbst eingebrachte Informationen.

105 *(i) Angaben rein tatsächlicher Art:* Eine Einschränkung des Nemo-tenetur-Grundsatzes besteht in einer Differenzierung hinsichtlich der geschützten Informationen zwischen Angaben rein tatsächlicher Art (Tatsachen und Geschehnisse) sowie Angaben, durch die ein Unternehmen ein wettbewerbswidriges Verhalten eingestehen müsste (vgl. KRAUSKOPF/SCHALLER/BANGERTER, in: CH-EU-Wettbewerbsrecht, a.a.O., Rn. 12.20). Eine solche Differenzierung wird im Einzelfall allerdings wohl nur mit Schwierigkeiten umgesetzt werden können, auch wenn der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in einzelnen Urteilen zumindest bei geringfügigeren Vorwürfen eine Auskunftspflicht zu Tatsachen für zulässig qualifiziert hat (vgl. Urteile O'Halloran und Francis Ziff. 57; Weh Ziff. 53 f.).

106 Die Notwendigkeit einer solchen Differenzierung wird damit begründet, dass eine Selbstbelastung bei Angaben über reine Tatsachenabläufe nicht vorliegen würde und ansonsten eine sachgerechte Aufklärung eines Kartellrechtssachverhalts unter Berücksichtigung der Wettbewerbskomplexität nicht möglich sei, weshalb die Anwendbarkeit der materiellen Bestimmungen des Kartellgesetzes in unverhältnismässiger Weise erschwert werden würde (vgl. KRAUSKOPF/EMMENEGGER, in: Praxiskommentar, a.a.O., Art. 13 N. 70; TAGMANN, a.a.O., S. 119; ausdrücklich offengelassen in BVGE 2011/32, Terminierung Mobilfunk, E. 5.7.5). Danach müsste ein Unternehmen etwa angeben, zu welchen Zeiten und an welchen Orten Gespräche mit einem Konkurrenten stattgefunden haben, während es über den Inhalt dieser Gespräche keine Angaben machen müsste. Zur Bestätigung dieser Differenzierung wird darauf hingewiesen, dass die EU-Wettbewerbsgerichte eine derartige Unterscheidung in nunmehr ständiger Rechtsprechung ebenfalls vornehmen (vgl. Urteile des

EuGH vom 25. Januar 2007 C–407/04 P Kommission/Dalmine, Slg. 2007 I-829 Rn. 34; vom 18. Oktober 1989 C–374/87 Kommission/Orkem, Slg. 1989 Rn. 34 f.; vgl. zur Kritik STEFAN LORENZMEIER, Kartellrechtliche Geldbussen als strafrechtliche Anklage im Sinne der Europäischen Menschenrechtskonvention, ZIS [Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik] 2008 S. 28; SCHWARZE/BECHTOLD/BOSCH, Rechtsstaatliche Defizite im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft – Eine kritische Analyse der derzeitigen Praxis und Reformvorschläge, 2008, S. 31 ff., < http://ec.europa.eu/competition/consultations/2008_regulation_1_2003/gleiss_lutz_de.pdf >, abgerufen am 27.8.2015). Danach kann die EU-Kommission ein Unternehmen gegebenenfalls durch Entscheidung verpflichten, ihr alle erforderlichen Auskünfte über ihm eventuell bekannte Tatsachen zu erteilen, nicht jedoch Antworten zu geben, durch welche es eine Zuwiderhandlung eingestehen müsste, für welche die Kommission nachweispflichtig ist.

107 Andere Ansichten lehnen eine solche Differenzierung ab, weil eine Unterscheidung zwischen Tatsachenaussagen und Aussagen mit Geständnischarakter rein theoretischer Natur sei und sich mit den strafprozessualen Mindestgarantien nicht vereinbaren lasse (vgl. LANG, a.a.O., Rn. 21; NIGGLI/RIEDO, in: BSK-KG, a.a.O., Vor Art. 49*a*–53 N. 260).

108 Hierzu ist zunächst zu beachten, dass der Verweis auf die entsprechende Praxis der EU-Gerichte und der EU-Wettbewerbsbehörden für die Beurteilung dieser Sachfrage durch ein schweizerisches Gericht unerheblich ist. Denn die Europäische Union ist nicht Vertragsstaat der Europäischen Menschenrechtskonvention und kann es gemäss dem Gutachten des Europäischen Gerichtshofs auf absehbare Zeit auch nicht werden (vgl. Gutachten 2/13 des EuGH vom 18. Dezember 2014 nach Art. 218 Abs. 11 AEUV zur Vereinbarkeit des Entwurfs eines internationalen Übereinkommens über den Beitritt der Europäischen Union zur EMRK), weshalb die EMRK kein Rechtsinstrument darstellt, welches formell in die Unionsrechtsordnung übernommen worden ist (vgl. so bereits Urteil C–295/12 P Rn. 41). Obwohl Art. 6 Abs. 3 EUV vorsieht, dass die durch die EMRK anerkannten Grundrechte als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts sind, unterstehen die Urteile der EU-Gerichte sowie die damit einhergehende Verwaltungspraxis der EU-Wettbewerbsbehörden demnach keiner Kontrolle durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte. Die entsprechende Praxis ist demzufolge nicht notwendigerweise deckungsgleich mit der Konventionspraxis und sie kann sich auch gegenüber

anderslautenden Präjudizien als jenen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ausbilden (vgl. so im Ergebnis bereits BREITENMOSER, a.a.O., S. 433 und Fn. 128).

109 Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat in mehreren Urteilen zum einen ausdrücklich festgehalten, dass sich eine Beschränkung der Grundsätze eines fairen Verfahrens gemäss Art. 6 EMRK weder aufgrund der Komplexität einer Materie noch der Notwendigkeit einer Mitwirkung des Betroffenen für eine inhaltlich korrekte Feststellung des massgeblichen Sachverhalts rechtfertigen lässt (vgl. Urteile Marttinen Ziff. 74; Heaney & McGuinness Ziff. 57; Saunders Ziff. 74, « [...] apply to criminal proceedings to all types of criminal offences without distinction from the most simple to the most complex. »). Zum anderen hat er ausdrücklich darauf hingewiesen, dass eine Unterscheidung zwischen reinen Tatsachenaussagen und Eingeständnissen ausgeschlossen ist, wenn die reinen Tatsachenaussagen zu einem späteren Zeitpunkt im Verfahren zu belastenden Aspekten umfunktioniert werden und damit zum Nachteil des Beschuldigten geraten können (vgl. Urteil Saunders Ziff. 71; im Ergebnis ebenso Urteil Shannon Ziff. 37).

110 Eine entsprechende Differenzierung kann demzufolge nur dann vorgenommen werden, wenn von vornherein ausgeschlossen werden kann, dass die reinen Tatsachenaussagen nicht zu einem späteren Zeitpunkt doch noch eine belastende Rolle in der Beweisführung der Vorinstanz oder der Rechtsmittelgerichte spielen. Dies wird im Regelfall jedoch nur für gewisse einzelne allgemeine Informationen, wohl aber nicht für den überwiegenden Teil der durch die Wettbewerbsbehörden erhobenen und verwendeten spezifischen Informationen möglich sein. Eine generelle Qualifizierung von bestimmten einzelnen Informationen, inwieweit deren Verwendung im Verfahren zulässig wäre, kann angesichts der durch die Europäische Menschenrechtskonvention vorgegebenen Prämissen jedenfalls ausgeschlossen werden, weshalb im Einzelfall eine Beurteilung der jeweils vorliegenden konkreten Umstände vorzunehmen ist (vgl. im Ergebnis so bereits BVGE 2011/32, Terminierung Mobilfunk, E. 5.7.5.1).

111 *(ii) Daten aus einer vorgängigen Rechtssache:* Der Nemotenetur-Grundsatz erfasst von vornherein keine Erklärungen, die ein Auskunftspflichtiger im Rahmen sonstiger Rechtsangelegenheiten zu einem früheren Zeitpunkt gegenüber Behörden und privaten Dritten aufgrund von gesetzlich angeordneten Erklärungspflichten – einschliesslich von öffentlich-rechtlichen Auskunftspflichten – abgegeben hat (nachfolgend:

vorgängige Rechtssache). Sämtliche Informationen, die sich aus diesen Erklärungen ergeben, und Dokumente, die formal oder inhaltlich als Bestandteil dieser Erklärungen zu gelten haben, werden nicht vom Verwertungsverbot des Nemo-tenetur-Grundsatzes erfasst. Die jeweiligen Dokumente unterstehen in einem anderen (Kartell-)Verfahren somit einer Editionspflicht des Auskunftspflichtigen. Informationen und Dokumente, die ein Auskunftspflichtiger ohne Verweis auf eine Auskunftsverweigerung auf der Grundlage des Nemo-tenetur-Grundsatzes erteilt hat, können daher in einem nachfolgenden Verwaltungsverfahren verwendet werden, auch wenn dieses mit einer Sanktionierung verbunden ist, die strafrechtsähnlichen Charakter im Sinne von Art. 6 EMRK aufweist.

112 Als vorgängige Rechtssachen gelten dabei alle Verfahren, deren Gegenstand eine andere Angelegenheit betreffen als das nachfolgende Verfahren. Demgegenüber ergibt sich aus einer rein funktionalen oder behördenorganisatorischen Aufteilung der administrativen und strafrechtlichen Behandlung ein und derselben Angelegenheit in ein verwaltungsrechtliches und ein strafrechtliches Verfahren keine vorgängige Rechtssache im vorliegenden Sinne.

113 In Bezug auf Unternehmen im Sinne von Art. 2 KG handelt es sich bei derartigen Erklärungen etwa um Anmeldungen zum Handelsregister, im Schweizerischen Handelsamtsblatt publikationspflichtige Vorgänge, gesellschaftsrechtliche Handlungen und Erklärungen, Steuererklärungen oder sonstige Eingaben gegenüber Behörden, Meldungen gegenüber gewerblichen, technischen oder sonstigen Aufsichtsbehörden sowie Eingaben in sonstigen Verwaltungsverfahren. Daher sind die mit diesen Erklärungen formal oder inhaltlich verbundenen Dokumente von den Unternehmen herauszugeben. Eine Zurückbehaltung derartiger Dokumente durch die Unternehmen unter Geltendmachung des Nemo-tenetur-Grundsatzes ist ausgeschlossen. Daher hat ein Unternehmen sämtliche Unterlagen, die etwa in Zusammenhang mit einer bereits eingereichten Handelsregisteranmeldung oder Steuererklärung stehen, gegenüber den Wettbewerbsbehörden herauszugeben.

114 Der Schutzzweck des Nemo-tenetur-Grundsatzes erfasst derartige Erklärungen von vornherein nicht. Der Grundsatz dient vielmehr dazu, dass ein Auskunftspflichtiger die Mitwirkung an einem Verfahren verweigern kann, weil er sich durch eine erzwungene Aussage oder die Herausgabe von Dokumenten nicht selbst belasten muss. Als Folge davon

haben die Behörden die notwendigen Informationen durch eigene Ermittlungsmassnahmen festzustellen (vgl. Urteil Saunders Ziff. 68). Der Schutzzweck des Grundsatzes besteht aber nicht darin, einen Auskunftspflichtigen vor allen möglichen Folgen einer einmal von ihm abgegebenen Erklärung und herausgegebenen oder mit dieser in Zusammenhang stehenden Dokumenten zu schützen.

115 Dies gilt grundsätzlich unabhängig davon, ob der Auskunftspflichtige im Rahmen der vorgängigen Rechtssache auf sein Recht zur Verweigerung der Mitwirkung hingewiesen wurde. Denn die entsprechende Hinweispflicht ist ausschliesslich für das Verfahren der vorgängigen Rechtssache beziehungsweise eine mit der Abgabe der Erklärung unmittelbar in Zusammenhang stehende Straftat von Bedeutung. Es besteht kein allgemeiner Anspruch darauf, dass der Inhalt einer von einem Auskunftspflichtigen einmal abgegebenen Erklärung nicht in einem anderen Zusammenhang Verwendung finden darf. Es ist auch nicht notwendig, dass der Auskunftspflichtige in jedem Fall rein prophylaktisch und unbestimmt, aber umfassend, darauf hingewiesen wird, dass seine Erklärung zu einem späteren Zeitpunkt einmal in einem Strafverfahren oder einem Verwaltungsverfahren mit strafrechtsähnlichen Sanktionen relevant werden könnte. Da zum Zeitpunkt der Auskunftserteilung weder ein Verdacht auf eine konkrete Straftat vorhanden noch ein Strafverfahren anhängig sind, kann der Auskunftspflichtige auch keine konkrete Entscheidung über Art und Umfang seiner Mitwirkung vornehmen.

116 Eine Rechtsordnung würde sich faktisch aufheben und der Lächerlichkeit preisgeben, wenn sie zuliesse, dass Angaben eines Auskunftspflichtigen, welche dieser freiwillig vorgenommen hatte, ohne von seinem Anspruch auf Verweigerung der Mitwirkung wegen eines allfälligen strafrechtlichen Verhaltens Gebrauch gemacht zu haben, zu einem späteren Zeitpunkt in einem anderen Verfahren nicht mehr verwertbar wären, weil sich der Auskunftspflichtige dann auf den Nemo-tenetur-Grundsatz und die sich daraus ergebende Verweigerung einer Mitwirkung berufen könnte, nachdem er die Strafwürdigkeit seines Verhaltens entdeckt oder festgestellt hat, dass seine ursprüngliche Verhaltensstrategie nicht zum Ziel führt. Denn dadurch könnte die Beantwortung von behördlich angeforderten Auskünften von vornherein in beliebiger Weise wahrheitswidrig erfolgen, weil eine spätere Verwertung immer dadurch ausgeschlossen werden könnte, indem der Auskunftserteilende auf eine – unter Umständen sogar wiederum nur wahrheitswidrig behauptete – strafrechtliche Verstrickung

verweist. Ein solches Verhalten und der damit verbundene Zustand sind in einer freiheitlichen rechtsstaatlichen Grundordnung von vornherein auszuschliessen. Denn wirtschaftliche und sonstige Handlungsfreiheiten können einem Einzelnen innerhalb einer Rechtsgemeinschaft nur dann und in dem Umfang eingeräumt werden, in dem die einzelnen Handlungen je nach Grad ihres Gefährdungspotenzials oder ihrer Sozialschädlichkeit für die anderen Mitglieder der Rechtsgemeinschaft einer ausreichenden Kontrolle und Genehmigung unterworfen werden. Unter Berücksichtigung des verfassungsmässigen Verhältnismässigkeitsprinzips stellt die Auskunftspflicht dabei das mildere Mittel gegenüber sonstigen Kontrollmassnahmen dar, welche die Behörden mit Zwang durchsetzen können. Deshalb ist die Rechtsgemeinschaft in allen Fällen, in denen dies sachlich gerechtfertigt ist, auf die Verankerung einer Auskunftspflicht beschränkt. Diesem notwendigen und mildesten Mittel für eine sachgerechte Abgrenzung spezifischer Handlungsfreiräume kann demzufolge aber nicht durch die nachträgliche Geltendmachung einer – gegebenenfalls nur konstruierten – Mitwirkungsverweigerung die notwendige Anwendungsgrundlage entzogen werden.

117 Im Übrigen bestehen derartige Informationen nach ihrer freiwilligen Preisgabe im Sinne der Saunders-Doktrin des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte unabhängig vom Willen des Beschuldigten und unterstehen somit nicht mehr dem Anwendungsbereich des Nemo-tenetur-Grundsatzes. Zudem würde hinsichtlich des Erklärungsinhalts ein Verzicht des Auskunftspflichtigen auf sein Recht zur Verweigerung der Mitwirkung vorliegen (vgl. E. 125 f.).

118 *(iii) Daten aufgrund von Dokumentationspflichten ordnungsgemässer Geschäftsführung:* Aus dem gleichen Grund ergibt sich auch aus den gesetzlich vorgesehenen Dokumentationspflichten einer ordnungsgemässen Geschäftsführung eine Einschränkung des Nemo-tenetur-Grundsatzes.

119 So sehen die Vorschriften über die kaufmännische Buchführung und Rechnungslegung, die ab dem 1. Januar 2013 rechtsformübergreifend in den Art. 957–963*b* OR – und vor dieser Zeit in unterschiedlichen Vorschriften – statuiert wurden, eine allgemeine Verpflichtung zur Erstellung, Führung und Aufbewahrung von bestimmten Geschäftsunterlagen vor. Danach hat ein handelsrechtliches Unternehmen die Geschäftsbücher und Buchungsbelege sowie bei Bestehen der Buchführungs- und Rechnungs-

legungspflicht den Geschäftsbericht und den Revisionsbericht ordnungsgemäss zu erstellen und während einer Dauer von zehn Jahren aufzubewahren. Unter dem Begriff « Geschäftsbücher » ist die Buchhaltung (Hauptbuch, Kontenaufstellung, Journal sowie allfällige Hilfsbücher wie Lohn-, Debitoren- und Kreditorenbuchhaltung, Warenbestände) zu verstehen. Als Buchungsbelege gelten alle Dokumente einschliesslich von Geschäftskorrespondenz, die eine relevante Information für eine Buchung enthalten und dadurch als Nachweis für die Richtigkeit einer Buchung dienen. Der Geschäftsbericht umfasst die Jahresrechnung (Bilanz, Erfolgsrechnung, Anhang, ggf. Geldflussrechnung), gegebenenfalls einen Lagebericht bei Unternehmen, die der ordentlichen Revision unterstehen, sowie gegebenenfalls eine Konzernrechnung. Die Verpflichtung zur Aufbewahrung der sonstigen Geschäftskorrespondenz, welche nicht mit einem Sachverhalt in Zusammenhang steht, der einer Buchung zugrunde liegt, muss ungeachtet ihrer Aufhebung seit dem 1. Januar 2013 angesichts der gesetzlichen Aufbewahrungsdauer von zehn Jahren demzufolge noch mindestens bis zum 31. Dezember 2022 beachtet werden.

120 Handelsrechtliche Unternehmen sind daher aufgrund öffentlicher Interessen zur Erstellung und Aufbewahrung besonderer, inhaltlich spezifizierter Unterlagen verpflichtet, die einen gewissen Überblick über ihre Geschäftstätigkeit für einen längeren Zeitraum ermöglichen. Hierbei handelt es sich um Informationen, die im Sinne der Saunders-Doktrin des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte unabhängig vom Willen des Auskunftspflichtigen vorhanden sind und demzufolge dem Nemotenetur-Grundsatz nicht unterstehen.

121 *(iv) Daten aufgrund von Dokumentationspflichten in konzessionierten Bereichen:* Für den Bereich von konzessionierten Betrieben hat das Bundesgericht bereits bestätigt, dass die Dokumentationspflicht eine Einschränkung des Nemo-tenetur-Grundsatzes darstellt (vgl. BGE 140 II 384, Sanktion Spielbankengesetz, E. 3.3.4). Danach umfasst der Geltungsbereich des Nemo-tenetur-Grundsatzes nicht diejenigen Informationen in Unterlagen, zu deren Führung beziehungsweise Anlage juristische Personen und Unternehmen in einem konzessionsrechtlichen Aufsichtsverfahren gesetzlich verpflichtet sind. Könnte der Staat auf diese Unterlagen trotz entsprechender gesetzlicher Grundlagen nicht mehr zurückgreifen, würde eine aufsichts- und damit verbundene strafrechtsähnliche Durchsetzung der materiellen gesetzlichen Pflichten in beaufsichtigten Wirtschaftsbereichen (z.B. Finanzmarkt, Spielbanken etc.) praktisch verunmöglicht.

Daher stellt die Herausgabe von sachverhaltsbezogenen Unterlagen und Dokumenten gegenüber der zuständigen Aufsichtsbehörde zur Prüfung der gesetzlichen Bewilligungs- beziehungsweise Konzessionsanforderungen keine Zwangsmassnahme dar, die gegen den Willen des beaufsichtigten Unternehmens erfolgt. Zudem hat sich ein beaufsichtigtes Unternehmen mit Beantragung und Ausübung der jeweiligen Bewilligung den Voraussetzungen und Bedingungen der jeweiligen Auskunftspflicht unterworfen (vgl. Urteil O'Halloran und Francis Ziff. 57).

122 *(v) Selbst eingebrachte Informationen:* Dem Nemo-teneur-Grundsatz unterstehen von vornherein keinerlei Informationen, welche von einem Unternehmen in ein Kartellsanktionsverfahren selbst eingebracht werden, ohne dass die Wettbewerbsbehörde oder ein Rechtsmittelgericht diese Informationen angefordert hatte. Gleiches gilt für Informationen, zu deren Nutzung durch die Kartellbehörden ein Unternehmen zugestimmt hat.

123 *(vi) Zusammenfassung:* Im vorliegenden Verfahren liegen keine Anhaltspunkte vor, wonach die entscheidungsrelevanten Informationen nicht durch die vorgenannten Einschränkungen abgedeckt werden. Entsprechende Argumente werden von den Beschwerdeführerinnen auch nicht vorgebracht. Die im Verfahren verwendeten Informationen gründen vielmehr im Wesentlichen auf solchen Informationen, welche die Beschwerdeführerinnen im Rahmen ihrer Dokumentationspflichten einer ordnungsgemässen Geschäftsführung erstellt haben. Darüber hinaus wurden im Verfahren öffentlich bekannte und allgemein zugängliche Informationen sowie von den Beschwerdeführerinnen selbst in das Verfahren eingebrachte Informationen berücksichtigt. Die von den Beschwerdeführerinnen im Rahmen früherer Kartellverwaltungs- oder sonstiger Verwaltungsverfahren mitgeteilten Informationen, von denen die Vorinstanz als zuständige Wettbewerbsbehörde oder als Gutachterin für die sektorspezifischen Regulierungsbehörden des Bundesamts für Kommunikation (BAKOM) oder der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom) Kenntnis erlangt hatte, konnten aufgrund der vorstehend dargestellten Einschränkung der vorgängigen Rechtssache ohne Weiteres im vorliegenden Kartellsanktionsverfahren Verwendung finden. Dabei ist aber nicht ersichtlich, dass eine solche Verwendung überhaupt stattgefunden hat. Darüber hinaus mussten die Beschwerdeführerinnen auch keine Angaben machen, mit denen sie die Wettbewerbswidrigkeit ihres Verhaltens unmittelbar eingestanden hätten.

124 Die entscheidungsrelevanten Informationen unterstehen aus diesen Gründen nicht einem Verwertungsverbot aufgrund des Nemo-tenetur-Grundsatzes. Selbst wenn aber davon auszugehen wäre, dass die vorstehend dargestellten Einschränkungen nicht einschlägig seien, ist jedenfalls die Verwertung der übermittelten Informationen dennoch zulässig, weil ein wirksamer Verzicht der Beschwerdeführerinnen auf die Geltendmachung des Nemo-tenetur-Grundsatzes vorliegt, wie nachfolgend aufgezeigt wird.

IV.3.3.6. Verzicht

125 Eine Geltendmachung des Nemo-tenetur-Grundsatzes im Rahmen eines Kartellverfahrens ist in jedem Fall ausgeschlossen, wenn ein Verzicht des Unternehmens auf sein Recht zur Verweigerung der Mitwirkung vorliegt, weil es seiner Auskunftspflicht freiwillig nachkommt.

126 Einem Unternehmen, das vonseiten einer Wettbewerbsbehörde eine Aufforderung zur Mitwirkung bei der Abklärung eines sanktionsbedrohten wettbewerblichen Sachverhalts durch die Beantwortung von Fragen und die Vorlage von Unterlagen erhält, kommt im Anwendungsbereich des Nemo-tenetur-Grundsatzes die Möglichkeit zu, wahlweise eine Mitwirkung unter Hinweis auf das Selbstbelastungsverbot zu verweigern oder auf die Geltendmachung dieses Einwands zu verzichten und sich freiwillig an der Untersuchung durch Erfüllung seiner gesetzlich vorgesehenen Mitteilungs- und Vorlagepflichten zu beteiligen. Diese Wahlmöglichkeit führt nicht automatisch dazu, dass ein Unternehmen die Mitwirkung verweigert, weil auch wesentliche Aspekte für eine Mitwirkung des Unternehmens sprechen; darauf wird auch in der Literatur übereinstimmend hingewiesen (vgl. SPITZ, a.a.O., S. 557, wonach sogar eine Mitwirkung sinnvoll sein kann, die über die Erfüllung der Auskunftspflicht gemäss Art. 40 KG hinaus geht, um in den Genuss einer reduzierten Sanktion zu gelangen). So besteht aufseiten der Unternehmen zunächst ein grundlegendes Interesse daran, dass ihre Reputation im Markt nicht beeinträchtigt wird. Dies hat zur Folge, dass die Unternehmen regelmässig bereits zu Beginn eines Verfahrens – nicht nur in Kartellrechtsfällen – ihre Kooperationsbereitschaft mitteilen und dies bei Sachverhalten von entsprechender Bedeutung auch öffentlich ankündigen. Dadurch wird gegenüber der Allgemeinheit der Eindruck vermittelt, dass das Unternehmen sowohl an der Aufdeckung als auch der Beseitigung eines allfällig vorliegenden Fehlverhaltens uneingeschränkt mitwirkt. In der Sache ist es für ein Unternehmen offensichtlich, dass die Wettbewerbsbehörden bei einer Verweigerung der

Mitwirkung unweigerlich gezwungen sind, von den im Kartellgesetz ausdrücklich vorgesehenen Untersuchungsmassnahmen einer Zeugenvernehmung, Hausdurchsuchung und Beschlagnahme Gebrauch zu machen, um in den Besitz der Informationen zu gelangen, welche für die Abklärung der Angelegenheit erforderlich sind (so ausdrücklich auch NIGGLI/RIEDO, in: BSK-KG, a.a.O., Vor Art. 49*a*–53 N. 265). Zeugenvernehmungen, Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen wirken sich allerdings äusserst belastend auf den operativen Betrieb eines Unternehmens aus, abgesehen von dem dadurch eintretenden negativen Eindruck in der Öffentlichkeit und einem dadurch bedingten Reputationsschaden für das Unternehmen. Zudem binden Zeugenvernehmungen personelle Ressourcen und betreffen Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen nicht nur die gesuchten entscheidungsrelevanten Informationen, sondern einen wesentlich weiteren Bereich an unternehmenseigener Infrastruktur und unternehmensinternen Materialien. Denn die Wettbewerbsbehörden müssen sich regelmässig in einem ersten Schritt zunächst einen Überblick verschaffen, um anschliessend in weiteren Schritten zu den entscheidungsrelevanten Informationen und deren Dokumentation im Unternehmen vorzudringen. Im Übrigen wird einem betroffenen Unternehmen durch eine aktive Mitwirkung ermöglicht, die angeforderten Informationen in Anbetracht des vorgeworfenen wettbewerblichen Fehlverhaltens in einer möglichst günstigen Weise darzustellen und – je nach Art und Umfang der Mitwirkung – unter Umständen in den Genuss einer Sanktionsmilderung oder Sanktionsbefreiung zu gelangen.

127 Aus diesen Gründen bedarf es im Einzelfall einer Abwägung des Unternehmens, von welcher Handlungsmöglichkeit es angesichts des konkreten Vorwurfs eines wettbewerblichen Fehlverhaltens und den sich daraus ergebenden Rechtsfolgen einerseits sowie der vorhandenen internen Kenntnis über das Vorliegen oder zumindest die Wahrscheinlichkeit des Auftretens eines solchen Fehlverhaltens andererseits Gebrauch machen möchte. Diese Abwägung manifestiert sich in der Entscheidung des Unternehmens, entweder gegenüber den Wettbewerbsbehörden die Mitwirkung unter Berufung auf das Selbstbelastungsverbot ausdrücklich zu verweigern oder freiwillig an der Abklärung der Angelegenheit mitzuwirken und den Wettbewerbsbehörden die erforderlichen Informationen zu erteilen und die damit zusammenhängenden Materialien vorzulegen. Das Unternehmen kann sich dabei auch dafür entscheiden, einerseits grundsätzlich die entsprechenden Informationen zu erteilen und Materialien vorzulegen,

andererseits aber die Beantwortung bestimmter Fragen abzulehnen. In diesem Fall muss jedoch die Berufung auf das Selbstbelastungsverbot mit Bezug auf einzelne Fragen ausdrücklich und unzweideutig erklärt werden; es ist dann auch nur hinsichtlich dieser Fragen bedeutsam. Soweit ein Unternehmen auf ein Auskunftsersuchen hin zwar einerseits Informationen erteilt und die zugehörigen Materialien vorlegt, sich andererseits aber gleichzeitig ausdrücklich und unzweideutig mit Bezug auf diese Informationen auf das Selbstbelastungsverbot beruft, so ist die Mitwirkung an dem jeweiligen Auskunftsersuchen massgeblich, während der Vorbehalt der Selbstbelastung als unbeachtlich zu qualifizieren ist. Denn für einmal übermittelte Informationen lässt sich nachträglich nicht mehr feststellen, ob ihre Ermittlung auch ohne Mitwirkung des Unternehmens ausschliesslich aufgrund von eigenständigen Untersuchungsmassnahmen der Wettbewerbsbehörden möglich gewesen wäre. Die vorstehenden Grundsätze gelten auch für allfällige spätere Auskunftsverlangen der Wettbewerbsbehörden im weiteren Verlauf des Kartellsanktionsverfahrens.

128 Ein Unternehmen bestätigt somit die freiwillige Erfüllung der Auskunftspflicht gemäss Art. 40 KG durch die Erteilung der erforderlichen Informationen und das Vorlegen zugehöriger Materialien. Die Freiwilligkeit einer Mitwirkung wird auch bereits dadurch bestätigt, dass ein betroffenes Unternehmen gegenüber der Öffentlichkeit oder der zuständigen Wettbewerbsbehörde ankündigt, in der jeweiligen Angelegenheit mit den Behörden zusammenzuarbeiten. Eine entsprechende Erklärung und/oder die (nachfolgende) Erteilung der Informationen schliesst die nachträgliche Geltendmachung einer Verletzung des Grundsatzes des Selbstbelastungsverbots hinsichtlich aller übermittelten Informationen aus. Ein solches Vorgehen des Unternehmens würde ein widersprüchliches Verhalten und demzufolge einen Verstoss gegen Treu und Glauben darstellen, weshalb es als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren wäre.

129 Die Freiwilligkeit der Mitwirkung wird nicht dadurch aufgehoben, dass die Wettbewerbsbehörden bei deren Verweigerung die in Art. 42 KG aufgeführten besonderen Untersuchungsmassnahmen durchführen können. Vorgängig zur Durchführung dieser Untersuchungsmassnahmen kann nicht mit Bestimmtheit vorhergesehen werden, ob die Wettbewerbsbehörden mittels Zeugenvernehmungen, Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen die gleiche Informationslage wie bei einer Mitwirkung des Unternehmens herstellen können. Daher besteht für ein Unternehmen,

welches ein tatsächlich vorhandenes wettbewerbswidriges Verhalten verschleiern will, durchaus eine Chance, dass die relevanten Aspekte im Rahmen der besonderen Untersuchungsmassnahmen von den Wettbewerbsbehörden nicht entdeckt oder nicht erkannt werden und daher der Nachweis des inkriminierten Verhaltens nicht gelingt. Ein Unternehmen hat demzufolge immer die Möglichkeit, die Beeinträchtigung des operationellen Betriebs, die mit der Durchführung der besonderen Untersuchungsmassnahmen verbunden ist, in Kauf zu nehmen, damit sich die Chance einer nicht gelingenden Aufdeckung des wettbewerbswidrigen Verhaltens realisieren kann. Zumindest aufgrund dieses Handlungsspielraums sowie der damit verbundenen Möglichkeit, eine individuelle kartellrechtliche Verteidigungsstrategie aufzubauen, qualifiziert die Wahl über das weitere Vorgehen als unbeeinflusste, eigenverantwortliche und damit freiwillige Entscheidung des Unternehmens.

130 Die Freiwilligkeit einer Mitwirkung des Unternehmens wird auch nicht dadurch aufgehoben, dass das Auskunftsersuchen der Wettbewerbsbehörde einen allgemeinen Hinweis auf die Verwaltungssanktion gemäss Art. 52 KG aufweist. Denn für den Fall, dass eine bestimmte Mitwirkung des Unternehmens aufgrund des Nemo-tenetur-Grundsatzes von den Wettbewerbsbehörden nicht rechtmässig eingefordert werden kann, ist auch die Androhung oder Verhängung einer Verwaltungssanktion von vornherein nicht rechtswirksam. Daher kann und muss ein Unternehmen das Risiko einer Sanktionierung gemäss Art. 52 KG auch nicht dadurch minimieren, indem es vorsorglich an der Abklärung des Sachverhalts mitwirkt, obwohl es sich eigentlich auf sein Recht zu schweigen berufen will. Der entsprechende Einwand der Beschwerdeführerinnen ist daher unbeachtlich.

IV.3.3.7. Belehrung

131 Die Möglichkeit zu einem Verzicht besteht unabhängig davon, ob das Unternehmen im Rahmen des Auskunftsersuchens durch die Wettbewerbsbehörden auf sein Recht zu schweigen ausdrücklich hingewiesen wurde oder nicht, weil eine entsprechende Verpflichtung der Wettbewerbsbehörden grundsätzlich nicht besteht.

132 Der Nemo-tenetur-Grundsatz umfasst nach herrschender Auffassung auch unabhängig von einem Freiheitsentzug grundsätzlich das Erfordernis, dass ein Beschuldigter in einem Strafverfahren bereits vor einer ersten Vernehmung auf sein Schweigerecht hinzuweisen ist (vgl. LIEBER, a.a.O., Art. 113 N. 13; FRANZ RIKLIN, StPO Kommentar, 2. Aufl. 2014,

Art. 113 N. 2). Der Grund für die Statuierung dieser formalen Hinweispflicht zulasten der (Strafverfolgungs-)Behörden besteht darin, dass ein Beschuldigter, der überraschend mit einem strafrechtlichen Vorwurf konfrontiert wird und üblicherweise keine Kenntnisse über die ihm in dieser Position zukommenden Rechte verfügt, zunächst in ausreichender Weise über sein Schweigerecht aufgeklärt werden muss, damit er von diesem Recht gegebenenfalls auch in wirksamer Weise Gebrauch machen kann. Denn der Inhalt einer einmal (unwissentlich) vorgenommenen Aussage lässt sich nachträglich nicht mehr aus der Welt schaffen.

133 Demgegenüber ist unklar, ob eine Belehrungspflicht auch im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens besteht (vgl. bejahend TAGMANN, a.a.O., S. 119 f.; SPITZ, a.a.O., S. 558; ablehnend KURT HAURI, Verwaltungsstrafrecht, 1998, Art. 39 Rn. 4).

134 Ganz offensichtlich ist diese für den Nemo-tenetur-Grundsatz massgebliche Ausgangslage jedenfalls im Rahmen eines Kartellverwaltungsverfahrens grundsätzlich nicht gegeben. Bei diesem handelt es sich seiner Natur und praktischen Ausgestaltung nach um ein schriftliches Verwaltungsverfahren. Seine Einleitung erfolgt grundsätzlich durch eine schriftliche Mitteilung an das betreffende Unternehmen, mit dem es über den Gegenstand und den Grund der Untersuchung informiert wird (zu den Ausnahmen vgl. E. 136). Dies gilt auch für Anfragen im Rahmen einer Vorabklärung gemäss Art. 26 KG. Für die Erfüllung der sich aus Art. 40 KG ergebenden Mitteilungs- und Vorlagepflichten wird dem Unternehmen eine Frist eingeräumt, die sich an Art und Umfang der angeforderten Informationen ausrichtet. Das Unternehmen kann ohne Weiteres um eine Erstreckung dieser Frist nachsuchen, die vonseiten der Wettbewerbsbehörden bei ausreichender Begründetheit auch regelmässig gewährt werden dürfte. Für die Ausarbeitung einer schriftlichen Stellungnahme steht einem Unternehmen somit ausreichend Zeit zur Verfügung. Zudem kann es vor Abgabe einer Stellungnahme ohne Schwierigkeiten eine juristische Beratung in Anspruch nehmen. Die Einholung von Rechtsrat und die damit verbundene Information über das Schweigerecht ist einem Unternehmen vor dem Hintergrund des Vorwurfs eines wettbewerbswidrigen Verhaltens und unter Berücksichtigung der bei ihm vorauszusetzenden Kenntnisse auch zumutbar (vgl. E. 596 f.), und zwar ungeachtet dessen, dass die Einschaltung juristischer Berater in der Praxis wohl auch ausnahmslos erfolgt. Einem betroffenen Unternehmen steht demzufolge grundsätzlich die Möglichkeit für eine überlegte und durch die Einholung von Rechtsrat fundierte

Entscheidung offen, ob es von seinem Schweigerecht Gebrauch machen will oder ob es an der Abklärung der Angelegenheit mitwirkt. Es besteht daher keinerlei Gefahr einer voreiligen und/oder unbedarften Auskunft vonseiten eines Unternehmens, deren Inhalt im Nachhinein nicht mehr beseitigt werden kann.

135 Für die zwingende Anerkennung eines notwendigen ausdrücklichen Hinweises auf das Recht eines Unternehmens zu schweigen besteht demzufolge auch unter Berücksichtigung sowohl der Ausgestaltung des Nemo-tenetur-Grundsatzes an die besonderen Verhältnisse von juristischen Personen sowie nicht rechtsfähigen Rechts- und einfachen Wirtschaftsgemeinschaften (vgl. E. 97; BGE 140 II 384, Sanktion Spielbankengesetz, E. 3.3.6) als auch der Anforderungen an eine Beschränkung dieses Grundsatzes (vgl. E. 102; Urteil Allan Ziff. 50 f.) von vornherein weder ein notwendiger sachlicher Bedarf noch wäre die Anerkennung eines Einwands durch das Unternehmen, es hätte aufgrund des fehlenden Hinweises nicht in effektiver Weise von seinem Schweigerecht Gebrauch machen können, interessengerecht.

136 Etwas anderes gilt ausnahmsweise jedenfalls dann, wenn die Wettbewerbsbehörden für die Betroffenen unangekündigte Massnahmen vornehmen, wie Zeugeneinvernahmen, Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen, mit deren Durchführung diese unmittelbar konfrontiert werden. In diesen Fällen hat die Behörde die unmittelbar involvierten Personen, bei denen es sich auch um Mitarbeiter eines Auskunftspflichtigen ohne Vertretungs- oder Handlungsvollmachten handeln kann, grundsätzlich auf das Auskunftsverweigerungsrecht ausdrücklich hinzuweisen.

IV.3.3.8. Zulässigkeit eines Verzichts

137 Die vorstehende rechtliche Qualifikation des Verhaltens eines Unternehmens bei seiner Mitwirkung im Kartellverfahren beruht auch nicht auf einem unzulässigen Verzicht des jeweiligen Kartellrechtssubjekts auf den Nemo-tenetur-Grundsatz.

138 Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte anerkennt die Möglichkeit eines wirksamen Verzichts des Grundrechtsträgers auf eine der durch Art. 6 EMRK statuierten Verfahrensgarantien (vgl. GRABENWARTER/PABEL, a.a.O., § 18 Rn 33). Ein solcher Verzicht kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen. Voraussetzungen für die Wirksamkeit des Verzichts sind die Kriterien der Freiwilligkeit und Eindeutigkeit der jeweiligen Erklärung, ein Mindestmass an verfahrensrechtlicher Absicherung

des Grundrechtsträgers sowie das Fehlen eines Widerspruchs gegenüber gewichtigen öffentlichen Interessen (vgl. Urteile des EGMR Håkonsson gegen Schweden vom 21. Dezember 1990, 11855/85, Ziff. 66; Poitrimol gegen Frankreich vom 23. November 1993, 14032/88, Ziff. 31; Sejdovic gegen Italien vom 1. März 2006, 56581/00, Ziff. 86; Hermi gegen Italien vom 18. Oktober 2006, 18114/02, Ziff. 73; Scoppola gegen Italien vom 17. September 2008, 102349/03, Ziff. 135).

139 Bei einer Mitwirkung in Bezug auf Auskunftsbegehren der Wettbewerbsbehörden in einem Kartellverfahren werden diese Voraussetzungen grundsätzlich erfüllt. Die Auskunftsbegehren der Wettbewerbsbehörden sind vorwiegend durch schriftliche Stellungnahmen des Unternehmens zu erfüllen, ergänzend können auch Befragungen von sachlich verantwortlichen Personen des Unternehmens durchgeführt werden. Sowohl für die Ausarbeitung von schriftlichen Stellungnahmen als auch die Vorbereitung von mündlichen Befragungen wird den Unternehmen eine an den Umständen des Einzelfalls ausgerichtete angemessene Frist eingeräumt. Einem betroffenen Unternehmen steht demzufolge die Möglichkeit für eine überlegte und durch die Einholung von Rechtsrat fundierte Entscheidung offen, ob es von seinem Schweigerecht Gebrauch machen will oder ob es an der Abklärung der Angelegenheit mitwirkt. Es besteht daher eine ausreichende verfahrensmässige Absicherung gegenüber einer vorschnellen oder nicht überlegten Entscheidung eines Unternehmens. Die Entscheidung zur Mitwirkung kann das Unternehmen ausschliesslich aufgrund seiner eigenen Interessenlage vornehmen. Durch den Verzicht eines Unternehmens auf das Selbstbelastungsverbot werden keine sonstigen wichtigen öffentlichen Interessen beeinträchtigt.

IV.3.3.9. Nachweis des Verzichts

140 Im vorliegenden Fall liegt ein wirksamer Verzicht der Beschwerdeführerinnen auf die Geltendmachung des Selbstbelastungsverbots durch die Swisscom-Gruppe vor. Die Wettbewerbsbehörden haben die Beschwerdeführerin 1 erstmalig mit Schreiben vom 10. Juni 2006 zur Beantwortung eines Fragenkatalogs aufgefordert. Die Erfüllung dieser Aufforderung wurde von der Beschwerdeführerin 2 mit Schreiben vom 19. Juni 2006 bestätigt, wobei ausdrücklich festgehalten wurde, « dieser Aufforderung kommt die Swisscom Fixnet AG gerne nach ». Auch den weiteren Aufforderungen der Wettbewerbsbehörden im Rahmen des vorinstanzlichen Informationsaustauschs sind die Beschwerdeführerinnen anstandslos nachgekommen ([…]). Die Beschwerdeführerinnen haben

– gemäss ihrem eigenen Vorbringen – somit sämtliche entscheidungsrelevanten Informationen freiwillig und ohne Vorbehalt des Selbstbelastungsverbots im Rahmen des Kartellverfahrens an die Wettbewerbsbehörden herausgegeben. Für die Beantwortung der Auskunftsbegehren einschliesslich einer juristischen Beratung stand den Beschwerdeführerinnen jeweils ausreichend Zeit zur Verfügung. Im Übrigen gehören die Beschwerdeführerinnen einem Grosskonzern an, der über eine eigene Rechtsabteilung verfügt, weshalb allfällige Abklärungen bereits intern vorgenommen werden konnten. Es sind daher keinerlei Anhaltspunkte ersichtlich, dass die Mitwirkung der Beschwerdeführerinnen am vorinstanzlichen Kartellverfahren nicht auf einer überlegten und fundierten Entscheidung beruhen würde, die freiwillig vorgenommen wurde. Der von den Beschwerdeführerinnen nunmehr nachträglich vorgebrachte Einwand, die entscheidungsrelevanten Informationen könnten nicht verwertet werden, weil sie vor Einreichung dieser Informationen nicht über das ihnen zustehende Schweigerecht aufgeklärt worden seien, ist daher unbeachtlich.

IV.3.4. Fazit

141 Die angefochtene Verfügung beruht demzufolge ausschliesslich auf solchen Informationen, Daten, Urkunden, Unterlagen und sonstigen Materialien, die von der Vorinstanz zur Begründung der vorinstanzlichen Verfügung aufgrund der durchgeführten Verfahrensmassnahmen rechtmässig herangezogen und verwertet werden konnten.

IV.4. Kognition des Bundesverwaltungsgerichts

142–145 (…)

146 Im Hinblick auf die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts sind die Aspekte des Prüfungsumfangs, der Prüfungsdichte und des Beweismasses zu unterscheiden.

IV.4.1. Prüfungsumfang

147 Wie vorstehend zur Rechtskonformität der Verfügungsbehörde ausgeführt wurde (vgl. E. 58 f.), setzt die Möglichkeit einer Sanktionierung durch eine Verwaltungsbehörde im Rahmen des Kartellverfahrens voraus, dass dieser Entscheid durch ein gerichtliches Organ (« organe judiciaire » / « judicial body ») überprüft werden kann, welches über eine vollständige Entscheidungsgewalt (« pleine juridiction » / « full jurisdiction ») verfügt. Die für diesen Zweck vorausgesetzte Entscheidungsgewalt verlangt eine umfasssende und uneingeschränkte Prüfungszuständigkeit

(vgl. Urteil Pramstaller Ziff. 41: « These include the power to quash in all respects, on questions in fact or law, the decision of the body below »), welche eine Überprüfung und mögliche Umgestaltung folgender Aspekte umfasst: alle tatsächlichen und rechtlichen Sachpunkte, die herangezogenen Beweismittel, die Verhältnismässigkeit der getroffenen Massnahmen sowie die Angemessenheit der ausgefällten Sanktionen (vgl. Urteile des EGMR Chevrol gegen Frankreich vom 13. Februar 2003, 49636/99, Ziff. 76 f. und 83; Silvester's Horeca Service gegen Belgien vom 4. März 2004, 47650/99, Ziff. 27 f.). Unter Berücksichtigung der zulässigen Möglichkeiten einer Ausgestaltung von Verwaltungsverfahren durch den nationalen Gesetzgeber (vgl. E. 61) kann die originäre Entscheidungsgewalt des gerichtlichen Organs durch die Vorschaltung eines Verwaltungsverfahrens demzufolge formal in eine Kontrollentscheidung umgestaltet werden, soweit sie dadurch inhaltlich nicht eingeschränkt wird und gegenüber dem Entscheid der Verwaltungsbehörde im Ergebnis prioritär bleibt.

148 Dies bedeutet umgekehrt allerdings nicht, dass das gerichtliche Organ seine eigene subjektive Ansicht zwingend an die Stelle der vorgeschalteten Verwaltungsbehörde setzen kann beziehungsweise setzen muss. Denn der Zweck von Art. 6 EMRK umfasst nicht die Notwendigkeit, dass ein Gericht die Auffassung der Verwaltungsbehörde durch seine eigene Meinung ersetzt (vgl. Urteil Sigma Radio Ziff. 153: « [...] that it is not the role of Article 6 of the Convention, to give access to a level of jurisdiction which can substitute its opinion for that of the administrative authorities »; bestätigt durch Urteil des EGMR Galina Kostova gegen Bulgarien vom 12. November 2013, 36181/05, Ziff. 59 f. m.w.H.). Vielmehr anerkennt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, dass einer Verwaltungsbehörde – insbesondere in speziellen Rechtsgebieten zur Wahrnehmung von öffentlichen Interessen – nach nationalem Recht ein Ermessensspielraum (« administrative discretion ») zugewiesen werden darf, solange die Ausübung dieser Entscheidungsgewalt durch eine gerichtliche Instanz auf das Vorliegen von objektiven Mängeln hin in ausreichender Weise überprüft werden kann (vgl. Urteile Kostova Ziff. 59 f.; Sigma Radio Ziff. 157).

149 Massgebend für die Beurteilung, ob ein Ermessensspielraum von Verwaltungsbehörden durch eine Gerichtsinstanz in ausreichender Weise (« sufficient jurisdiction ») überprüft werden kann, sind die konkreten Umstände des Einzelfalls (vgl. Urteile Kostova Ziff. 60; Sigma Radio

Ziff. 155), anhand derer eine Feststellung zu treffen ist, ob die effektive Überprüfung einer Angelegenheit tatsächlich möglich war. Hierbei sind neben den Befugnissen der jeweiligen Gerichtsinstanz insbesondere folgende Aspekte zu berücksichtigen: (i) der Gegenstand des Entscheids, einschliesslich der Umstände, ob besonderes Fachwissen oder Erfahrung erforderlich ist sowie ob und in welchem Umfang eine Ermessensentscheidung vorgenommen wird; (ii) die Art der Verfahren einschliesslich einer möglichen Ausübung von Verfahrensrechten; (iii) der Inhalt des Streitgegenstands einschliesslich der Gründe für die geltend gemachten Rügen (vgl. Urteile Kostova Ziff. 59; Sigma Radio Ziff. 154). Wesentliche Bedeutung für die Beurteilung kommt zudem dem Umstand zu, ob sich die jeweilige Gerichtsinstanz tatsächlich Punkt für Punkt mit den rechtserheblichen Rügen und Argumenten der jeweiligen Beschwerdeführer auseinandergesetzt hat (vgl. Urteil Sigma Radio Ziff. 156 m.w.H.).

150 Gemäss dem jüngsten Entscheid des Bundesgerichts in Sachen Publigroupe sind diese Voraussetzungen für eine Überprüfung von Sanktionsentscheidungen der Wettbewerbskommission in Kartellverwaltungsverfahren im Beschwerdeverfahren durch das Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich gegeben (BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 4.5). Demzufolge kann das Bundesverwaltungsgericht seine Kognition im Hinblick auf die Ausführungen der Wettbewerbskommission als Fachbehörde und das damit verbundene Sachverständigenermessen zurücknehmen, ohne dass sich daraus bereits automatisch eine fehlerhafte Ausübung der Kognition ergibt. Massgebend ist allein, ob im Einzelfall eine effektive Überprüfung im vorgenannten Sinne durch das Bundesverwaltungsgericht vorgenommen wird (BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 4.5). Darüber hinaus lässt sich nicht allein daraus, dass im Einzelfall eine Zurückhaltung vonseiten des Bundesverwaltungsgerichts geltend gemacht wurde, eine prinzipielle Einschränkung und damit eine mangelnde Ausübung der Kognitionsbefugnis in anderen Fällen begründen (BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 4.6.1 f.).

151 Die von den Beschwerdeführerinnen in abstrakter Weise erhobene Rüge einer unsachgemässen Zurückhaltung ist daher von vornherein unbeachtlich.

IV.4.2. Prüfungsdichte

152 Aus der umfassenden Prüfungszuständigkeit folgt nicht, dass das Bundesverwaltungsgericht sämtliche Ermittlungshandlungen zur Feststellung des Sachverhalts eigenständig durchführen und demzufolge die von der Vorinstanz bereits vorgenommene Sachverhaltsermittlung einschliesslich allfälliger Beweiserhebungen zwingend nochmals wiederholen muss. Vielmehr ist es prinzipiell ausreichend, dass das Bundesverwaltungsgericht die vorgenommene Sachverhaltsermittlung einschliesslich allfälliger Beweiserhebungen auf ihre sachliche Richtigkeit und die Einhaltung der beweisrechtlich vorgegebenen Grundsätze überprüft. Soweit sich dabei keine Mängel ergeben oder von dem jeweiligen Beschwerdeführer keine begründeten Mängel aufgezeigt werden, kann sich das Gericht die Ausführungen und Beweiserhebungen der Vorinstanz zu eigen machen (vgl. BGE 133 V 196 E. 1.4; 110 V 48 E. 4; BVGE 2007/27 E. 3.3; KIENER/RÜTSCHE/KUHN, a.a.O., Rn. 664; KRAUSKOPF/EMMENEGGER, in: Praxiskommentar, a.a.O., Art. 12 N. 17; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rn. 3.119a; in diesem Sinne auch BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 4.5 am Ende). Allein eine nicht substanziierte oder eine inhaltlich falsche Behauptung eines Beschwerdeführers, wonach die Beweiserhebung der Vorinstanz nicht korrekt sei, verpflichtet das Bundesverwaltungsgericht nicht dazu, die Erhebung von Beweisen zu wiederholen oder ergänzend Beweise zu erheben (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rn. 3.123b). Diesbezüglich unterscheidet sich ein Kartellverfahren nicht von der Prüfung des Verwaltungshandelns auf anderen Gebieten des Verwaltungsrechts mit besonderen technischen oder sonstigen fachlichen Bezügen.

153 Allein der Umstand, dass das Bundesverwaltungsgericht im Rahmen der Beweiswürdigung auf das Ergebnis der Beweiserhebung durch die Vorinstanz abstellt, stellt demzufolge nicht bereits eine fehlerhafte Ausübung seiner Kognition dar. Im Hinblick auf den vorliegenden Sachverhalt ist zudem zu beachten, dass die Beschwerdeführerinnen keine substanziierte Spezifizierung vornehmen, hinsichtlich welcher einzelnen Tatbestandsmerkmale eine generelle Reduzierung der Prüfungspflicht in der Vergangenheit unzulässigerweise vorgenommen worden sein soll. Die entsprechende Rüge der Beschwerdeführerinnen ist daher unbegründet.

IV.4.3. Beweismass

154 Der von den Beschwerdeführerinnen gerügte Aspekt des Beweismasses betrifft die Frage, unter welchen Umständen eine Tatsache als

bewiesen gilt. Er steht in einem engen sachlichen Zusammenhang mit den Aspekten der Beweislast – wer die einen Anspruch begründenden Umstände nachzuweisen und die Folgen einer etwaigen Beweislosigkeit zu tragen hat – sowie der Beweiswürdigung – die Beurteilung des Beweiswerts beziehungsweise der Beweiskraft der vom Gericht abgenommenen Beweismittel – im Rahmen eines Verwaltungs- oder Gerichtsverfahrens (vgl. BILGER, a.a.O., S. 305 f.).

155 Weder das Kartellgesetz noch das Verwaltungsverfahrensgesetz sehen eine allgemeine Regelung des Beweisrechts für ein Kartellverfahren vor. Art. 19 VwVG verweist hierzu auf die Art. 37, Art. 39–41 und Art. 43–61 BZP. Diese Vorschriften weisen allerdings keine Regelungen zum anwendbaren Beweismass auf.

156 In Praxis und Literatur werden im Wesentlichen drei Arten des Beweismasses abgegrenzt: (i) die volle Überzeugung – certitude, certezza, (ii) die überwiegende Wahrscheinlichkeit – la vraisemblance prépondérante, la verosimiglianza preponderante, und (iii) die Glaubhaftmachung – la simple vraisemblance, la semplice verosimigliante (vgl. BGE 140 III 610 E. 4.1; BERGER/NOGLER, Beweisrecht – die Last mit dem Beweis(en), recht 2012 S. 171; JÜRGEN BRÖNNIMANN, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. II, 2012, Art. 157 N. 36 ff.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rn. 482; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2013, § 18 Rn. 37 f.). Diese unterscheiden sich nach dem Ausmass der jeweiligen Sicherheit hinsichtlich des massgeblichen Sachverhalts, der einem Entscheid zugrunde zu legen ist, und finden in den jeweiligen Rechtsverfahren in verschiedener Weise Anwendung. Für das Beweismass der vollen Überzeugung wird in der kartellrechtlichen Praxis (vgl. Urteil B–506/2010, Gaba, E. 5; Urteile des BVGer B–4637/2013 vom 9. Juli 2014 E. 3, in: RPW 2014/2 S. 452; B–8399/2010 vom 23. September 2014 E. 4.3, in: RPW 2014/3 S. 548; B–8404/2010 vom 23. September 2014 E. 3.2.3, in: RPW 2014/3 S. 589; B–8430/2010 vom 23. September 2014 E. 5.3, in: RPW 2014/3 S. 610) und in der Literatur verschiedentlich auch der Begriff « Vollbeweis » verwendet; allerdings ist dieser Begriff nicht sachgerecht, weil er impliziert, dass den anderen anerkannten Arten des Beweismasses keine ausreichende Beweiskraft zukommt, was jedoch nicht der Fall ist; aus diesem Grund wird im Folgenden auf den Begriff « Überzeugungsbeweis » abgestellt. Für das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit wird allgemein der Begriff Wahrscheinlichkeitsbeweis verwendet.

157 Als Regelbeweismass qualifiziert die Praxis grundsätzlich den Überzeugungsbeweis (vgl. BGE 140 III 610 E. 4.1; 132 III 715 E. 3.1; 133 III 153 E. 3.3; 130 III 321 E. 3.2; 128 III 271 E. 2; vgl. auch BERGER/NOGLER, a.a.O., S. 171; BILGER, a.a.O., S. 305; BRÖNNIMANN, a.a.O., Art. 157 N. 40; RHINOW et al., Prozessrecht, a.a.O., Rn. 999; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, a.a.O., § 18 N. 38). Danach ist ein Beweis erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Dabei wird allerdings keine absolute Gewissheit vorausgesetzt. Denn die Verwirklichung der Tatsache braucht nicht mit Sicherheit festzustehen; vielmehr ist es ausreichend, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen.

158 Ausnahmen von diesem Regelbeweismass ergeben sich zum einen, soweit sie gesetzlich vorgesehen sind, und zum anderen, soweit sie durch Rechtsprechung und Lehre herausgearbeitet wurden (vgl. BGE 140 III 610 E. 4.1). Den Ausnahmen liegt die Überlegung zugrunde, dass die Rechtsdurchsetzung nicht an Beweisschwierigkeiten scheitern darf, die typischerweise bei bestimmten Sachverhalten auftreten (vgl. BGE 130 III 321 E. 3.2; 128 III 271 E. 2b/aa). Die Beweiserleichterung setzt demnach eine typisierte Schwierigkeit der beweisbelasteten Partei voraus, einen Nachweis in geeigneter oder ausreichend dokumentierter Form führen zu können. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn ein Überzeugungsbeweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist (vgl. BGE 140 III 610 E. 4.1; 130 III 321 E. 3.2). Als Ausnahme vom Regelbeweismass der vollen Überzeugung ist der Wahrscheinlichkeitsbeweis anerkannt.

159 Beim Wahrscheinlichkeitsbeweis liegt das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit vor, wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen (vgl. BGE 140 III 610 E. 4.1; 132 III 715 E. 3.1; 130 III 321 E. 3.2; gemäss Urteil des BGer 9C_717/2009 vom 20. Oktober 2009 E. 3.3 ist dies dann der Fall, wenn das Gericht zur Ansicht gelangt, dass ein bestimmter Sachverhalt den wahrscheinlichsten aller in Betracht fallenden Geschehensabläufe darstellt). Nach ständiger Rechtsprechung gilt das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit etwa für den Nachweis des natürlichen Kausalzusammenhangs

oder bei hypothetischen Kausalzusammenhängen (vgl. BGE 128 III 271 E. 2b/aa; 121 III 358 E. 5; 107 II 269 E. 1b; für weitere Konstellationen vgl. BERGER/NOGLER, a.a.O., S. 171 f.; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, a.a.O., § 18 N. 40).

160 In Literatur und Praxis ist umstritten, ob für Kartellverfahren der Überzeugungsbeweis zu gelten hat (vgl. DAVID/JACOBS, a.a.O., Rn. 826; LUCAS DAVID et al., Rechtsschutz im Verwaltungsverfahren, in: Der Rechtsschutz im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, SIWR Bd. I/2, 3. Aufl. 2011, Rn. 1294 und 1306) oder ob (auch) auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit als Beweismass abzustellen ist (vgl. Urteil des BGer 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007, Buchpreisbindung II, E.10.4, in: RPW 2007/1 S. 129; Urteil B–506/2010, Gaba, E. 5; Entscheide der REKO/WEF FB/2005-4 vom 11. Juli 2006 E. 6.1 f., in: RPW 2006/3 S. 548 [nachfolgend: Entscheid Buchpreisbindung II] und vom 22. Dezember 2004 FB/2002-1, in: RPW 2005/1 S. 183; BILGER, a.a.O., S. 306; RICHLI, in: SIWR V/2, a.a.O., S. 454; HANS-UELI VOGT, Auf dem Weg zu einem Kartellverwaltungsverfahrensrecht, AJP 1999 S. 844; vgl. auch BVGE 2009/35, Marktzugang schneller Bitstrom, E. 7.4). Zur Begründung für die Absenkung des Beweismasses wird angeführt, dass im wettbewerbsrechtlichen Kontext ökonomische Erkenntnisse immer mit einer gewissen Unsicherheit behaftet seien. Teilweise wird in der Literatur auch vertreten, wonach jedenfalls bei wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen, die zu einer Verhängung von direkten Sanktionen führen können, ein höheres Beweismass als bei sonstigen Wettbewerbsbeschränkungen zur Anwendung gelangen müsse (vgl. AMSTUTZ/KELLER/REINERT, « Si unus cum una… »: Vom Beweismass im Kartellrecht, Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen [BR / DC] 3/2005 S. 119; RAPHAEL BRÜTSCH, Parallelverhalten im Oligopol als Problem des schweizerischen Wettbewerbsrechts, 2003, S. 150 f.; ZIRLICK/TAGMANN, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 30 N. 102).

161 Im Fall Publigroupe hat das Bundesgericht für die Beurteilung des Tatbestandsmerkmals der Marktbeherrschung in Bezug auf die Marktabgrenzung und die Marktstellung ausdrücklich festgestellt, dass die Anforderungen an den Nachweis der hierbei bestehenden Zusammenhänge mit Blick auf die Zielsetzung 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, nicht übertrieben werden dürften (BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 8.3.2, vgl. auch

E. 9.2.3.5, wonach die Abgrenzung des sachlich relevanten Markts eine graduelle Abwägung erfordere, die einen Überzeugungsbeweis weder ermögliche noch rechtfertige, weil ansonsten eine « objektive Berechenbarkeit vorgetäuscht und das Erfordernis von Werturteilen verdeckt » werden würde). In diesem Sinne erscheine eine strikte Beweisführung bei diesen Zusammenhängen kaum möglich zu sein. Eine gewisse Logik der wirtschaftlichen Analyse und Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit müssten aber überzeugend und nachvollziehbar erscheinen (BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 8.3.2; in diesem Sinne bereits Urteil 2A.430/2006, *Buchpreisbindung II*, E. 10.4 für die Beurteilung von Effizienzgründen). Für die konkrete Beurteilung wurde dann darauf abgestellt, dass nicht ersichtlich sei, die von der Wettbewerbskommission angeführten und ausführlich begründeten ökonomischen Zusammenhänge wären nicht verlässlich (vgl. BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 8.3.3).

162 Das Bundesgericht hat mithin klargestellt, dass bei komplexen wirtschaftlichen Sachverhalten mit multiplen Wirkungszusammenhängen (vgl. E. 80) ein Nachweis auf der Grundlage der Gewissheit in ausreichender Weise nicht herbeigeführt werden kann und demzufolge auch nicht erforderlich ist. Diese Einschätzung gilt nicht nur in Bezug auf die Feststellung der Marktbeherrschung, sondern letztlich für alle Tatbestandsmerkmale, soweit im Einzelfall entsprechende multiple Wirkungszusammenhänge bestehen. Für einen rechtsgenüglichen Nachweis von kartellrechtlichen Tatbestandsmerkmalen ist bei Vorliegen von multiplen Wirkungszusammenhängen demzufolge das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ausreichend und nicht ein Überzeugungsbeweis erforderlich. Eine Differenzierung zwischen sanktionsbedrohten und anderen Tatbeständen ist dabei nicht vorzunehmen, weil sich das Beweismass an den Umständen der Beweiserhebung und nicht an den Rechtsfolgen auszurichten hat. Auch der strafrechtsähnliche Charakter der Sanktionen gemäss Art. 49*a* KG verlangt nicht nach einer Erhöhung des anwendbaren Beweismasses.

163 Dieses Ergebnis entspricht den vorstehend dargestellten Prinzipien zur Anwendung des Überzeugungsbeweises als Regelbeweismass und den hierzu anerkannten Ausnahmen. Denn im Rahmen einer Prüfung von einzelnen Tatbeständen des Kartellgesetzes sind vielfach Einschätzungen mit einzubeziehen, die sich auf zukünftige oder alternativ denkbare Ereignisse oder Auswirkungen beziehen. Dies entspricht im Ergebnis einer Berücksichtigung von hypothetischen Kausalzusammenhängen (im Ergebnis

so bereits Urteil des BGer 2A.327/2006 vom 22. Februar 2007 E. 5.4, 20 Minuten, in: RPW 2007/2 S. 331; Urteil 2A.430/2006, Buchpreisbindung II, E. 10.4). Des Weiteren ist es offensichtlich, dass mit zunehmender Komplexität einer Materie auch die Anzahl aller denkbaren Varianten eines Geschehensablaufs unweigerlich um ein Vielfaches zunimmt. Der Grad und das Ausmass einer gerichtlichen Überzeugung verändern sich daher notwendigerweise mit zunehmender Komplexität und den sich daraus ergebenden Interdependenzen einer Materie. Bei Vorliegen von derartigen Aspekten kann im Einzelfall daher von vornherein keine Gewissheit hergestellt werden, weshalb ein Wahrscheinlichkeitsbeweis für den erforderlichen Nachweis massgebend ist.

164 Die von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachte Rüge, wonach im Rahmen von kartellrechtlichen Sanktionsverfahren für die notwendigen sachlichen Feststellungen ausnahmslos das Beweismass der vollen Überzeugung zur Anwendung gelangen müsse, ist daher unbegründet.

IV.5. Berücksichtigung des EU-Wettbewerbsrechts

165–166 (…)

167 Die Einwendungen der Beschwerdeführerinnen betreffen die grundsätzliche Frage, ob und inwieweit das EU-Wettbewerbsrecht sowie die sich daraus ergebende EU-Wettbewerbspraxis für die Auslegung und Anwendung des schweizerischen Kartellrechts herangezogen werden kann.

168 Die Ausgestaltung des Kartellrechts in der Schweiz orientiert sich seit der Revision des Kartellgesetzes im Jahr 1995 ausdrücklich rechtsvergleichend und mit Ausnahmevorbehalt am EU-Wettbewerbsrecht (vgl. Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468, 530: « [...] die Regelungsmuster des Wettbewerbsrechts der Europäischen Union wurden insoweit berücksichtigt, als nicht aus sachlichen Gründen unterschiedliche Lösungen angezeigt erschienen [...]. Durch diese Vorgehensweise lassen sich zum einen bewährte wettbewerbspolitische Konzepte übernehmen. Zum anderen soll sie Schweizer Unternehmen, die in der Europäischen Union tätig sind, eine gewisse Gewähr bieten, dass die Verhaltensmassstäbe, an denen sie dort gemessen werden, unseren nicht grundsätzlich widersprechen. »). Diese grundsätzliche Orientierung und die damit einhergehende fortbestehende Intention des Gesetzgebers wurden auch im Rahmen der Revision des Kartellgesetzes im Jahr 2004 (vgl. Botschaft KG 2004, BBl 2002 2022, 2051:

« [...] nähert sich durch die Revision das « Schutzniveau » der schweizerischen Wettbewerbsgesetzgebung demjenigen der EU an [...] ») sowie im Rahmen der intendierten Revision des Kartellgesetzes im Jahr 2012 (vgl. Botschaft vom 22. Februar 2012 zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde, BBl 2012 3905, 3916, Ziff. 1.1.5, nachfolgend: Botschaft KG 2012: « [...] der Entwicklung der europäischen Gesetzgebung Rechnung tragen, um eine Wirksamkeit des Kartellrechts zu garantieren, die den Bedürfnissen einer fortgeschrittenen und stark in den internationalen Handel integrierten Wirtschaft entspricht ») bestätigt.

169 Zweck und Anlass einer Ausrichtung des schweizerischen Kartellrechts am EU-Wettbewerbsrecht sind nicht nur rechtliche, sondern auch wirtschaftliche Aspekte. In diesem Zusammenhang ist zunächst daran zu erinnern, dass das EU-Wettbewerbsrecht seit seiner parallelen Ausrichtung am US-amerikanischen Wettbewerbsrecht im Gefolge und als Bedingung des Marshall-Plans für die finanzielle Hilfe beim Wiederaufbau Westeuropas nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs die Vorlage für eine entsprechende Ausgestaltung der nationalen Wettbewerbsordnungen in den einzelnen Mitgliedstaaten bildet (vgl. BRIGITTE LEUCHT, Transatlantic policy networks in the creation of the first European anti-trust law, in: The History of the European Union, Origins of a trans- and supranational polity 1950–1972, 2009, S. 56, 58 f., 64 f.; KAI R. PEDERSEN, Re-Educating European Management: The Marshall Plan's Campaign Against Restrictive Business Practices in France 1949–1953, Business and Economic History, Bd. 25, 1996, S. 267, 270), die im Rahmen der späteren EU-Osterweiterung auch von den neuen Mitgliedstaaten fortgesetzt wurde. Die EU-Wettbewerbsvorschriften haben demzufolge eine weite Verbreitung in Europa gefunden. Zudem ist das EU-Wettbewerbsrecht in den letzten Jahrzehnten durch die Entscheidpraxis der EU-Kommission und der EU-Gerichte sowie zahlreiche Ausführungserlasse kontinuierlich weiterentwickelt und dadurch inhaltlich weiter konkretisiert worden (so bereits die Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468, 529). Dies führte dazu, dass für eine Vielzahl von kartellrechtlichen Problemstellungen die Rechtssicherheit in der Europäischen Union erheblich verbessert werden konnte. Durch seine grundsätzliche Ausrichtung auf das EU-Wettbewerbsrecht – wobei einzelne bilaterale Verträge zwischen der Schweiz und der Europäischen Union sogar darüber hinausgehende Übernahmen des EU-Wettbewerbsrechts enthalten (vgl. BREITENMOSER/WEYENETH, Europarecht, 2. Aufl. 2014, Rn. 702; *dieselben*, Europäische Bezüge und Bilaterale Verträge, in: FHB-VerwR,

a.a.O., Rn. 31.96 f.) – nimmt das schweizerische Kartellrecht an diesem erhöhten Mass an Rechtssicherheit teil (darauf verweist ausdrücklich auch BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 8.2.3). Aufgrund der Handels- und Investitionsströme ist davon auszugehen, dass die Wettbewerbsordnungen der Europäischen Union und ihrer Mitgliedstaaten von grösster Bedeutung für die schweizerischen Unternehmen sind. Eine grundsätzliche Angleichung des schweizerischen Kartellrechts an die Wettbewerbsordnungen der Europäischen Union und ihrer Mitgliedstaaten ermöglicht den schweizerischen Unternehmen, vertragsrechtliche und organisatorische Doppelspurigkeiten zu vermeiden und zu eliminieren (vgl. Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468, 530).

170 Grenzen dieser grundsätzlichen Angleichung an das EU-Wettbewerbsrecht bestehen nach Ansicht des Gesetzgebers aber mit Bezug auf jene Aspekte, bei denen aufgrund der Unterschiede in der Sache, wie der Fusionskontrolle in einer kleinen offenen Volkswirtschaft, oder aufgrund der Wirtschaftsverfassung spezifische Lösungen angezeigt sind (vgl. Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468, 531). In Bezug auf Beschränkungen, die sich aufgrund von unterschiedlichen Ansätzen der zugrunde liegenden Wirtschaftsverfassung ergeben sollen, setzt sich in der Schweiz neuerdings jedoch verstärkt die Erkenntnis durch, dass allein die formale Ausgestaltung des Wirtschaftsverfassungsrechts keine inhaltliche Vorgabe für die konkrete Behandlung einer bestimmten wirtschaftlichen Verhaltensweise darstellt (vgl. BALDI/SCHRANER, Die kartellrechtlichen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts im Fall « Baubeschläge » – revisionistisch oder nur beiläufig falsch?, AJP 2015 S. 269, Ziff. 3; BORER, a.a.O., Art. 1 N. 8 und Art. 5 N. 5; GUGLER/ZURKINDEN, Internationale Bezüge des Wettbewerbsrechts, in: CH-EU-Wettbewerbsrecht, a.a.O., S. 78 ff.; ANDREAS HEINEMANN, Konzeptionelle Grundlagen des Schweizer und EG-Kartellrechts im Vergleich, in: Methodische und konzeptionelle Grundlagen des Schweizer Kartellrechts im europäischen Kontext, 2009, S. 46 f., nachfolgend: Konzeptionelle Grundlagen; RETO JACOBS, in: St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl. 2014, Art. 96 N. 23, nachfolgend: SGK-BV; LEHNE, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 1 N. 24; RENÉ RHINOW et al., Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2011, § 20 Rn. 25 und 52 f., nachfolgend: Wirtschaftsrecht; RUBIN/COURVOISIER, in: SHK-KG, a.a.O., Art. 1 N. 4; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rn. 127). Daher schliessen auch unterschiedliche Ansätze auf der Ebene der Wirtschaftsverfassung in der Schweiz – bislang vereinfachend als Missbrauchsgesetzgebung bezeichnet – und der Europäischen Union – bislang vereinfachend

als Verbotsgesetzgebung bezeichnet – nicht von vornherein aus, dass gleiche wirtschaftliche Verhaltensweisen auch in gleicher Weise rechtlich beurteilt und sanktioniert werden (vgl. BORER, a.a.O., Art. 1 N. 9; GUGLER/ZURKINDEN, in: CH-EU-Wettbewerbsrecht, a.a.O., S. 81 f.; HEINEMANN, Konzeptionelle Grundlagen, a.a.O., S. 50; LEHNE, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 1 N. 24; RHINOW et al., Wirtschaftsrecht, a.a.O., § 20 Rn. 55), weil die Unterschiede in den verschiedenen Ansätzen lediglich rechtstechnischer und nicht substanzieller Art sind. Es sind auch keinerlei Gründe ersichtlich, welche eine solche prinzipielle Divergenz zu rechtfertigen vermögen. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen ist daher eine rechtsvergleichende Berücksichtigung der EU-Wettbewerbspraxis im Rahmen einer Einzelfallbeurteilung nach schweizerischem Kartellrecht nicht von vornherein aus systematischen Gründen ausgeschlossen.

171 Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass sich auch aus den Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen Siegenia und Koch (Urteile B–8399/2010 E. 6.1.3, in: RPW 2014/3 S. 548; B–8430/2010 E. 7.1.3, in: RPW 2014/3 S. 610) entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen nichts anderes ergibt, weil in den fraglichen Urteilspassagen lediglich darauf hingewiesen wird, dass in der Schweiz keine formalen Per-se-Verbote existieren, sondern jeweils eine inhaltliche Einzelfallprüfung durchzuführen sei.

172 Die vom Gesetzgeber vorgegebene grundsätzliche Ausrichtung des schweizerischen Kartellrechts am EU-Wettbewerbsrecht ist auch im Rahmen der Rechtsanwendung zu berücksichtigen. Dies bedeutet ungeachtet des eigenständigen Rechtscharakters des schweizerischen Kartellrechts und der sich daraus mitunter ergebenden autonomen Auslegung (vgl. BGE 137 II 199, Terminierung Mobilfunk, E. 4.3.1), dass die schweizerischen Wettbewerbsbehörden und Gerichte im Rahmen der Bearbeitung eines Einzelfalls in rechtsvergleichender Weise prinzipiell auch die einschlägige EU-Wettbewerbspraxis zu berücksichtigen haben (vgl. BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 8.2.3; MONIQUE STURNY, Der Einfluss des europäischen Kartellrechts auf das schweizerische Kartellrecht, in: Die Europakompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts: Konvergenz und Divergenz, 2012, S. 107 ff., 112 i.V.m. 113 ff., 124 [Fn. 90] und 127; vgl. allgemein MARC AMSTUTZ, Evolutorische Rechtsmethodik im europäischen Privatrecht […], in: Das schweizerische Privatrecht im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts, 2004, S. 105 ff.).

173 Dies gilt in besonderem Masse für die Beurteilung eines Missbrauchs von Marktmacht (vgl. Schlussbericht Talk & Surf E. 60; AMSTUTZ/CARRON, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 7 N. 198; EVELYNE CLERC, in: CR-Concurrence, a.a.O., Art. 7 Abs. 1 N. 50 f.; KÖCHLI/REICH, in: SHK-KG, a.a.O., Art. 4 N. 32), weil Art. 7 KG ganz offensichtlich die europarechtliche Regelung in Art. 102 AEUV (vormals Art. 82 EUV) übernommen hat. Hierdurch lassen sich die auf europäischer Ebene bereits gewonnenen Erkenntnisse über die Beurteilung eines bestimmten wirtschaftlichen Verhaltens – wie etwa den Zweck einer Norm, die inhaltlichen Voraussetzungen einer Überprüfung des jeweiligen wirtschaftlichen Verhaltens sowie die Anerkennung von sachlichen Gründen zu dessen Rechtfertigung – für das schweizerische Recht nutzen. Dies wurde vom Gesetzgeber ausdrücklich vorgesehen (vgl. Botschaft KG 2004, BBl 2002 2022, 2041: « Die Praxis der EU-Behörden und die Rechtsprechung zu der praktisch gleich lautenden Bestimmung im EU-Raum haben zusätzlich zur Klärung dieser Tatbestände [Anm.: des Art. 7 KG] beigetragen. ») und von der höchstrichterlichen Rechtsprechung ausdrücklich bestätigt (vgl. BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 8.2.3; noch zurückhaltend BGE 137 II 199, Terminierung Mobilfunk, E. 4.3.2).

174 Dies bedeutet allerdings nicht, dass die Entscheide von EU-Kommission und EU-Gerichten in ähnlichen Fällen automatisch tel quel zu übernehmen wären. Vielmehr bedarf es hierfür stets einer – zumindest impliziten – Prüfung, ob eine Übernahme der vorhandenen Erkenntnisse nicht durch das Vorliegen von besonderen nationalen Aspekten, die entsprechend der Intention des Gesetzgebers im Hinblick auf die schweizerischen Märkte zu berücksichtigen sind, ausgeschlossen wird. Denn auch aus einer identischen Terminologie kann nicht abgeleitet werden, dass vom Gesetzgeber zwingend eine identische Regelung angestrebt worden war (vgl. BGE 137 II 199, Terminierung Mobilfunk, E. 4.3.2). Im Regelfall werden aber keine solche Aspekte zu berücksichtigen sein, weil sich die wirtschaftlichen Auswirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen nicht in wesentlichem Umfang entlang nationaler Grenzen unterscheiden. Dies gilt insbesondere für den Bereich der schwerwiegendsten Wettbewerbsbeschränkungen, deren schädliche Wirkung mittlerweile sowohl in allen EU-Mitgliedstaaten als auch der Schweiz anerkannt sind. Im Übrigen wird auch durch eine grundsätzliche Berücksichtigung des EU-Wettbewerbsrechts die Notwendigkeit nicht eingeschränkt, in jedem Einzelfall eine Prüfung anhand der konkreten Umstände des jeweiligen Sachverhalts vorzunehmen.

175 Die allgemeine inhaltliche Ausrichtung des schweizerischen Kartellrechts ist aber nicht erst von den Wettbewerbsbehörden und den Gerichten im Rahmen der Rechtsanwendung zu beachten. Denn mit der vom Gesetzgeber ausdrücklich vorgegebenen Bezugnahme auf das EU-Wettbewerbsrecht werden für die schweizerischen Märkte eine gewisse inhaltliche Konkretisierung des wettbewerbswidrigen Verhaltens und damit eine grundsätzliche Abgrenzung zwischen einem zulässigen und einem rechtswidrigen wirtschaftlichen Verhalten vorgenommen. Daher obliegt einem Unternehmen die Beachtung des schweizerischen Kartellrechts unter einer angemessenen rechtsvergleichenden Berücksichtigung des EU-Wettbewerbsrechts.

176 Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen ist das EU-Wettbewerbsrecht auch in einem Kartellsanktionsverfahren rechtsvergleichend zu berücksichtigen. Allein wegen des Umstands, dass in diesen Verfahren eine Sanktion ausgesprochen werden kann, der ein strafrechtsähnlicher Charakter beizumessen ist (vgl. E. 649 ff.), ergeben sich im Hinblick auf eine Berücksichtigung des EU-Wettbewerbsrechts keine sachlichen Gründe für eine grundsätzlich andere und damit unterschiedliche Behandlung zu sonstigen Kartellverfahren. Denn die Beachtung des EU-Wettbewerbsrechts erfolgt im Wesentlichen in Bezug auf die Merkmale und Prüfungskriterien der materiellen Tatbestände und nicht auf die Sanktionierung von Sachverhalten. Die Sanktionierung eines aufgrund einer bestehenden Entscheidpraxis der EU-Wettbewerbsinstanzen als wettbewerbswidrig qualifizierten wirtschaftlichen Verhaltens erfolgt aufgrund der Vorschriften von Art. 49*a* KG und der Sanktionsverordnung des Bundesrats, nicht aber aufgrund der Regelungen der entsprechenden Erlasse des EU-Wettbewerbsrechts. Ob sich an die Feststellung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens eine Sanktion anschliesst oder nicht und welcher Inhalt einer solchen Sanktion zukommt, ist demzufolge ausschliesslich eine Frage des schweizerischen Kartellrechts.

177 Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdeführerinnen sich im Rahmen ihrer Stellungnahmen ebenfalls punktuell auf das EU-Wettbewerbsrecht zur Unterstützung ihrer jeweiligen Argumentation berufen haben. Es ist deshalb widersprüchlich und von vornherein weder sachgerecht noch nachvollziehbar, das EU-Wettbewerbsrecht einerseits zu einzelnen Sachpunkten heranzuziehen, bei denen die eigene Rechtsposition zumindest vermeintlich bestätigt wird, andererseits seine Berücksichtigung aber gänzlich abzulehnen.

IV.6. Verstoss gegen den Untersuchungsgrundsatz

178–184 (…)

185 Sowohl im Kartellverwaltungsverfahren als auch im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist der Sachverhalt gemäss Art. 12 VwVG in Verbindung mit Art. 39 KG beziehungsweise Art. 37 VGG von Amtes wegen zu untersuchen (vgl. Urteile B–506/2010, Gaba, E. 5; B–2977/2007, Publigroupe, E. 3 [S. 19]; Entscheid Buchpreisbindung II E. 6.1 m.w.H.). Dieser Untersuchungsgrundsatz verpflichtet Behörde und Beschwerdeinstanz, den Sachverhalt aus eigener Initiative richtig und vollständig abzuklären (vgl. BGE 138 V 218 E. 6; 117 V 282 E. 4a; BVGE 2012/21 E. 5.1; KRAUSKOPF/EMMENEGGER, in: Praxiskommentar, a.a.O., Art. 12 N. 16; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rn. 3.119; RHINOW et al., Prozessrecht, a.a.O., Rn. 991 f., 994 f. und 1660 f.; SCHOTT, in: FHB-VerwR, a.a.O., Rn. 24.38 f.; TANQUEREL, a.a.O., Rn. 1559). Hierfür sind alle rechtserheblichen Aspekte zu ermitteln, sämtliche notwendigen Unterlagen zu beschaffen und die erforderlichen Beweise abzunehmen (vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rn. 456 und 1133; KRAUSKOPF/EMMENEGGER, in: Praxiskommentar, a.a.O., Art. 12 N. 20 ff.; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rn. 3.119 f.). Als rechtserheblich gelten alle Tatsachen, welche den Ausgang des Entscheids beeinflussen können (vgl. BGE 117 V 282 E. 4a; KRAUSKOPF/EMMENEGGER, in: Praxiskommentar, a.a.O., Art. 12 N. 28; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rn. 3.120).

186 Der Untersuchungsgrundsatz gilt allerdings nicht uneingeschränkt. Das Ausmass der Untersuchung ist vielmehr von vornherein auf solche Aspekte beschränkt, die zur Aufklärung des Sachverhalts notwendig sind und deren Abklärung vernünftigerweise erwartet werden kann (vgl. BGE 112 Ib 65 E. 3; Urteil des BVGer B–3608/2009 vom 14. Juli 2010 E. 6.1; KRAUSKOPF/EMMENEGGER, in: Praxiskommentar, a.a.O., Art. 12 N. 28 f.; ähnlich MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rn. 3.144). Einschränkungen einer amtlichen Ermittlung können sich im Einzelfall zudem durch Mitwirkungspflichten der Parteien, die objektive Beweislast, die Tauglichkeit von Beweismitteln und das treuwidrige Verhalten einer Partei ergeben (vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rn. 457 f. und 1134 f.; KRAUSKOPF/EMMENEGGER, in: Praxiskommentar, a.a.O., Art. 12 N. 50; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rn. 1.49 und 3.123c; SCHOTT, in: FHB-VerwR, a.a.O., Rn. 24.39; TANQUEREL, a.a.O., Rn. 1560 f.).

187 Die Sachverhaltsuntersuchung bezieht sich auf Tatsachen und Erfahrungssätze. Die Rechtsanwendung, das heisst die Beurteilung von rechtlichen Aspekten, untersteht demgegenüber von vornherein nicht dem Untersuchungsgrundsatz (vgl. KRAUSKOPF/EMMENEGGER, in: Praxiskommentar, a.a.O., Art. 12 N. 17; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rn. 3.119b). Daher bedarf es einer inhaltlichen Abgrenzung zwischen Sach- und Rechtsfragen (vgl. BVGE 2009/35, Marktzugang schneller Bitstrom, E. 7.4). Soweit abweichende Rechtsauffassungen zwischen den Kartellbehörden und den jeweiligen Parteien eines Kartellverwaltungsverfahrens bestehen, die im Hinblick auf den unterstellten Sachverhalt einen unterschiedlichen Umfang an sachlicher Abklärung erfordern, ergibt sich demzufolge nicht allein deshalb eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes, weil die Kartellbehörden keine Abklärungen über Tatsachen oder Erfahrungssätze vorgenommen haben, auf die eine Partei ihre abweichende Rechtsposition abstützt.

188 Im vorliegenden Fall wurden alle aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichts entscheidungserheblichen Sachverhaltselemente abgeklärt und nachgewiesen. Das Bundesverwaltungsgericht kann demzufolge aufgrund der massgeblichen Sach- und Rechtslage eine abschliessende Entscheidung treffen.

189 Da das Bundesverwaltungsgericht als Beschwerdeinstanz direkt eine Entscheidung in der Sache vornimmt, bedürfen die Rügen des Beschwerdeführers wegen einer Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes keiner gesonderten Abhandlung unter dem Gesichtspunkt eines formellen Rechtsfehlers der Vorinstanz.

190 Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die von den Beschwerdeführerinnen erhobenen Rügen wegen einer Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes letztlich allesamt auf Unterschiede in den jeweiligen Rechtsauffassungen von Vorinstanz und Beschwerdeführerinnen zurückzuführen sind. Die Vorinstanz hatte alle im Rahmen der Rügen vorgetragenen Sachpunkte abgeklärt und sich hierzu jeweils substanziell – wenn auch nicht im Sinne der Beschwerdeführerinnen und nicht in dem von diesen geforderten Umfang – geäussert, soweit sie für die Rechtsauffassung der Vorinstanz Bedeutung aufweisen.

191 Das Bundesverwaltungsgericht nimmt als Beschwerdeinstanz zu den einzelnen, durch die Beschwerdeführerinnen gerügten Aspekte nachfolgend im Rahmen der materiellen Beurteilung Stellung, soweit sie für die Entscheidung massgeblich sind.

192 Ein Rechtsfehler im Hinblick auf die Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes liegt demzufolge in casu unter keinem Gesichtspunkt vor.

IV.7. Verstoss gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör

193–196 (…)

197 Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist das verfassungsmässige Recht zur aktiven Teilnahme in einem administrativen oder gerichtlichen Rechtsverfahren eines hiervon Betroffenen, welches in allgemeiner Weise in Art. 29 Abs. 2 BV ausdrücklich statuiert und zumindest für Teilelemente darüber hinaus auch zusätzlich aus Art. 6 EMRK abgeleitet wird. Es dient der Verwirklichung des übergeordneten Grundsatzes eines fairen Verfahrens. Durch die Einbindung eines Betroffenen in ein Rechtsverfahren mit der Möglichkeit, eigene Hinweise, Informationen und Argumentationen vorzubringen, wird sowohl die Wahrscheinlichkeit der inhaltlichen Richtigkeit eines Entscheids als auch dessen mögliche Akzeptanz aufseiten der Beteiligten erhöht (vgl. BGE 140 I 99 E. 3.4; 135 I 187 E. 2.2; 127 I 6 E. 5b; 127 I 54 E. 2b; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl. 2008, Rn. 835; HELEN KELLER, Garantien fairer Verfahren und des rechtlichen Gehörs, in: Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. VII/2, § 225 Rn. 29; LORENZ KNEUBÜHLER, Gehörsverletzung und Heilung […], ZBl 99/1998 S. 100; MÜLLER/SCHEFER, a.a.O., S. 846 ff.; RHINOW et al., Prozessrecht, a.a.O., Rn. 310 f.; GEROLD STEINMANN, in: SGK-BV, a.a.O., Art. 29 N. 42).

198 Der Anspruch auf rechtliches Gehör steht natürlichen und juristischen Personen zu sowie Dritten, welche von einem Rechtsverfahren unmittelbar in ihren Rechten betroffen werden (vgl. BGE 137 I 120 E. 5.3; MÜLLER/SCHEFER, a.a.O., S. 848 f.; RHINOW et al., Prozessrecht, a.a.O., Rn. 312). Dies gilt auch für nicht rechtsfähige Rechtsgemeinschaften oder einfache Wirtschaftsgemeinschaften, soweit sie von einem Verfahren direkt betroffen sind. Denn der Zweck der eigenen Einbringung eines Beteiligten zur Sicherstellung eines fairen Rechtsverfahrens erfordert keine personale Differenzierung. Der Swisscom-Gruppe steht daher als Verfah-

renssubjekt des vorliegenden Kartellsanktionsverfahrens die Geltendmachung des Anspruchs auf rechtliches Gehör zu, das von den Beschwerdeführerinnen sowohl als für die Swisscom-Gruppe herangezogene Repräsentantinnen als auch unmittelbar als Parteien des Verfahrens ohne Weiteres geltend gemacht werden kann.

199 Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als Teilgarantien die ordnungsgemässe Durchführung verschiedener Aspekte im Hinblick auf den Ablauf eines Rechtsverfahrens (vgl. allgemein BGE 135 II 286 E. 5.1; Urteil des BVGer B–2050/2007 vom 24. Februar 2010 E. 6.1 [nicht publ. in: BVGE 2011/32, Terminierung Mobilfunk]; HÄFELIN/HALLER/KELLER, a.a.O., Rn. 838; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rn. 173 ff.; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rn. 3.80 f.; RHINOW et al., Prozessrecht, a.a.O., Rn. 317 ff.; SCHOTT, in: FHB-VerwR, a.a.O., Rn. 24.48 f.; STEINMANN, in: SGK-BV, a.a.O., Art. 29 N. 44 f.; TANQUEREL, a.a.O., Rn. 1526 ff.; THURNHERR, a.a.O., Rn. 317 ff. und 402 ff.): (i) vorgängige Orientierung über Gegenstand und Inhalt des Rechtsverfahrens sowie den Vorwurf gegenüber dem Betroffenen; (ii) Mitwirkung bei der Feststellung des Sachverhalts, insbesondere der Stellung von eigenen Beweisanträgen (vgl. BGE 127 I 54 E. 2b; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rn. 1686); (iii) persönliche Teilnahme am Verfahren einschliesslich der Möglichkeit zur Verbeiständung; (iv) Akteneinsicht; (v) Möglichkeit zur Abgabe einer Stellungnahme einschliesslich der Kenntnisnahme und Berücksichtigung durch die verfahrensleitende Instanz (vgl. KIENER/KÄLIN, Grundrechte, 2. Aufl. 2013, S. 497 ff.; MÜLLER/SCHEFER, a.a.O., S. 868); (vi) Eröffnung des Entscheids; (vii) Begründung des Entscheids (vgl. BGE 133 I 270 E. 3.1; Entscheid der REKO/WEF FB/2004-4 vom 4. Mai 2006 E. 4.1, in: RPW 2006/2 S. 347, nachfolgend: Entscheid 20 Minuten; RHINOW et al., Prozessrecht, a.a.O., Rn. 343 ff.; THURNHERR, a.a.O., Rn. 412 f.; vgl. zu den Anforderungen an die Begründung überdies Urteil des BVGer B–2612/2011 vom 2. Juli 2013 E. 4.3.1; Entscheid der REKO/WEF FB/1999-7 vom 4. November 1999 E. 4.3, in: RPW 1999/4 S. 618; MICHELE ALBERTINI, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, 2000, S. 369 und 404). Im vorliegenden Fall werden von den Beschwerdeführerinnen die Aspekte der fehlenden Würdigung bestimmter Argumentationen in den Stellungnahmen sowie der fehlenden Begründung des Entscheids mit Bezug auf einzelne Kriterien als verletzt angesehen und gerügt.

200 Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist grundsätzlich auf rechtserhebliche Sachfragen beschränkt. Ausnahmsweise werden die Parteien auch zur rechtlichen Würdigung angehört, wenn sich die Rechtslage geändert hat, ein ungewöhnlich grosser Ermessensspielraum besteht oder die Behörden sich auf Rechtsnormen stützen, mit deren Anwendung die Parteien nicht rechnen mussten (vgl. Urteil des BGer 2A.492/2002 vom 17. Juni 2003 E. 3.2.3, in: RPW 2003/3 S. 695; BGE 127 V 431 E. 2b).

201 Beim Anspruch auf rechtliches Gehör handelt es sich um ein selbstständiges formelles Recht, dessen Verletzung grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Hoheitsakts führt, unabhängig davon, ob die Rechtsverletzung für den Ausgang des Verfahrens sachlich relevant ist (vgl. BGE 132 V 387 E. 5.1; 129 V 73 E. 4.1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rn. 1709; HÄFELIN/HALLER/KELLER, a.a.O., Rn. 839; MÜLLER/SCHEFER, a.a.O., S. 853 f.; RHINOW et al., Prozessrecht, a.a.O., Rn. 270 und 314; SCHOTT, in: FHB-VerwR, a.a.O., Rn. 24.49; STEINMANN, in: SGK-BV, a.a.O., Art. 29 N. 59 ff.). Nach ständiger Rechtsprechung kann durch die jeweilige Rechtsmittelinstanz allerdings unter bestimmten Umständen eine Heilung der Rechtsverletzung erfolgen. Voraussetzung hierfür ist die verfahrensrechtliche Konstellation, wonach bei einem Vergleich mit dem vorinstanzlichen Verfahren die Rechtsmittelinstanz über die gleiche Kognition in Rechts- und Sachverhaltsfragen verfügt und dem Betroffenen die gleichen Mitwirkungsrechte zustehen, sodass die Gewährung des rechtlichen Gehörs vollumfänglich nachgeholt werden kann. Eine Heilung wird auch im Falle schwerwiegender Rechtsverletzungen ausnahmsweise dann als zulässig erachtet, wenn die Rückweisung bloss zu einem formalistischen Leerlauf führen würde und dies nicht im Interesse des Betroffenen wäre (vgl. BGE 133 I 201 E. 2.2; 127 V 431 E. 3d/aa; anderer Ansicht für schwerwiegende Rechtsverletzungen HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rn. 1709 ff.; MÜLLER/SCHEFER, a.a.O., S. 857 f.; vgl. kritisch zur Praxis des Bundesgerichts auch SCHINDLER, a.a.O., S. 175; KNEUBÜHLER, a.a.O., S. 107 ff.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rn. 548 ff.; SCHOTT, in: FHB-VerwR, a.a.O., Rn. 24.49; STEINMANN, in: SGK-BV, a.a.O., Art. 29 N. 59 ff.; RHINOW et al., Prozessrecht, a.a.O., Rn. 271 f. und 314; KIENER/KÄLIN, a.a.O., S. 487 f.). Die Möglichkeit einer Heilung wurde auch für Verfahren mit einer ausserordentlich langen Verfahrensdauer bestätigt, um dem Gebot der fristgemässen Beurteilung zu entsprechen (vgl. BGE 138 II 77 E. 4.3). Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte lässt die Heilung eines Verstosses gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs zu, soweit das

jeweilige Gericht über volle Kognition verfügt (vgl. Urteile des EGMR Dallos gegen Ungarn vom 1. März 2001, 29082/95, Ziff. 52; Mulosmani gegen Albanien vom 8. Oktober 2013, 29864/03, Ziff. 132 m.w.H.).

202 Im Hinblick auf die von den Beschwerdeführerinnen erhobenen Rügen wegen einer Verletzung des Gehörsanspruchs ist festzuhalten, dass diese letztlich allesamt auf Unterschiede in den jeweiligen Rechtsauffassungen von Vorinstanz und Beschwerdeführerinnen zurückzuführen sind. Zudem wurden die Sachpunkte, die eine Verletzung des rechtlichen Gehörs begründen sollen, von den Beschwerdeführerinnen in abgewandelter Form auch als Fehler im Rahmen der materiellen Würdigung des Sachverhalts und als Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes geltend gemacht. Die Vorinstanz hatte alle im Rahmen der Rügen vorgetragenen Sachpunkte abgeklärt und sich hierzu jeweils substanziell – wenn auch nicht im Sinne der Beschwerdeführerinnen und nicht in dem von diesen geforderten Umfang – geäussert, soweit sie für die Rechtsauffassung der Vorinstanz Bedeutung aufweisen.

203 Die Aspekte, die von den Beschwerdeführerinnen im Rahmen der erhobenen Rügen wegen einer Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör durch die Vorinstanz vorgebracht wurden, werden im Rahmen der materiellen Behandlung der Angelegenheit durch das Bundesverwaltungsgericht als Beschwerdeinstanz berücksichtigt, soweit sie für die Entscheidung massgeblich sind.

204 Ein Rechtsfehler im Hinblick auf die Beachtung des Anspruchs der Beschwerdeführerinnen auf rechtliches Gehör liegt demzufolge in casu unter keinem Gesichtspunkt vor.

205 Im Übrigen kommt dem Bundesverwaltungsgericht als Beschwerdeinstanz in kartellrechtlichen Sanktionsverfahren eine vollständige Entscheidungsgewalt mit umfassender Prüfungszuständigkeit zu (vgl. E. 147), weshalb es über die gleiche Kognition in Rechts- und Sachverhaltsfragen wie die Vorinstanz verfügt. Die Beschwerdeführerinnen konnten im Beschwerdeverfahren sämtliche Aspekte einbringen, mit denen sie eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör durch die Vorinstanz begründet haben. Das Bundesverwaltungsgericht kann demzufolge aufgrund der massgeblichen Sach- und Rechtslage eine abschliessende Entscheidung treffen. Diese ist unter Berücksichtigung des Gebots der fristgemässen Beurteilung angesichts der bisherigen Verfahrensdauer nun-

mehr auch vorzunehmen ([…]). Da der vorinstanzliche Vorwurf der Wettbewerbswidrigkeit des fraglichen wirtschaftlichen Verhaltens durch das Bundesverwaltungsgericht bestätigt wird und die Beschwerdeführerinnen mit ihrer Beschwerde im Wesentlichen unterliegen, würde eine Rückweisung überdies zu einem blossen formalistischen Leerlauf führen, selbst wenn von einer Verletzung des Gehörsanspruchs durch die Vorinstanz auszugehen wäre.

206 Da das Bundesverwaltungsgericht als Beschwerdeinstanz direkt eine Entscheidung in der Sache vornimmt, bedürfen die Rügen der Beschwerdeführerinnen wegen einer Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör keiner gesonderten Abhandlung unter dem Gesichtspunkt eines formellen Rechtsfehlers der Vorinstanz. Dies gilt umso mehr, als die von den Beschwerdeführerinnen gerügten Aspekte nicht zu einer wesentlich anderen inhaltlichen Beurteilung der Angelegenheit durch das Bundesverwaltungsgericht führen.

207–254 (…)

IV.8. Zwischenergebnis

255 Die von den Beschwerdeführerinnen beanstandeten formellen Aspekte mit Bezug auf das vorinstanzliche und das verwaltungsgerichtliche Verfahren stellen keine beachtenswerten Verfahrensmängel dar.

V. Relevanter Markt

256 Für die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 in Verbindung mit Art. 4 Abs. 2 KG (vgl. E. 311 ff.) ist es formal erforderlich, in einem ersten Schritt den massgeblichen Markt, auf dem diese marktbeherrschende Stellung eingenommen wird, abzugrenzen, bevor in einem zweiten Schritt die Marktstellung ermittelt werden kann (vgl. BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 9.1; DAVID/JACOBS, a.a.O., Rn. 696). Ungeachtet dessen stehen sich Marktabgrenzung und Ermittlung der Marktstellung nicht isoliert gegenüber, sondern üben eine gegenseitige Wechselwirkung aus, weil sie die notwendigen Elemente der Marktbeherrschungsanalyse bilden.

257 Das Kartellgesetz enthält weder eine Definition des relevanten Markts noch statuiert es einzelne Kriterien für dessen Bestimmung. Allerdings weist die Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (SR 251.4, nachfolgend: VKU) in Art. 11 Abs. 1 und 3 sachliche, räumliche und zeitliche Aspekte zur Beurteilung

von einzelnen Zusammenschlussvorhaben auf. Demzufolge lassen sich der sachlich, der räumlich und der zeitlich relevante Markt unterscheiden. Nach ständiger Rechtsprechung finden diese Abgrenzungskriterien auch für die Beurteilung von anderen Wettbewerbsbeschränkungen Anwendung (vgl. BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 9.1; Urteil B–506/2010, Gaba, E. 9).

V.1. Sachlich relevanter Markt

258 Die Vorinstanz nimmt im Bereich von Breitbandprodukten für den vorliegenden Sachverhalt eine Abgrenzung von zwei massgeblichen sachlich relevanten Märkten in Form eines Grosshandels- und eines Einzelhandelsmarkts jeweils für leitungsgebundene Breitbanddienstleistungen vor.

259 In Bezug auf den Einzelhandelsmarkt kommt die Vorinstanz zum Ergebnis, dass leitungsgebundene Zugänge zu Breitbanddiensten als Substitut für Dienstleistungen zu einem auf xDSL basierenden Internetzugang anzusehen sind. Leitungslose Zugangstechnologien wie UMTS, WLAN, WLL, BWA und Satelliten erachtet die Vorinstanz mit Bezug auf Eigenschaft und Verwendungszweck hingegen nicht als Substitut. Insbesondere aufgrund der höheren Preise, der in der Regel niedrigeren Übertragungsraten, der höheren Störungsanfälligkeit und der niedrigeren Verbindungsstabilität können leitungslose Internetzugänge nicht als gleichwertige Ausweichmöglichkeit betrachtet werden. Der dem Einzelhandelsmarkt vorgeschaltete Vorproduktmarkt umfasst gemäss der Vorinstanz als Grosshandelsprodukte die leitungsgebundenen Breitbandzugänge.

260–268 (…)

V.1.1. Grundlagen

269 Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren oder Dienstleistungen (nachfolgend: Produkte), die aufgrund ihrer wechselseitigen Substituierbarkeit eine eigenständige Produktgruppe bilden. Massgebend für die Qualifizierung der jeweiligen Substituierbarkeit ist hierbei eine wertende Beurteilung aller relevanten Aspekte, die im Einzelfall für oder gegen die Zusammenfassung bestimmter Produkte als eigenständige Produktgruppe und die Zuordnung eines einzelnen Produkts hierzu sprechen. Im Rahmen einer derartigen Gesamtanalyse kommt dabei keinem der prinzipiell zu berücksichtigenden Aspekte ein absoluter Vorrang aufgrund allgemeiner Umstände zu.

270 Wesentliche Grundlage dieser Beurteilung bildet in Bezug auf Absatzmärkte das Konzept der Nachfragesubstituierbarkeit (auch sog. Konzept der funktionellen Austauschbarkeit bzw. Bedarfsmarktkonzept), das prinzipiell in Art. 11 Abs. 3 VKU statuiert wird (vgl. BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 9.2.3.1; Urteil B–506/2010, Gaba, E. 9; Entscheid 20 Minuten E. 6.3.3; CLERC/KËLLEZI, in: CR-Concurrence, Art. 4 Abs. 2 N. 68 ff.; DAVID/JACOBS, a.a.O., Rn. 690; KÖCHLI/REICH, in: SHK-KG, a.a.O., Art. 4 N. 42; REINERT/BLOCH, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 2 N. 104 ff.; vgl. für das europäische Recht die Bekanntmachung der Kommission vom 9. Dezember 1997 über die Definition des relevanten Markts im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. C 372/5 Ziff. 13 m.H. zu weiteren Beurteilungsaspekten [nachfolgend: EU-Marktbekanntmachung]). Die Abgrenzung des sachlich relevanten Markts erfolgt aus der Sicht der Nachfrager als Marktgegenseite, das heisst der Abnehmer eines durch das marktbeherrschende Unternehmen abgesetzten Produkts. Massgebend ist dabei, welche anderen Waren oder Dienstleistungen mit dem infrage stehenden Produkt in Wettbewerb stehen. Dies ist immer dann der Fall, wenn die Austauschbarkeit der verschiedenen Produkte gegeben ist, weil sie aufgrund ihrer Eigenschaften, Preise und des vorgesehenen Verwendungszwecks von den Nachfragern als gleichwertig angesehen werden (vgl. Urteil des BGer 2A.298/2001 vom 14. August 2002, auszugsweise publ. in: BGE 129 II 18, Buchpreisbindung I, E. 5.2.1 und 7.3.1 und RPW 2002/4 S. 731; Urteil B–506/2010, Gaba, E. 9.1.4.1; Entscheid der REKO/WEF FB/2002-5 vom 20. März 2003 E. 5.1, in: RPW 2003/2 S. 406; BORER, a.a.O., Art. 5 N. 10; CLERC/KËLLEZI, in: CR-Concurrence, Art. 4 Abs. 2 N. 68 f.; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rn. 2.34 f.; ZÄCH, Kartellrecht, Rn. 538 f.; für das europäische Recht vgl. auch EU-Marktbekanntmachung Ziff. 39 f.; TORSTEN KÖRBER, Wettbewerbsrecht, Kommentar EU-Kartellrecht, 5. Aufl. 2012, Art. 2 FKVO N. 23, nachfolgend: EU-KOMM). Massgebend für die Abgrenzung des sachlich relevanten Markts ist demzufolge, welche Produkte aus der Sicht eines objektiven Nachfragers von bestimmten Leistungen diesen Bedarf in akzeptabler Weise zufriedenstellend erfüllen. Für eine zufriedenstellende Erfüllung ist es dabei einerseits nicht erforderlich, dass die Leistung in identischer Weise erbracht wird, andererseits ist eine bloss teilweise Austauschbarkeit nicht ausreichend (vgl. BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 9.2.3.5; Entscheid 20 Minuten E. 6.3.4 und 7.2.1; CLERC/KËLLEZI, in: CR-Concurrence, Art. 4 Abs. 2 N. 80; REINERT/BLOCH, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 2 N. 104). Die Austauschbarkeit eines Produkts ist insbesondere aufgrund von

funktionalen Sachüberlegungen, allgemeinen Verbraucherpräferenzen, bestehenden Marktstrukturen sowie von konkreten Marktbeobachtungen aller in Betracht kommenden ähnlichen Produkte zu bewerten; zudem können auch modellhafte Überlegungen, wie etwa der sogenannte SSNIP-Test (small but significant and nontransitory increase in price-Test), zur Abgrenzung herangezogen werden (vgl. BVGE 2011/32, Terminierung Mobilfunk, E. 9.5.3; Entscheid 20 Minuten E. 6.3.3; Entscheid der REKO/WEF FB/2004-1 vom 27. September 2005 E. 5.2.2, in: RPW 2005/4 S. 672, nachfolgend: Entscheid Ticketcorner; Verfügung der WEKO vom 5. März 2007 Ziff. 106, Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern, in: RPW 2007/2 S. 190, nachfolgend: Verfügung Publigroupe; BORER, a.a.O., Art. 5 N. 12; REINERT/BLOCH, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 2 N. 116 ff.; CLERC/KËLLEZI, in: CR-Concurrence, a.a.O., Art. 4 Abs. 2 N. 76; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rn. 2.38; so auch im europäischen Recht, vgl. EU-Marktbekanntmachung Ziff. 36 ff.; FUCHS/MÖSCHEL, in: EU-KOMM, a.a.O., Art. 102 AEUV N. 50).

271 Die Beurteilung in Bezug auf Beschaffungsmärkte erfordert eine gegenüber dem Konzept der Nachfragesubstituierbarkeit abgewandelte Herangehensweise. Bei Sachverhalten mit Beschaffungsmärkten handelt es sich um Konstellationen einer Ausübung von Nachfragemacht, welche dem betreffenden (potenziell) marktbeherrschenden Unternehmen gegenüber seinen Lieferanten zukommt. Für die Abgrenzung des sachlich relevanten Markts ist auch hierbei auf die Sichtweise des Lieferanten als Marktgegenseite abzustellen. Das massgebliche Differenzierungskriterium bildet aber der Umstand, ob einem Lieferanten neben der Belieferung des marktbeherrschenden Unternehmens noch weitere Absatzmöglichkeiten offenstehen (vgl. Verfügungen der WEKO vom 8. November 2004 Ziff. 35, in: RPW 2005/1 S. 146, nachfolgend: Verfügung CoopForte, und vom 3. September 2007 E. 205, in: RPW 2008/1 S. 129, nachfolgend: Verfügung Migros/Denner; REINERT/BLOCH, in: BSK-KG, a.a.O., Art 4 Abs. 2 N. 213 ff.; ausführlich auch MEINHARDT/PRÜMMER, Organisation des Einkaufs, in: CH-EU-Wettbewerbsrecht, a.a.O., Rn. 9.88 ff.; DAVID/JACOBS, a.a.O., Rn. 696; […]). Demgegenüber ist der Aspekt der Austauschbarkeit von dessen Produkten durch andere Waren oder Dienstleistungen nicht von direkter Bedeutung. Die Austauschbarkeit der Produkte ist allenfalls ein Gesichtspunkt für die Beurteilung des Ausmasses

der Marktbeherrschung durch das betreffende marktbeherrschende Unternehmen, weil ein hoher Grad an Austauschbarkeit als Druckmittel gegenüber dem Lieferanten eingesetzt werden könnte.

272 Ungeachtet dessen, dass der potenzielle Wettbewerb nach ganz überwiegender Ansicht in Rechtsprechung und Literatur nur im Rahmen der Marktstellung, nicht aber bei der Marktabgrenzung zu berücksichtigen ist (vgl. Entscheide 20 Minuten E. 6.3.2 und Ticketcorner E. 5.5.2; REINERT/BLOCH, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 2 N. 170; ROGER ZÄCH, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, in: SIWR V/2, a.a.O., S. 163; CLERC/KËLLEZI, in: CR-Concurrence, a.a.O., Art. 4 Abs. 2 N. 67; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rn. 2.41; im Ergebnis wohl auch BORER, a.a.O., Art. 5 N. 12 und 24; DAVID/JACOBS, a.a.O., Rn. 697; für das EU-Recht vgl. EU-Marktbekanntmachung Ziff. 24; differenzierend MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 16 Rn. 23, die auf die Zweckmässigkeit im Rahmen der Prüfung abstellen), ist nach einer ebenfalls überwiegenden Ansicht bei der Beurteilung des sachlich relevanten Markts grundsätzlich das Konzept der Angebotssubstituierbarkeit zu berücksichtigen. Danach sind auch Produkte, bei denen eine funktionale Austauschbarkeit aus Sicht der Nachfrager nicht gegeben ist, dennoch in den sachlich relevanten Markt einzubeziehen, wenn aufseiten des jeweiligen Herstellers dieser Produkte eine hohe Angebotsumstellungsflexibilität vorhanden ist (vgl. Verfügungen CoopForte E. 31 ff. und Migros/Denner E. 205; BORER, a.a.O., Art. 5 N. 12). Diese Angebotsumstellungsflexibilität liegt dann vor, wenn der Hersteller innerhalb kürzester Frist und mit vernachlässigbar geringen Kosten seine Produktion umstellen und dadurch Produkte herstellen kann, bei denen die funktionale Austauschbarkeit zu den anderen Produkten der jeweiligen Produktgruppe gegeben ist (vgl. BORER, a.a.O., Art. 5 N. 12; REINERT/BLOCH, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 2 N. 170; MEINHARDT/PRÜMMER, in: CH-EU-Wettbewerbsrecht, a.a.O., Rn. 9.90; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rn. 2.39; für das europäische Recht vgl. EU-Marktbekanntmachung Ziff. 20; bestätigend beispielsweise Urteil Telefónica SA Rn. 113; KÖRBER, in: EU-KOMM, a.a.O., Art. 2 FKVO N. 25 und 57 ff.; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 16 Rn. 22). Die Bejahung der Angebotsumstellungsflexibilität führt dazu, dass insgesamt eine weiter gefasste Produktgruppe als massgeblicher sachlich relevanter Markt abzugrenzen ist.

273 Die Notwendigkeit zur Prüfung der Angebotssubstituierbarkeit bei Sachverhalten gemäss Art. 7 KG wird in Praxis und Literatur bislang

unterschiedlich beurteilt. Nach einer Ansicht stellt eine bloss theoretische Alternative, auch wenn sie kurzfristig vorgenommen werden könne, keine tatsächliche Ausweichmöglichkeit für die von einer Behinderung oder Ausbeutung betroffenen Wirtschaftsteilnehmer dar, weshalb entsprechende Produkte im Rahmen der sachlichen Marktabgrenzung nicht ohne Weiteres zu berücksichtigen seien (Entscheid Ticketcorner E. 5.2.2). Nach anderer Ansicht ist der Aspekt der Angebotsumstellungsflexibilität auch im Rahmen von Art. 7 KG zu berücksichtigen (vgl. Schlussbericht des WEKO-Sekretariats vom 7. August 2007, Beschaffung von Leichten Transport- und Schulungshelikoptern [LTSH] durch armasuisse, Ziff. 37c, in: RPW 2007/4 S. 517; Verfügung der WEKO vom 21. Oktober 2013 Ziff. 97 und 125, Swatch Group Lieferstopp, in: RPW 2014/1 S. 215; jeweils allerdings ohne jegliche inhaltliche Auseinandersetzung mit dieser Sachfrage und der Feststellung der REKO/WEF in Sachen Ticketcorner; REINERT/BLOCH, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 2 N. 150 f.).

274 Bei einer Abgrenzung des relevanten Markts als Grundlage der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung ist der Schutzzweck der im Kartellgesetz jeweils vorgesehenen Normen zur Verhinderung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens von marktbeherrschenden Unternehmen zu berücksichtigen. Bei der Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen gemäss Art. 10 KG ist die Untersuchung der marktbeherrschenden Stellung auf die Feststellung der aktuellen Marktstruktur und eine Prognose der sich daraus ergebenden zukünftigen möglichen Beeinträchtigungen des Wettbewerbs ausgerichtet. Bei diesem Untersuchungsansatz ist es selbstredend beachtlich, ob zukünftig einzelne Unternehmen aufgrund einer einfachen Produktionsumstellung auch austauschbare Produkte herstellen könnten, die dem sachlich relevanten Markt zuzuordnen wären. Demgegenüber ist die Prüfung eines missbräuchlichen Verhaltens gemäss Art. 7 KG jedenfalls im Regelfall auf die Untersuchung eines in der Vergangenheit liegenden wirtschaftlichen Verhaltens und die dadurch allenfalls bereits eingetretenen Beeinträchtigungen des Wettbewerbs ausgerichtet. Bei diesem Untersuchungsansatz ist es prinzipiell unbeachtlich, ob möglicherweise in Zukunft weitere austauschbare Produkte auf dem sachlich relevanten Markt vorhanden sein könnten. Denn die betroffenen Unternehmen verfügen bis zur Vornahme von Massnahmen durch die Wettbewerbsbehörden tatsächlich nicht über eine reale Ausweichmöglichkeit auf derartige austauschbare Produkte, weshalb sie der Einwirkung des marktbeherrschenden Unternehmens faktisch keine Alternative entgegensetzen können. Aus den divergierenden Untersuchungsansätzen ergibt sich daher

im Regelfall auch ein unterschiedlicher Inhalt der Marktabgrenzung (vgl. ZÄCH, in: SIWR V/2, a.a.O., S. 164 f.; vgl. auch EU-Marktbekanntmachung Ziff. 12, in Bezug auf den räumlichen Markt; sowie Urteil Telefónica SA Rn. 273 für eine Differenzierung zwischen der Prüfung eines Unternehmenszusammenschlusses und eines Marktmachtmissbrauchs im Hinblick auf die Beurteilung von zukünftigen Auswirkungen).

275 Im Rahmen der Abgrenzung des sachlich relevanten Markts zur Untersuchung einer Wettbewerbsbeeinträchtigung gemäss Art. 7 KG findet demzufolge jedenfalls im Regelfall der Aspekt der Angebotssubstituierbarkeit keine Beachtung. Dies gilt jedoch ausnahmsweise dann nicht, wenn aufgrund der konkreten Sachverhaltskonstellation gerade (auch) ein bestimmtes Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens in der Zukunft zu beurteilen ist. Eine solche Ausnahme bildete etwa die Sachverhaltskonstellation im Fall Swatch Group Lieferstopp, bei dem eine angekündigte zukünftige Liefereinschränkung durch ein marktbeherrschendes Unternehmen zu beurteilen war.

V.1.2. Abgrenzung von leitungsgebundenen gegenüber leitungslosen Breitbanddienstleistungen

276 Im Hinblick auf die Bereitstellung von Breitbanddienstleistungen lassen sich leitungsgebundene und leitungslose Dienstleistungen unterscheiden ([…]). Soweit die leitungslosen Breitbandtechnologien während des massgeblichen Zeitraums bereits entwickelt und verfügbar waren, wiesen sie jedenfalls hinsichtlich Bandbreite, Qualität und Preis erhebliche Nachteile auf, die sich in einer deutlich eingeschränkten Möglichkeit zu einer dauernden, stabilen und wirtschaftlichen Nutzung des Internets gegenüber den leitungsgebundenen Breitbanddienstleistungen niederschlugen ([…]). Die leitungslosen Breitbanddienstleistungen stellten daher aus Sicht der Nachfrager kein mögliches Austauschprodukt gegenüber den leitungsgebundenen Breitbanddienstleistungen dar und sind demzufolge nicht in den sachlich relevanten Markt einzubeziehen. Diese Einschätzung wurde durch das Bundesverwaltungsgericht bereits im Jahr 2009 im Rahmen des Entscheids Marktzugang schneller Bitstrom bestätigt, indem auch dort die Austauschbarkeit von leitungsgebundenen Breitbandprodukten durch leitungslose Technologien verneint worden war (BVGE 2009/35, Marktzugang schneller Bitstrom, E. 8.4.3; vgl. ebenso Entscheidungen 2003/707/EG Rn. 83; 2008/C 83/05 Rn. 196). Die Beschwerdeführerinnen haben gegenüber dieser Marktabgrenzung im Beschwerdeverfahren auch keine Einwände mehr erhoben.

V.1.3. Abgrenzung Gross- und Einzelhandelsmarkt

277 Eine für viele Produktgruppen verbreitete Abgrenzung des sachlich relevanten Markts bildet die Unterscheidung nach Absatzstufen zwischen dem Grosshandelsmarkt, das heisst dem Markt, auf dem sich Wiederverkäufer mit den jeweils austauschbaren Produkten eindecken, um sie an Endkunden weiter zu veräussern, und andererseits dem Einzelhandelsmarkt, das heisst dem Markt, auf dem sich Endkunden mit den jeweils austauschbaren Produkten für ihren eigenen Bedarf eindecken (vgl. BVGE 2011/32, Terminierung Mobilfunk, E. 9.5.2; Verfügung der WEKO vom 17. März 2008 Ziff. 54, in: RPW 2008/4 S. 593, nachfolgend: Verfügung Coop/Carrefour; Stellungnahmen der WEKO vom 31. Juli 2007 Ziff. 22 f, Tech Data/Actebis, in: RPW 2007/3 S. 454; vom 31. August 2006 Ziff. 12 ff., Galenica/Unione, in: RPW 2006/3 S. 498; Schlussbericht Talk & Surf E. 34; Verfügung der WEKO vom 3. Dezember 2001 Ziff. 88 ff., Mobilfunkmarkt, in: RPW 2002/1 S. 97; REINERT/BLOCH, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 2 N. 211; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rn. 2.944). Eine entsprechende Differenzierung ist immer dann gerechtfertigt, wenn sich die Nachfrage von Wiederverkäufern und Endkunden oder der Absatz der Produkte auf den beiden Absatzstufen in einem erheblichen Ausmass unterscheiden (sog. Theorie der getrennten Märkte; vgl. BVGE 2011/32, Terminierung Mobilfunk E. 9.5.2; MATTHIAS AMGWERD, Netzzugang in der Telekommunikation, 2008, Rn. 199, mit Verweis auf die Verfügung ADSL I Ziff. 94; HEIZMANN, a.a.O., Rn. 281 ff.).

278 Eine massgebliche Unterscheidung aufgrund der Absatzstruktur ergibt sich dabei immer dann, wenn die Endkunden aufgrund der Geschäftspraxis der Lieferanten des Grosshandelsmarkts über keinen allgemeinen Zugang zu den Produkten auf Grosshandelsstufe verfügen und diese nur an Wiederverkäufer abgesetzt werden. Bei derartigen Konstellationen bilden sich zwangsläufig zwei Gruppen von Nachfragern und damit eine eigenständige Nachfrage nach Grosshandels- und Einzelhandelsprodukten: (i) zum einen die Endkunden als Nachfrager auf Einzelhandelsstufe, weil sich für diese von vornherein eine Beschränkung auf die im Einzelhandelsmarkt verfügbaren Produkte einstellt und demzufolge keine Austauschbarkeit mehr mit den Grosshandelsprodukten gegeben ist; (ii) zum anderen die Wiederverkäufer als Nachfrager auf der Grosshandelsstufe, weil für sie die Produkte des Einzelhandelsmarkts zumindest aus wirtschaftlichen Gründen nicht mit den Grosshandelsprodukten aus-

tauschbar sind; unter Umständen können die Produkte des Einzelhandelsmarkts sogar aufgrund ihrer spezifischen Ausgestaltung für den Endkunden auf dem Grosshandelsmarkt überhaupt nicht mehr oder zumindest nicht mehr mit einem wirtschaftlich vertretbaren Aufwand verwendet werden.

279 Im vorliegenden Fall handelt es sich bei den vorhandenen drahtgebundenen Breitbandprodukten BBCS auf Grosshandelsstufe und xDSL auf Einzelhandelsstufe zwar in technischer Hinsicht um praktisch identische und damit vergleichbare Produkte. Allerdings erfolgt ihr Absatz auf andere Art und Weise, weil sie auf Gross- und Einzelhandelsstufe durch die Swisscom-Gruppe in unterschiedlicher Weise konfiguriert und vermarktet werden und der Zugang zu den Grosshandelsprodukten für Endkunden von vornherein ausgeschlossen wird. Die Swisscom-Gruppe vermarktet das Grosshandelsprodukt BBCS in bestimmten Konfigurationen nur gegenüber Internetdienstanbietern, welche dieses als Einzelhandelsprodukt xDSL unter anderem Namen und in anderen Produktkonfigurationen an ihre Endkunden veräussern. Die Swisscom-Gruppe vermarktet die Einzelhandelsprodukte xDSL ebenfalls in anderen Produktkonfigurationen über Bluewin an ihre Endkunden. Demzufolge sind die Nachfrager des Grosshandelsprodukts BBCS die anderen Internetdienstanbieter, während als Nachfrager der Einzelhandelsprodukte xDSL die Endkunden zu gelten haben. Für Internetdienstanbieter ist eine Abnahme von xDSL-Einzelhandelsprodukten der Bluewin ausgeschlossen, weil sie in den durch Bluewin ausgestalteten Produktkonfigurationen ihren eigenen Kunden nicht angeboten werden können. Vorliegend ist demzufolge von einer differenzierten Nachfrage und somit von unterschiedlichen Gross- und Einzelhandelsmärkten auszugehen.

280 Die entsprechende Abgrenzung wurde bereits in vorhergehenden gleich gelagerten Fällen im Bereich der Telekommunikationsdienstleistungen vorgenommen. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat jeweils einen Gross- und einen Einzelhandelsmarkt für Breitbanddienstleistungen unterschieden (vgl. Entscheid der REKO/WEF vom 30. Juni 2005 E. 5.2, in: RPW 2005/3 S. 505, ADSL I). Das Bundesverwaltungsgericht hat diese Marktabgrenzung in zwei die Beschwerdeführerinnen betreffenden Fällen (BVGE 2009/35, Marktzugang schneller Bitstrom, E. 8.4.2; 2011/32, Terminierung Mobilfunk, E. 9.5.2) bestätigt. Auch die Europäische Kommission differenziert in gleich gelagerten Fällen zwischen

Gross- und Einzelhandelsmärkten (vgl. Entscheidungen 2003/707/EG Rn. 61; 2008/C 83/05 Rn. 145 ff.).

281 Entgegen dem unspezifizierten und allgemein gehaltenen Einwand der Beschwerdeführerinnen führt eine Differenzierung zwischen einem Gross- und einem Einzelhandelsmarkt auch nicht zu einem nicht gerechtfertigten Schutz einzelner Wettbewerber. Zunächst ist festzuhalten, dass eine Verfolgung von wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens zur Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung des wirksamen Wettbewerbs zwangsläufig zu einem Schutz der dadurch betroffenen Marktteilnehmer führt. Soweit es sich bei diesen Marktteilnehmern auch um Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens handelt, profitieren demzufolge auch diese berechtigterweise von der dadurch erzielten Schutzwirkung. Denn durch die Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung wird die dadurch hervorgerufene Beeinträchtigung ihrer eigenen wirtschaftlichen Freiheit beseitigt. Um im Einzelfall ausnahmsweise eine unberechtigte Bevorteilung eines Wettbewerbers zu belegen, bedarf es demzufolge einer eingehenden Begründung, die vorliegend von den Beschwerdeführerinnen nicht vorgetragen wurde. Ein solcher Grund ist auch nicht ersichtlich, weil vom Verhalten der Swisscom-Gruppe nicht nur einzelne Konkurrenten, sondern sämtliche Internetdienstanbieter gleichermassen betroffen waren.

V.1.4. Grosshandelsmarkt

282 Für die Abgrenzung des Grosshandelsmarkts sind alle Grosshandelsprodukte an leitungsgebundenen Breitbanddienstleistungen heranzuziehen, die aus der Sicht der Internetdienstanbieter als Wiederverkäufer in gleicher Weise geeignet waren, um nach einer individuellen Produktkonfiguration an Endkunden vermarktet zu werden.

283 Für diese Marktabgrenzung sind entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen sonstige Vorprodukte an Telekommunikationsleistungen, die von der Swisscom-Gruppe und den anderen Internetdienstanbietern zusammen mit den jeweiligen breitbandigen Einzelhandelsprodukten xDSL auf der Einzelhandelsstufe zu Bündelangeboten kombiniert werden, nicht zu berücksichtigen. Zum einen können diese Vorprodukte nach unstrittiger Ansicht schon aus technischen Gründen die BBCS-Grosshandelsprodukte nicht ersetzen, weshalb die funktionale Austauschbarkeit zwischen den beiden Arten an Produkten von vornherein nicht gegeben ist. Zum anderen hat die Swisscom-Gruppe im massgeblichen

Zeitraum auf der Grosshandelsstufe überhaupt keine Bündelangebote gegenüber den Internetdienstanbietern vermarktet. Vielmehr wurden nur getrennt einerseits Telefoniedienste zu regulierten Bedingungen und andererseits das Breitbandprodukt BBCS angeboten.

284 Des Weiteren ist Folgendes zu berücksichtigen: Die Abgrenzung des sachlich relevanten Markts wird auch durch die Art und den Inhalt des jeweiligen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens mitbestimmt (vgl. E. 312). Wie nachfolgend dargelegt wird, sind die Bündelangebote im Rahmen einer Beurteilung der Wirtschaftlichkeit der von der Swisscom-Gruppe angebotenen Breitbanddienstleistungen nicht zu berücksichtigen ([…]). Auch aus diesem Grund scheidet eine Berücksichtigung derartiger Bündelangebote im Rahmen der Abgrenzung des sachlich relevanten Markts von vornherein aus. Diese Qualifizierung gilt unabhängig davon, dass auf dem nachgelagerten Einzelhandelsmarkt von den Endkunden Bündelangebote nachgefragt werden.

285 Die notwendige Voraussetzung für eine Austauschbarkeit eines Produkts besteht zunächst allerdings darin, dass den Internetdienstanbietern als Marktgegenseite überhaupt verschiedene Produkte zur Verfügung stehen.

286 Unstreitig ist, dass im massgeblichen Zeitraum auf dem Grosshandelsmarkt mit dem von der Swisscom-Gruppe angebotenen drahtgebundenen BBCS nur ein leitungsgebundenes Grosshandelsprodukt für die Internetdienstanbieter zur Verfügung stand. Darüber hinaus wurden keine vergleichbaren Produkte angeboten, welche das BBCS der Swisscom-Gruppe hätten sachgerecht ersetzen können. Auch wenn, wie von den Beschwerdeführerinnen angemerkt, zwei lokale Kabelnetzbetreiber im massgeblichen Zeitraum zeitweise ein Grosshandelsprodukt angeboten haben sollten, so lässt sich daraus nicht die Möglichkeit einer umfassenden – und im Hinblick auf den räumlich relevanten Markt einer landesweiten – Versorgung für alle Internetdienstanbieter ableiten.

287 Die strom- und glasfasergebundenen Breitbandtechnologien stellten im massgeblichen Zeitraum bereits angesichts der fehlenden Verbreitung und Verfügbarkeit sowie der fehlenden technischen Ausgereiftheit ([…]) keine angemessenen Substitute für die drahtgebundenen Breitbandprodukte der Swisscom-Gruppe dar. Abgesehen davon wurde auf Grosshandelsstufe auch kein entsprechendes Produkt angeboten. Dieser Umstand wird auch von den Beschwerdeführerinnen nicht bestritten.

288 Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen sind für die Abgrenzung des sachlich relevanten Markts zudem weder die theoretische Möglichkeit zur Bereitstellung eines kabelgebundenen Grosshandelsprodukts noch die Eigenleistungen der Kabelnetzbetreiber zu berücksichtigen.

289 Im Hinblick auf die von den Beschwerdeführerinnen unterstellte Möglichkeit, wonach die Kabelnetzbetreiber den Internetdienstanbietern jederzeit ein kabelgebundenes Grosshandelsprodukt hätten anbieten können, kann dahingestellt bleiben, ob die Bereitstellung eines solchen Produkts überhaupt technisch möglich gewesen wäre oder nicht. Unstrittig ist, dass ein solches Produkt von den Kabelnetzbetreibern im massgeblichen Zeitraum nicht angeboten wurde und im Übrigen auch bis zum heutigen Tage nicht angeboten wird.

290 Wie vorstehend dargelegt wurde, sind für eine rein vergangenheitsbezogene Untersuchung eines missbräuchlichen Verhaltens durch ein marktbeherrschendes Unternehmen tatsächlich nicht vorhandene, theoretisch aber herstellbare Produkte weder unter dem Aspekt der Angebotsumstellungsflexibilität noch des potenziellen Wettbewerbs im Rahmen einer Marktabgrenzung zu berücksichtigen. Im vorliegenden Fall ist ein bestimmtes wirtschaftliches Verhalten im Breitbandgeschäft der Swisscom-Gruppe während des massgeblichen Zeitraums zwischen April 2004 und Dezember 2007 zu beurteilen, welches seit Anfang 2008 nicht mehr ausgeübt wurde. Es hat demzufolge eine rein vergangenheitsbezogene Beurteilung stattzufinden. Gründe, die im vorliegenden Sachverhalt ausnahmsweise eine Berücksichtigung theoretischer Angebote rechtfertigen würden, sind weder ersichtlich noch werden sie von den Beschwerdeführerinnen vorgebracht.

291 Im Übrigen wäre ein theoretisches Grosshandelsangebot der Kabelnetzbetreiber auch unter Zugrundelegung des Konzepts der Angebotsumstellungsflexibilität nicht zu berücksichtigen gewesen. Bei den Kabelnetzbetreibern handelt es sich um über 400 Unternehmen, die in annähernd 20 Kooperationen zusammenarbeiten. Um überhaupt ein dem BBCS sachlich entsprechendes Konkurrenzprodukt herstellen zu können, hätten die Internetdienstanbieter mit mindestens 20 Kooperationen – die wiederum innerhalb ihrer Organisation Einigkeit hätten herstellen müssen – eine entsprechende organisatorische und wirtschaftliche Abstimmung herbeiführen und im Hinblick auf die notwendigen eigenen infrastrukturellen Massnahmen eine langfristige vertragliche Vereinbarung abschliessen müssen.

Ein solches Vorgehen ist offensichtlich kaum praktikabel, weil es einen enormen Aufwand erfordert und nicht Erfolg versprechend ist. Bezeichnenderweise wird ein entsprechendes Produkt von den Kabelnetzbetreibern bis heute denn auch nicht angeboten. Des Weiteren hätten bei einem Wechsel des Breitbandsystems gewisse Infrastrukturmassnahmen, wie ein Austausch der Modems aufseiten der Endkunden, vorgenommen werden müssen. Es ist daher in jedem Fall ausgeschlossen, dass Kabelnetzbetreiber in kürzester Zeit und mit vernachlässigbar geringen Kosten im massgeblichen Zeitraum ein nutzbares Grosshandelsprodukt für Breitbanddienstleistungen hätten bereitstellen können. Im Übrigen hatte auch die EU-Kommission bereits im Fall Deutsche Telekom entschieden, dass drahtgebundene Grosshandelsprodukte durch ein nur theoretisch verfügbares kabelgebundenes Breitbandprodukt nicht substituierbar seien, weil ein Internetdienstanbieter für die Umsetzung einer Substitution gezwungen gewesen wäre, mit über 100 gewerblichen Netzbetreibern eine Vertriebsvereinbarung zu schliessen (Entscheidung 2003/707/EG Rn. 88).

292 Mit dem Begriff « Eigenleistungen » wird das konzerninterne Beschaffungsvolumen bezeichnet. Es umfasst denjenigen Teil der gesamten Grosshandelsproduktion eines vertikal integrierten Unternehmens, den dieses nicht weiterverkauft, sondern weiterverarbeitet, um es anschliessend auf dem Einzelhandelsmarkt selbst zu veräussern. Die Wettbewerbskommission berücksichtigt das konzerninterne Beschaffungsvolumen vertikal integrierter Unternehmen in ständiger Praxis dann, wenn die Marktgegenseite sowohl die Produkte von integrierten als auch diejenigen von nicht integrierten Anbietern als Substitute betrachtet (vgl. Verfügungen Coop/Carrefour Ziff. 98; Migros/Denner Ziff. 226). Die Berücksichtigung des konzerninternen Beschaffungsvolumens setzt mit anderen Worten ein vertikal integriertes Unternehmen voraus, welches ein Vorprodukt auf dem Grosshandelsmarkt anbietet. Die Beschwerdeführerinnen verkennen demzufolge, dass im vorliegenden Fall die notwendigen Voraussetzungen für eine Berücksichtigung von Eigenleistungen nicht erfüllt sind. Weder handelt es sich bei den Kabelnetzbetreibern um vertikal integrierte Unternehmen noch bieten sie ein Vorprodukt an, welches als Substitut zum Vorprodukt der Beschwerdeführerinnen angesehen werden kann. Somit kann in der Nicht-Berücksichtigung der Eigenleistung der Kabelinternetanbieter kein Widerspruch zur bisherigen Praxis der Vorinstanz erblickt werden, vielmehr handelt es sich dabei sogar um deren Bestätigung.

293 Auf Grosshandelsstufe umfasst der sachlich relevante Markt für Breitbandprodukte demzufolge ausschliesslich das von der Swisscom-Gruppe für die anderen Internetdienstanbieter bereitgestellte Breitbandprodukt BBCS.

V.1.5. Einzelhandelsmarkt

294 Für die Abgrenzung des Einzelhandelsmarkts sind alle Einzelhandelsprodukte an leitungsgebundenen Breitbanddienstleistungen heranzuziehen, die aus der Sicht der Endkunden im massgeblichen Zeitraum in gleicher Weise geeignet waren, den eigenen Bedarf zu decken.

295 Im massgeblichen Zeitraum standen den Endkunden auf dem Einzelhandelsmarkt die drahtgebundenen xDSL-Produkte, die von der Swisscom-Gruppe und den Abnehmern des BBCS angeboten wurden, und die kabelgebundenen Breitbandprodukte der Kabelnetzbetreiber, insbesondere der Cablecom, sowie in einem geringen Umfang auch glasfasergebundene und stromgebundene Breitbandprodukte zur Verfügung.

296 Auch wenn zwischen den damaligen xDSL- und den kabelgebundenen Breitbandprodukten technische Unterschiede bestanden, die sich in der prinzipiellen Übertragungskapazität und anderen Nutzungsmerkmalen unter den konkreten Umständen des Einzelfalls niederschlagen konnten, wiesen sie bei einer Gesamtbetrachtung aus der Sicht der Endkunden als Nachfrager von Einzelhandelsprodukten grundsätzlich sehr ähnliche Eigenschaften im Hinblick auf den allgemeinen Einsatzzweck auf. Dasselbe gilt letztlich auch für die glasfaser- und stromgebundenen Breitbandprodukte, auch wenn deren Bedeutung in der Praxis sehr beschränkt war.

297 Dadurch wird nicht ausgeschlossen, dass sich für spezifische Verwendungszwecke auch besondere Endkundenmärkte ausgebildet hatten. Im vorliegenden Zusammenhang sind die Überprüfung und der Nachweis einer detaillierteren Marktabgrenzung jedoch nicht erforderlich, weil dieser keine Relevanz für die Beurteilung des Einflusses des Einzelhandelsmarkts auf den Grosshandelsmarkt zukommt.

298 Der sachlich relevante Einzelhandelsmarkt umfasst daher die leitungsgebundenen Breitbandprodukte.

V.2. Räumlich relevanter Markt

299 Nach der Marktabgrenzung der Vorinstanz umfasst der räumlich relevante Markt ausgehend vom Nachfrageverhalten der Marktgegenseite das ganze Staatsgebiet der Schweiz.

300–301 (…)

302 Der räumlich relevante Markt umfasst das geografische Gebiet, innerhalb dessen die wechselseitig substituierbaren Produkte der sachlich relevanten Produktgruppe von den jeweiligen Wettbewerbern unter hinreichend gleichwertigen Wettbewerbsbedingungen abgesetzt werden (vgl. im Ergebnis so bereits BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 9.2.1; Urteil B–506/2010, Gaba, E. 9.2; BVGE 2011/32, Terminierung Mobilfunk, E. 9.6; Verfügungen Publigroupe E. 121; Migros/Denner E. 235 ff. und CoopForte E. 39; CLERC/KËLLEZI, in: CR-Concurrence, a.a.O., Art. 4 Abs. 2 N. 97 ff.; DAVID/JACOBS, a.a.O., Rn. 693; HEIZMANN, a.a.O., Rn. 269 ff.; REINERT/BLOCH, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 2 N. 218 ff.; WALTER A. STOFFEL, Wettbewerbsabreden, in: SIWR V/2, a.a.O., S. 90; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rn. 2.43 ff.; ZÄCH/HEIZMANN, Markt und Marktmacht, in: CH-EU-Wettbewerbsrecht, a.a.O., Rn. 2.11). Massgebend für die Qualifizierung einer Gleichwertigkeit der Wettbewerbsbedingungen ist eine wertende Beurteilung aller relevanten Aspekte, die im Einzelfall für oder gegen eine Unterscheidung von bestimmten geografischen Bereichen sprechen. Im Rahmen einer derartigen Gesamtanalyse kommt keinem der prinzipiell zu berücksichtigenden Aspekte ein absoluter Vorrang aufgrund allgemeiner Überlegungen zu.

303 Grundlage für eine entsprechende Beurteilung sind im Einzelfall funktionelle Sachaspekte in Bezug auf das wirtschaftliche Verhalten von Nachfragern und Anbietern der Produkte, welche geografische Auswirkungen nach sich ziehen, wie dies prinzipiell in Art. 11 Abs. 3 VKU vorgesehen ist. Massgebend für die Abgrenzung des räumlich relevanten Markts ist dabei, ob in einem bestimmten geografischen Gebiet spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen gegenüber denjenigen in den angrenzenden Gebieten vorzufinden sind. Der räumlich relevante Markt kann dadurch im Einzelfall lokal, regional, national, international oder weltweit abzugrenzen sein (vgl. BORER, a.a.O., Art. 5 N. 15; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rn. 2.45).

304 Sachaspekte, die geografische Auswirkungen aufweisen und demzufolge im Regelfall zu berücksichtigen sind, stellen insbesondere folgende Umstände dar: (i) Allgemeine Rahmenbedingungen wie Rechtsvorschriften, Industrie- und Branchenstandards sowie Handelsmodalitäten, die für den Zugang zu den jeweiligen Gebieten sowie den Absatz der Produkte und den Wirtschafts- und Rechtsverkehr zu beachten sind (vgl. REINERT/BLOCH, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 2 N. 231 ff.); (ii) allgemeine Gesellschaftsaspekte wie Sprachen, Sitten und Gebräuche sowie sonstige kulturelle Eigenheiten, bekannte Präferenzen und übliche Verhaltensmuster der Nachfrager oder Anbieter (vgl. Stellungnahme der WEKO vom 20. August 2007 Ziff. 70 f., Tamedia AG/Espace Media Groupe, in: RPW 2007/4 S. 605; REINERT/BLOCH, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 2 N. 241 f.; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rn. 553); (iii) konkret-objektive Aspekte des Produktabsatzes wie Transportdauer, Transportkosten und sonstige Umstände der Belieferung beziehungsweise Abholung (vgl. REINERT/BLOCH, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 2 N. 224; STOFFEL, in: SIWR V/2, a.a.O, S. 90 f.; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rn. 553); (iv) konkrete subjektive Aspekte des Produktabsatzes wie insbesondere die Ausgestaltung der Produkte, Preise und Geschäftsbedingungen durch das potenziell marktbeherrschende Unternehmen und seine Wettbewerber sowie allenfalls sich daraus ergebende Preisunterschiede, Preis- und sonstige Korrelationen (vgl. REINERT/BLOCH, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 2 N. 252 ff.); (v) Auswirkungen des infrage stehenden Verhaltens eines potenziell marktbeherrschenden Unternehmens.

305 Auf der Grosshandelsstufe wurde das Breitbandprodukt BBCS von der Swisscom-Gruppe innerhalb der ganzen Schweiz zu einheitlichen Preisen und Geschäftsbedingungen an andere Internetdienstanbieter abgegeben. Die Auswirkungen eines missbräuchlichen Verhaltens zeigten sich demzufolge auch innerhalb der gesamten Schweiz. Die Internetdienstanbieter wiederum haben auch eine landesweite Belieferung nachgefragt, weil zumindest der wesentliche Teil von ihnen ihre auf dem BBCS aufbauenden Einzelhandelsprodukte auch in der gesamten Schweiz vertrieben hat. Weder aus den allgemeinen Rahmenbedingungen noch den allgemeinen Gesellschaftsaspekten noch den konkret-objektiven Aspekten des Produktabsatzes sind Gründe ersichtlich, die auf eine sachlich sinnvolle regionale Abgrenzung innerhalb der Schweiz hindeuten würden. Die Beschwerdeführerinnen haben auch keine entsprechenden beachtenswerten Gründe vorgebracht. Der räumliche Grosshandelsmarkt für Breitbandprodukte umfasst demzufolge die gesamte Schweiz.

306 Auf dem Einzelhandelsmarkt wurden die verschiedenen xDSL-Einzelhandelsprodukte der Swisscom-Gruppe innerhalb der ganzen Schweiz zu jeweils einheitlichen Preisen und Geschäftsbedingungen an Endkunden abgegeben. Gleiches gilt auch für die anderen xDSL-Breitbandinternetprodukte, die von anderen Internetdienstanbietern in der ganzen Schweiz vermarktet wurden, wie im Übrigen auch für die kabelgebundenen Einzelhandelsprodukte, die von dem grössten Kabelnetzbetreiber in der ganzen Schweiz vertrieben wurden. Ein missbräuchliches Verhalten auf dem Grosshandelsmarkt führte demzufolge auch unmittelbar auf der Einzelhandelsstufe innerhalb der gesamten Schweiz zu nachteiligen Auswirkungen. Im Übrigen ist der Umstand unerheblich, dass einzelne Anbieter von draht- oder kabelgebundenen Einzelhandelsprodukten jeweils nur lokal oder regional tätig waren. Denn deren Produkte standen sowohl mit den Einzelhandelsprodukten der Swisscom-Gruppe als auch mit den Einzelhandelsprodukten der anderen, schweizweit tätigen Anbieter in direkter Konkurrenz, weil sich aus den konkurrenzierenden Produkten auf Einzelhandelsstufe keine sachlichen Gründe für eine notwendige räumliche Differenzierung ableiten lassen. Auch ansonsten ist weder aus den allgemeinen Rahmenbedingungen noch den allgemeinen Gesellschaftsaspekten noch den konkret-objektiven Aspekten des Produktabsatzes ein Grund ersichtlich, der auf eine sachlich sinnvolle regionale Abgrenzung innerhalb der Schweiz hindeuten würde. Die Beschwerdeführerinnen haben auch keine entsprechenden beachtenswerten Gründe vorgetragen. Insbesondere ist die räumliche Marktabgrenzung entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerinnen nicht deshalb lokal oder regional vorzunehmen, weil für den Endkunden nur massgebend sei, ob ein Anbieter an seinem Wohn- oder Geschäftssitz mit entsprechenden Angeboten präsent sei. Denn zum einen ist bei gleichwertigen Wettbewerbsbedingungen – und dies setzt das Fehlen von lokalen Präferenzen der Abnehmer oder bestimmte lieferbedingte Einschränkungen voraus – innerhalb eines bestimmten geografischen Raums dieser als einheitlicher räumlicher Markt zu qualifizieren, auch wenn die einzelnen Wirtschaftsteilnehmer der Marktgegenseite diese Produkte nicht einmalig oder wiederkehrend innerhalb des gesamten abgegrenzten Gebiets, sondern nur jeweils einmalig oder wiederkehrend an einem bestimmten Ort nachfragen (vgl. in diesem Sinne bereits Verfügung der WEKO vom 6. Dezember 2004 Ziff. 61, in: RPW 2005/1 S. 114; zustimmend REINERT/BLOCH, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 2 N. 243). Zum anderen war die Swisscom-Gruppe wie die anderen landesweit tätigen Internetdienstanbieter unbestrittenermassen in

allen Gebieten « vor Ort ». Die Beschwerdeführerinnen haben sogar mehrfach ausdrücklich auf ihren ausgeprägten Kundendienst verwiesen, der einen prompten Service gegenüber den Endkunden umfasst habe. Deshalb ergibt sich die Notwendigkeit zu einer daraus abgeleiteten Produktdifferenzierung im vorliegenden Fall gerade nicht. Der räumliche Einzelhandelsmarkt für Breitbandprodukte umfasst demzufolge die gesamte Schweiz.

Zeitlich relevanter Markt

307 Der zeitlich relevante Markt umfasst den Zeitraum, in welchem die Marktgegenseite die substituierbaren Produkte in dem massgeblichen geografischen Gebiet nachfragt oder anbietet (vgl. Verfügung der WEKO vom 17. Dezember 2001 Ziff. 27, Submission Betonsanierung Landesbibliothek, in: RPW 2002/1 S. 130; BORER, a.a.O., Art. 5 N. 16; CLERC/KËLLEZI, in: CR-Concurrence, Art. 4 Abs. 2 N. 107 ff.; DAVID/JACOBS, a.a.O., Rn. 695; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rn. 2.49; a.M. REINERT/BLOCH, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 2 N. 257, welche den zeitlichen Aspekt zum sachlich relevanten Markt zählen; zur wechselnden Praxis der WEKO vgl. WEBER/VOLZ, a.a.O., Rn. 2.51). Der zeitliche Aspekt der Marktabgrenzung erlangt immer dann Bedeutung, wenn Nachfrage oder Angebot jeweils lediglich während bestimmter Zeitspannen gegeben sind. Massgebend für die Qualifizierung, ob ein unterschiedliches Mass von Nachfrage oder Angebot vorhanden ist, bildet eine wertende Beurteilung aller relevanten Aspekte, die im Einzelfall für oder gegen eine Unterscheidung von bestimmten zeitlichen Bereichen sprechen. Im Rahmen einer derartigen Gesamtanalyse kommt keinem der prinzipiell zu berücksichtigenden Aspekte ein absoluter Vorrang aufgrund allgemeiner Überlegungen zu.

308 Im vorliegenden Fall kommt dem zeitlich relevanten Markt keine Bedeutung zu, weil Angebot und Nachfrage sowohl auf dem Grosshandelsmarkt als auch auf dem Einzelhandelsmarkt während des massgeblichen Zeitraums durchgehend gegeben waren.

V.3. Zwischenergebnis

309 Aufgrund der vorstehenden Feststellungen ist für die Ermittlung der Marktstellung der Swisscom-Gruppe der Grosshandelsmarkt für leitungsgebundene Breitbandprodukte in der Schweiz während des massgeblichen Zeitraums zugrunde zu legen.

VI. Marktstellung

310 Die Vorinstanz hat unter Berücksichtigung der tatsächlichen Ausgestaltung des Grosshandelsmarkts für leitungsgebundene Breitbandprodukte in der Schweiz als relevantem Markt, der Möglichkeit zur Einführung weiterer Produkte auf diesem Markt, des Einflusses des Einzelhandelsmarkts für Breitbandinternetprodukte auf dem Grosshandelsmarkt sowie der Unternehmensstruktur der Swisscom-Gruppe festgestellt, dass der Swisscom-Gruppe im massgeblichen Zeitraum eine marktbeherrschende Stellung auf dem relevanten Markt zugekommen sei.

VI.1. Marktbeherrschendes Unternehmen

311 Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG gilt ein Unternehmen als marktbeherrschend, wenn es in der Lage ist, sich allein oder in Verbindung mit anderen Unternehmen auf einem Markt von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Die Fähigkeit eines Unternehmens zu einem in wesentlichem Umfang unabhängigen Verhalten äussert sich in einem besonderen Verhaltensspielraum gegenüber anderen Marktteilnehmern, der es ihm zumindest ermöglicht, auf bestehende Wettbewerbsbedingungen keine Rücksicht nehmen zu müssen, um beachtenswerte Nachteile zu vermeiden, oder der es ihm darüber hinausgehend ermöglicht, die Wettbewerbsbedingungen immerhin merklich zu beeinflussen oder sogar zu bestimmen. Ein solch besonderer Verhaltensspielraum besteht hingegen regelmässig nicht, wenn ein Unternehmen durch ausreichenden Wettbewerbsdruck in seinem Verhalten diszipliniert wird (vgl. Urteil B–2977/2007Publigroupe, E. 6.1; ZÄCH, Kartellrecht, Rn. 532 und 572).

312 Massgebend für die Beurteilung der Stellung eines Unternehmens auf dem relevanten Markt ist eine wertende Beurteilung aller relevanten Aspekte, die im Einzelfall für oder gegen die Möglichkeit eines unabhängigen Verhaltens sprechen (vgl. auch Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468, 548 f.; im Ergebnis ebenso CLERC/KËLLEZI, in: CR-Concurrence, Art. 4 Abs. 2 N. 24; DAVID/JACOBS, a.a.O., Rn. 696; REINERT/BLOCH, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 2 N. 268). Im Rahmen einer derartigen Gesamtanalyse kommt keinem der prinzipiell zu berücksichtigenden Aspekte ein absoluter Vorrang aufgrund allgemeiner Umstände zu. Wesentliche Grundlage dieser Beurteilung bildet vielmehr eine Untersuchung der Marktstruktur, bei der regelmässig die Aspekte des aktuellen Wettbewerbs, des potenziellen Wettbewerbs, der Stellung der Marktgegenseite sowie des

Einflusses eines zusammenhängenden Markts zu beachten sind. Des Weiteren sind im Hinblick auf die Unternehmensstruktur spezifische Merkmale und Eigenschaften des jeweiligen Unternehmens abzuklären, die es ihm gerade ermöglichen, sich unabhängig von anderen Marktteilnehmern zu verhalten. Darüber hinaus kann im Rahmen einer Untersuchung auch das konkrete Marktverhalten eines Unternehmens selbst für die Beurteilung Bedeutung erlangen.

313 Die marktbeherrschende Stellung ist immer in Bezug auf den konkreten relevanten Markt anhand von dessen jeweiligen individuellen Merkmalen festzustellen. Daher kann der Grad der Marktmacht, der jeweils für die Feststellung einer Marktbeherrschung im Einzelfall erforderlich ist, erheblich variieren. Es bestehen demzufolge auch keine allgemein gültigen Voraussetzungen für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung. Die Bestätigung einer marktbeherrschenden Stellung setzt insbesondere nicht voraus, dass der wirksame Wettbewerb auf dem relevanten Markt beseitigt wird (vgl. Urteil B–2977/2007, Publigroupe, E. 6.1 [S. 38]; Entscheid der REKO/WEF FB/2005-5 vom 1. Mai 2006 E. 5.1, in: RPW 2006/2 S. 310). Vielmehr kann ein besonderer Verhaltensspielraum auch bei Vorliegen von (Rest-)Wettbewerb zugunsten eines einzelnen Unternehmens gegeben sein. Zudem sind die Gründe für die Entwicklung einer marktbeherrschenden Stellung für deren Untersuchung und Feststellung unerheblich.

314 Vorliegend kommt den Aspekten des aktuellen Wettbewerbs, des potenziellen Wettbewerbs sowie dem Einfluss des nachgelagerten Einzelhandelsmarkts massgebliche Bedeutung für die Beurteilung zu. Angesichts der Rügen der Beschwerdeführerinnen ist vorgängig auf den Aspekt des Einflusses von sonstigen Verwaltungsverfahren einzugehen.

VI.2. Einfluss sonstiger Verfahren

315–320 (…)

321 Im Hinblick auf den Charakter und die Wirkung einer Feststellung der Marktbeherrschung durch die Wettbewerbsbehörden oder der Rechtsmittelgerichte ist zunächst festzuhalten, dass dieser keine pflichtbegründende und damit konstitutive Wirkung zukommt. Vielmehr wird das Tatbestandselement der Marktbeherrschung mit Eintritt der entsprechenden tatsächlichen Gegebenheiten auf dem jeweiligen Markt verwirklicht. Einer kartellverfahrensrechtlichen Feststellung kommt daher lediglich ein rein deklaratorischer Charakter zu. Ansonsten wäre ein missbräuchliches

Verhalten gemäss Art. 7 KG von vornherein gar nicht tatbestandsmässig, was der Konzeption des neuen Kartellgesetzes offensichtlich widersprechen würde.

322 Für das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung im massgeblichen Zeitraum ist es demzufolge völlig unbeachtlich, zu welchem späteren Zeitpunkt in einem anderen vorgängig durchgeführten Kartellverwaltungs- oder sektorspezifischen Regulierungsverfahren eine entsprechende Feststellung getroffen oder nicht getroffen wurde. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen ergibt sich daher im vorliegenden Verfahren von vornherein kein tauglicher Einwand gegen die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung der Swisscom-Gruppe aus dem Umstand, dass die Marktbeherrschung in Bezug auf den schnellen Bitstrom letztinstanzlich durch das Bundesverwaltungsgericht erst im Jahr 2009 getroffen worden war.

323 Gleiches gilt in entsprechender Weise für den Einwand der Beschwerdeführerinnen, eine Marktbeherrschung der Swisscom-Gruppe sei durch das Verfahren ADSL I ([…]) nicht festgestellt worden, weil der Einfluss des nachgelagerten Markts entgegen der Anweisung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen im Rechtsmittelverfahren nicht abgeklärt worden sei, weshalb auch vorliegend kein ausreichender Nachweis vorhanden sei. Beim Verfahren ADSL I handelt es sich – wie bereits ausgeführt ([…]) – um ein selbstständiges Kartellverwaltungsverfahren mit einem anderen Untersuchungsgegenstand. Aus dem Umstand, dass in einem vorgängigen Kartellverwaltungsverfahren das Tatbestandsmerkmal der Marktbeherrschung nach Ansicht der Rechtsmittelinstanz wegen bestimmter fehlender Abklärungen nicht ausreichend belegt wurde, ergibt sich nicht automatisch, dass in einem nachfolgenden weiteren Kartellverwaltungsverfahren eine Marktbeherrschung nicht festgestellt werden kann, auch wenn die entsprechenden Abklärungen ebenfalls nicht vorgenommen wurden.

324 Die Behauptung der Beschwerdeführerinnen, eine Abklärung des Einflusses des nachgelagerten Einzelhandelsmarkts und damit eine sachgerechte Abklärung der Marktbeherrschung habe im vorliegenden Verfahren überhaupt nicht stattgefunden, entbehrt angesichts der umfangreichen Ausführungen der Vorinstanz in der vorinstanzlichen Verfügung unter den Abschnitten (…) einschliesslich einer Bezugnahme auf die entsprechende Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen zum Antrag des WEKO-Sekretariats von vornherein jeder Grundlage. Zudem befassen

sich die Beschwerdeführerinnen in ihrer Beschwerdeschrift unter dem Abschnitt (…) sehr ausführlich mit verschiedenen Gründen, die von der Vorinstanz gerade für einen mangelnden Einfluss des Einzelhandelsmarkts geltend gemacht werden.

325 Im Übrigen ergibt sich bereits aus der eigenen Darstellung der Beschwerdeführerinnen, dass von einer marktbeherrschenden Stellung der Swisscom-Gruppe im Hinblick auf das Produkt BBCS auszugehen ist. Sie machen nämlich in Bezug auf das Verhältnis von Fernmelde- und Kartellgesetz unter Hinweis auf den Entscheid des Bundesgerichts in Sachen Office Connex ([…]) geltend, dass es sich beim BBCS um eine Anwendungsform des schnellen Bitstroms handle, woraus sie das Bestehen einer Angebotspflicht als Voraussetzung einer Kosten-Preis-Schere ableiten ([…]). Es ist demzufolge auch im vorliegenden Verfahren davon auszugehen, dass es sich beim BBCS entsprechend den Feststellungen des Bundesgerichts in Sachen Office Connex um eine Anwendungsform des schnellen Bitstroms handelt. BBCS und schneller Bitstrom sind Grosshandelsprodukte, die auf der gleichen technischen Infrastruktur der Beschwerdeführerinnen aufbauen ([…]). Ihr Leistungsumfang unterscheidet sich lediglich dadurch, dass das BBCS nicht nur Vermittlungsleistungen der Swisscom-Gruppe im Anschlussnetz, sondern darüber hinaus auch im Verbindungsnetz aufweist und zum Datentransfer auch Glasfaserverbindungen eingesetzt werden. Das von der Swisscom-Gruppe freiwillig angebotene, teurere BBCS stellt somit ein gewisses Mehrprodukt gegenüber dem regulierten und damit zwangsweise abzugebenden, günstigeren Produkt des schnellen Bitstroms dar. Die Beschwerdeführerinnen bringen auch keine tatsächlichen technischen oder sonstigen Umstände vor, welche eine andere Einschätzung rechtfertigen würden. Wenn also hinsichtlich des Produkts des schnellen Bitstroms gemäss den Feststellungen des Bundesgerichts in Sachen Office Connex eine marktbeherrschende Stellung der Swisscom-Gruppe gegeben ist, dann muss dies aus sachlogischen Gründen prinzipiell auch für das Produkt BBCS gelten.

326 Der in Bezug auf die Marktbeherrschung vorgebrachte Einwand der Beschwerdeführerinnen, bei BBCS und schnellem Bitstrom handle es sich um unterschiedliche Produkte, weshalb aus dem Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen Marktzugang schneller Bitstrom ([…]) eine Marktbeherrschung nicht abgeleitet werden könne, ist demzufolge von vornherein unbeachtlich, weil er in offensichtlichem Widerspruch zu

dem vorstehend genannten Vorbringen steht und damit rechtsmissbräuchlich ist. Die Beschwerdeführerinnen haben ihre Einschätzung von Fakten offensichtlich nicht an den tatsächlichen Gegebenheiten, sondern opportunistisch allein danach ausgerichtet, welche Argumentation bei welchem Sachpunkt zur Begründung ihrer Ansichten am besten passt.

327 Aufgrund des rechtsverbindlichen Entscheids in Sachen Marktzugang schneller Bitstrom ([…]) ist demzufolge zwingend davon auszugehen, dass der Swisscom-Gruppe zum Zeitpunkt der entsprechenden Feststellung durch die ComCom im November 2007 ([…]) eine marktbeherrschende Stellung auf dem Grosshandelsmarkt für Breitbandinternetprodukte im Jahr 2007 zugesprochen werden kann. Aus dem Entscheid in Sachen Marktzugang schneller Bitstrom ergibt sich allerdings nicht, dass diese Feststellung auch für den gesamten vorgängigen Zeitraum seit April 2004 getroffen wurde. Eine entsprechende Vermutung kann zwar aus der Begründung des Entscheids abgeleitet werden; allerdings ist allein diese Vermutung für das vorliegende Kartellsanktionsverfahren vor dem Hintergrund der von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachten Einwände nicht ausreichend, um die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals der Marktbeherrschung im Hinblick auf den darauf aufbauenden Vorwurf eines missbräuchlichen Verhaltens für den gesamten massgeblichen Zeitraum ohne eigene Begutachtung der Beschwerdeinstanz zu rechtfertigen. Daher ist nachfolgend eine Untersuchung der Marktstellung in dem Sinne vorzunehmen, ob die grundsätzliche Feststellung der Marktbeherrschung für das Jahr 2007 auch für den Zeitraum seit April 2004 bestätigt werden kann, oder ob sich aus bestimmten Umständen eine abweichende Beurteilung ergibt. Die Ausführungen zur Marktstellung vonseiten der Beschwerdeführerinnen und der Vorinstanz sind unter dieser Prämisse zu beurteilen.

VI.3. Aktueller Wettbewerb

328 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.

329–330 (…)

331 Den Ausgangspunkt für die Prüfung des aktuellen Wettbewerbs bildet der Marktanteil des betreffenden 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 130 II 449, TV-Abo-Preise, E. 5.7.2). Daher sind zudem insbesondere folgende Aspekte ebenfalls zu beachten: (i) die Anzahl der Konkurrenten, (ii) die Marktanteile der Konkurrenten, (iii) das Verhältnis zwischen dem Marktanteil des betreffenden Unternehmens und den Marktanteilen der Konkurrenten, sowie (iv) 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. Das Ergebnis dieser Bewertung ist von den konkreten Umständen des Einzelfalls abhängig. Je grösser der Abstand zwischen dem Marktanteil des betreffenden Unternehmens und den Marktanteilen seiner Konkurrenten ist beziehungsweise je kleiner die Marktanteile der Konkurrenten sind, umso eher ist dabei von einer marktbeherrschenden Stellung auszugehen (vgl. REINERT/BLOCH, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 2 N. 275; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rn. 2.55).

332 Wie bereits im Rahmen der Marktabgrenzung festgestellt wurde, war die Swisscom-Gruppe auf Grosshandelsstufe im massgeblichen Zeitraum die einzige Anbieterin eines leitungsgebundenen Breitbandprodukts, das auch in der ganzen Schweiz zu einheitlichen Preisen erhältlich war. Es waren keine anderen Konkurrenten vorhanden, die ein entsprechendes Grosshandelsprodukt auf dem Markt angeboten hatten. Der Swisscom-Gruppe kam demzufolge eine Alleinstellung auf dem Grosshandelsmarkt für leitungsgebundene Breitbandinternetprodukte zu. Die Internetdienstanbieter, welche ihren Kunden einen Breitbandinternetzugang anbieten wollten, waren somit auf das Angebot der Swisscom-Gruppe angewiesen.

333 Angesichts dieser Alleinstellung war die Swisscom-Gruppe mit ihrem Grosshandelsprodukt BBCS im massgeblichen Zeitraum keinen disziplinierenden Einflüssen aufgrund der damals aktuellen Wettbewerbssituation ausgesetzt.

VI.4. Potenzieller Wettbewerb

334 Unter dem Gesichtspunkt des potenziellen Wettbewerbs ist zu untersuchen, in welchem Ausmass das infrage 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. REINERT/BLOCH, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 2 N. 342 ff.).

335–338 (…)

339 Eine Berücksichtigung der Möglichkeit eines Markteintritts von weiteren Marktteilnehmern als Konkurrenten rechtfertigt sich nur dann, wenn von diesen ein spürbarer Einfluss ausgehen würde, der den Verhaltensspielraum des potenziell marktbeherrschenden Unternehmens einzuengen und dessen Verhalten zu beeinflussen vermag. Ein spürbarer Einfluss setzt voraus, dass der Markteintritt mit hinreichender Wahrscheinlichkeit innerhalb eines absehbaren Zeitraums durch andere Unternehmen mit hinreichender Konkurrenzwirkung erfolgen würde (vgl. im Ergebnis ebenso DAVID/JACOBS, a.a.O., Rn. 540; REINERT/BLOCH, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 4 Abs. 2 N. 342 f.; ZÄCH, Kartellrecht, Rn. 584; für das europäische Recht vgl. FUCHS/MÖSCHEL, in: EU-KOMM, a.a.O., Art. 102 AEUV N. 64).

340 Eine hinreichende Wahrscheinlichkeit für den Markteintritt eines Konkurrenten ist dann gegeben, wenn aufgrund konkreter wirtschaftlicher, technischer oder sonstiger Anhaltspunkte mit einem entsprechenden Markteintritt zu rechnen ist. Hingegen stellt allein die theoretische Möglichkeit eines Markteintritts keine ausreichende Grundlage für eine solche Annahme dar.

341 Im Rahmen der Feststellung, ob ausreichende konkrete Anhaltspunkte vorliegen, kommt den bestehenden Marktzutritts- und Marktaustrittsschranken besondere Beachtung zu. Dabei handelt es sich um alle Kriterien, die in Bezug auf eine erfolgreiche Etablierung des jeweiligen Produkts auf dem Markt im Einzelfall bei sachgerechter Würdigung für oder gegen die Aufnahme des Produktabsatzes im betreffenden Markt und – falls der Markteintritt nicht erfolgreich gestaltet werden kann – im Rahmen eines darauffolgenden Marktaustritts von einem Unternehmen zu berücksichtigen sind. Des Weiteren ist in diesem Zusammenhang auch die bisherige Entwicklung an Neueintritten auf dem Markt zu beachten.

342 Ein absehbarer Zeitraum für einen Markteintritt liegt dann vor, wenn der Zeitpunkt der Produkteinführung auf dem relevanten Markt mit einiger Sicherheit abgeschätzt werden kann und der bis dahin verbleibende

Zeitraum nicht so lang ist, dass dadurch dem potenziell marktbeherrschenden Unternehmen die Möglichkeit eröffnet wird, in dieser Zeit seinen Verhaltensspielraum noch in unangemessener Weise auszunutzen. Auch die Bestimmung der Absehbarkeit hat im Einzelfall aufgrund von dessen konkreten Umständen zu erfolgen.

343 Eine hinreichende Konkurrenzwirkung setzt voraus, dass ein oder mehrere Unternehmen in den Markt eintreten werden, die allein oder zusammen das Angebot auf dem relevanten Markt in einem solchen Umfang erweitern, dass die Marktgegenseite des potenziell marktbeherrschenden Unternehmens ausreichende Ausweichmöglichkeiten erhält. Ausreichend sind die Ausweichmöglichkeiten dann, wenn eine gewisse Anzahl an Marktteilnehmern die neuen Produkte erlangen kann mit der Folge, dass das betreffende Unternehmen dieses Ausweichen nicht hinnehmen kann. Andernfalls besteht für das betreffende Unternehmen keine Notwendigkeit für eine Änderung des eigenen Verhaltens, weil die Marktgegenseite mangels tatsächlicher Alternativen auch weiterhin ganz überwiegend auf die Abnahme seiner Produkte angewiesen ist.

344 Im vorliegenden Sachverhalt war im massgeblichen Zeitraum nicht zu erwarten, dass auf dem Grosshandelsmarkt für Breitbandinternetprodukte ein Marktzutritt durch ein weiteres Unternehmen mit ausreichender Konkurrenzwirkung innerhalb eines absehbaren Zeitraums mit hinreichender Wahrscheinlichkeit erfolgen würde.

345 Die Kabelnetzbetreiber haben weder vor noch während des massgeblichen Zeitraums in der einen oder anderen Weise die Bereitstellung eines kabelgebundenen, landesweit erhältlichen Grosshandelsprodukts für andere Internetdienstanbieter angekündigt. Dies wird auch von den Beschwerdeführerinnen nicht behauptet. Daher bestand jedenfalls kein durch das Verhalten eines Kabelnetzbetreibers hervorgerufener Anlass, von einer entsprechenden Möglichkeit innerhalb eines absehbaren Zeitraums auszugehen. Wie bereits im Rahmen der sachlichen Marktabgrenzung ausgeführt wurde, sind in der Schweiz rund 400 regional zersplitterte Kabelnetzbetreiber tätig, die in annähernd 20 Kooperationen zusammenarbeiten. Um überhaupt ein dem Grosshandelsprodukt BBCS sachlich entsprechendes und flächendeckend erhältliches Konkurrenzprodukt zu erlangen, hätten die Internetdienstanbieter mit diesen annähernd 20 Kooperationen – die wiederum innerhalb ihrer Organisation Einigkeit hätten herstellen müssen – eine entsprechende organisatorische und wirtschaftliche Abstimmung herbeiführen und im Hinblick auf die notwendigen

infrastrukturellen Massnahmen eine langfristige vertragliche Vereinbarung abschliessen müssen. Selbst unter der Annahme, dass ein solches flächendeckendes Angebot technisch möglich gewesen wäre – was zwischen den Parteien streitig ist, aber vorliegend offengelassen werden kann –, ist ein solches Vorgehen offensichtlich wenig wahrscheinlich, weil es einen enormen Aufwand erfordert hätte und im Hinblick auf die Herstellung eines konkurrenzfähigen Vorprodukts nicht Erfolg versprechend gewesen wäre. Um eine ausreichende Konkurrenzwirkung auf dem Grosshandelsmarkt zu erzielen, wäre es nämlich nicht ausreichend gewesen, dass beliebige Dritte als Abnehmer des kabelgebundenen Grosshandelsprodukts in den Einzelhandelsmarkt für Breitbanddienstleistungen eingetreten wären. Vielmehr hätten ein oder mehrere grössere Abnehmer des von der Swisscom-Gruppe angebotenen drahtgebundenen BBCS zum kabelbasierten Grosshandelsprodukt wechseln müssen, um eine Veränderung herbeizuführen. Für die Möglichkeit eines derartigen Wechsels bestehen jedoch unter anderem wegen des damit zusammenhängenden technischen, finanziellen und administrativen Aufwands keinerlei Anhaltspunkte. Bezeichnenderweise wird ein entsprechendes Grosshandelsprodukt von den Kabelnetzbetreibern bis heute nicht angeboten.

346 Die Beschwerdeführerinnen haben auch keinerlei Umstände dargelegt, die eine hinreichende Wahrscheinlichkeit für den Markteintritt eines Kabelnetzbetreibers als angemessenen Konkurrenten belegen. Auch wenn man unterstellt, dass ein kabelgebundenes Grosshandelsprodukt technisch realisiert werden könnte, so handelt es sich bei diesem Umstand ausschliesslich um die notwendige sachliche Grundlage für ein entsprechendes Angebot, nicht aber bereits um einen konkreten Anhaltspunkt, dass von dieser Möglichkeit auch Gebrauch gemacht wird. Selbst wenn es sich nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen um eine strategische, jederzeit änderbare Geschäftsentscheidung handeln würde, kein kabelgebundenes Grosshandelsprodukt anzubieten, spricht allein dieser Umstand in keiner Weise dafür, dass dieser Geschäftsentscheid im massgeblichen Zeitraum auch tatsächlich umgestossen worden wäre. Denn die Kabelnetzbetreiber, die bei Einführung des Breitbandinternets noch einen erheblichen Vorsprung gegenüber der Swisscom-Gruppe aufwiesen, haben an dieser Grundsatzentscheidung auch dann noch festgehalten, als die Swisscom-Gruppe unter Hilfestellung der von ihr belieferten Internetdienstanbieter den Marktanteil der drahtgebundenen Breitbanddienstleistungen auf dem Einzelhandelsmarkt drastisch erhöhen und bereits im Jahr 2003 an den Kabelnetzbetreibern vorbeiziehen konnte ([…]). Es besteht daher kein

Grund zur Annahme, dass die Kabelnetzbetreiber zu einem späteren Zeitpunkt auf diesen Grundsatzentscheid hätten zurückkommen sollen. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen stellt auch allein der Umstand, dass der Abschluss einer Vereinbarung zwischen einem Kabelnetzbetreiber und 20 Kooperationen theoretisch möglich und nicht völlig ausgeschlossen ist, keinesfalls einen ausreichend konkreten Anhaltspunkt für die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Konkurrenzangebots dar. Vielmehr sprechen die vorhersehbaren Probleme, die mit dem Abschluss einer solchen Vereinbarung einhergehen, gerade gegen eine erfolgreiche Verwirklichung des Vorhabens. Gleiches gilt im Übrigen auch für die Behauptung, es würden Vermittler zwischen Kabelnetzbetreibern und Internetdienstanbietern in den Markt eintreten.

347 Nach Art. 11 FMG müssen marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Fernmeldedienstanbietern sowohl den vollständig entbündelten Zugang zum TAL als auch den Zugang zum schnellen Bitstrom gewähren ([…]). Allerdings hat das Bundesverwaltungsgericht bereits in dem Entscheid Marktzugang schneller Bitstrom ([…]) festgestellt, dass der vollständig entbündelte Teilnehmeranschluss kein Substitut zum schnellen Bitstrom darstelle und deshalb nicht zum sachlich relevanten Markt zu zählen sei (BVGE 2009/35, Marktzugang schneller Bitstrom, E. 8.4.5). Da es sich gemäss Entscheid des Bundesgerichts in Sachen Office Connex beim BBCS um eine Anwendungsform des schnellen Bitstroms handelt (Urteil 4C.404/2006, Office Connex, E. 3), wie dies auch von den Beschwerdeführerinnen geltend gemacht wird (vgl. E. 325 […]), stellt der vollständig entbündelte Teilnehmeranschluss bereits aus sachlogischen Gründen kein Substitut zum BBCS dar, weshalb er im Rahmen des potenziellen Wettbewerbs von vornherein nicht zu berücksichtigen ist. Im Übrigen wäre für den massgeblichen Zeitraum auch die erforderliche hinreichende Konkurrenzwirkung nicht gegeben gewesen. Art. 11 FMG erlangte nämlich erst mit Inkrafttreten des revidierten Fernmeldegesetzes am 1. April 2007 und damit erst gegen Ende des massgeblichen Zeitraums Bedeutung ([…]). Des Weiteren ist zu beachten, dass für die Gewährung des vollständig entbündelten Teilnehmeranschlusses zunächst die marktbeherrschende Stellung der Swisscom-Gruppe in einem Verwaltungsverfahren festgestellt werden musste. Wie die Beschwerdeführerinnen selbst dargestellt haben ([…]), entwickelten sich zudem die Anschlusszahlen des TAL-Zugangs zu Beginn recht langsam und konnten erst im Laufe des Jahres 2009 einen signifikanten Anstieg verzeichnen.

Dies war aufgrund der zu berücksichtigenden Aspekte bei einer Inanspruchnahme des TAL-Zugangs, insbesondere den von den Abnehmern selbst vorzunehmenden infrastrukturellen Massnahmen, auch nicht anders zu erwarten. Es war daher nach Verabschiedung des revidierten Fernmeldegesetzes im März 2006 absehbar, dass jedenfalls vor Ende 2007 der vollständig entbündelte Teilnehmeranschluss keine beachtenswerte Auswirkung auf den Absatz des BBCS haben würde, weshalb davon auch kein disziplinierender Einfluss auf die Swisscom-Gruppe ausgehen konnte.

348 Die Eigenleistungen als konzerninternes Beschaffungsvolumen der Kabelnetzbetreiber sind im Rahmen des potenziellen Wettbewerbs in jedem Fall nicht zu berücksichtigen. Zu berücksichtigen wäre allenfalls ein kabelgebundenes Grosshandelsprodukt, das gegenüber Dritten zumindest unter den vorstehend genannten Bedingungen möglicherweise angeboten wird, nicht aber die internen Leistungen, die überhaupt zur Bereitstellung des Kabelnetzes notwendig sind.

349 Im massgeblichen Zeitraum war daher in Bezug auf den Grosshandelsmarkt für Breitbandinternetprodukte kein potenzieller Wettbewerb vorhanden, der einen disziplinierenden Einfluss auf die Swisscom-Gruppe hätte ausüben können.

VI.5. Merkmale des untersuchten Unternehmens

350 Die Eigenschaften des betreffenden Unternehmens, wie etwa dessen Finanzkraft, Grösse, vertikale Integration, technologischer Vorsprung, sein Marktverhalten sowie andere marktspezifische Eigenschaften, die eine Marktbeherrschung indizieren können, sind in die Untersuchung miteinzubeziehen (vgl. CLERC/KËLLEZI, in: CR-Concurrence, a.a.O., Art. 4 Abs. 2 N. 129; ZÄCH, Kartellrecht, Rn. 584 und 586 f.).

351 Aufgrund der vertikalen Integration und der landesweiten Infrastruktur kann davon ausgegangen werden, dass die Swisscom-Gruppe aufgrund ihrer vertikalen Integration stärker als andere Internetdienstanbieter von Grössen- und Verbundvorteilen profitieren kann. Darüber hinaus ist die Swisscom-Gruppe mit einem Jahresumsatz von 11 089 Mio. CHF und einem Betriebsgewinn von 3 787 Mio. CHF im Jahr 2007 das führende Telekommunikationsunternehmen in der Schweiz. Darüber hinaus sprechen folgende Kriterien für das Fehlen eines ausreichenden Wettbewerbsdrucks zulasten der Swisscom-Gruppe: Gesamtgrösse des Unternehmens, Kontrolle über eine nicht leicht zu duplizierende Infrastruktur, technologische Vorteile und Überlegenheit, fehlende oder geringe ausgleichende

Nachfragemacht, leichter oder privilegierter Zugang zu finanziellen Ressourcen, Diversifizierung von Produkten und Dienstleistungen, Grössen- und Verbundvorteile, vertikale Integration sowie ein hochentwickeltes Vertriebs- und Verkaufsnetz.

Einfluss eines zusammenhängenden Markts

352 Unter dem Gesichtspunkt des Einflusses eines zusammenhängenden Markts ist zu untersuchen, in welchem Ausmass die Wettbewerbsverhältnisse auf einem vor- beziehungsweise nachgelagerten Markt, insbesondere die Marktstellung von Lieferanten oder Abnehmern des betreffenden Unternehmens, oder einem benachbarten Markt einen Wettbewerbsdruck auf dieses im relevanten Markt auszuüben vermögen (vgl. Gutachten der WEKO vom 20. November 2006 Ziff. 86 f., Interkonnektionsverfahren Mobilfunkterminierung, in: RPW 2006/4 S. 739; Verfügung ADSL I E. 130 f.).

353–362 (…)

363 Soweit einem Unternehmen in einem relevanten Markt aufgrund des aktuellen oder potenziellen Wettbewerbs eine marktbeherrschende Stellung zuzusprechen ist, bleibt zu prüfen, ob sich diese Position auch unter Berücksichtigung der tatsächlichen Nachfragemacht der Marktgegenseite oder des sonstigen Einflusses eines zusammenhängenden Markts bestätigt. Damit ein beachtlicher Wettbewerbsdruck von einem zusammenhängenden Markt auf das beherrschende Unternehmen im relevanten Markt ausgeht, müssen die Marktteilnehmer des zusammenhängenden Markts gegenüber dem potenziell marktbeherrschenden Unternehmen über eine solche wirtschaftlich starke Position verfügen, dass sich das betreffende Unternehmen trotz seiner besonderen Stellung im relevanten Markt gegenüber ihnen nicht unabhängig verhalten kann.

364 Im Hinblick auf die fragliche marktbeherrschende Stellung eines vertikal integrierten Unternehmens auf einem Vorproduktmarkt bedeutet dies, dass die Abnehmer des Vorprodukts und die sonstigen Konkurrenten auf dem nachgelagerten Markt über eine solche starke wirtschaftliche Position verfügen müssen, dass sie in der Lage sind, entweder aufgrund ihrer Verhandlungsposition oder aufgrund ihres Wettbewerbsverhaltens auf dem nachgelagerten Markt einen disziplinierenden Einfluss auf den Verhaltensspielraum des vertikal integrierten Unternehmens auf dem vorgelagerten relevanten Markt auszuüben.

365 Demgegenüber ist es bei dieser Sachverhaltskonstellation für einen beachtlichen Wettbewerbsdruck auf dem vorgelagerten relevanten Markt von vornherein nicht ausreichend, wenn das Wettbewerbsverhältnis auf dem nachgelagerten Markt nur dazu führt, dass die Abnehmer und sonstigen Konkurrenten allein einen disziplinierenden Einfluss auf das Verhalten des vertikal integrierten Unternehmens auf dem nachgelagerten Markt ausüben können, weshalb dort immerhin ausreichender wirksamer Wettbewerb herrscht. Denn dadurch wird lediglich verhindert, dass das vertikal integrierte Unternehmen nicht auch noch auf dem nachgelagerten Markt eine marktbeherrschende Position einnehmen kann. Eine marktbeherrschende Stellung auf dem vorgelagerten relevanten Markt wird allein dadurch jedoch von vornherein nicht tangiert.

366 Bereits im Rahmen des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen Marktzugang schneller Bitstrom ([…]) wurde in Bezug auf die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung der Swisscom-Gruppe auf dem Grosshandelsmarkt für den schnellen Bitstrom ausdrücklich festgehalten, dass dem Einzelhandelsmarkt jedenfalls im Jahr 2007 kein massgeblicher Einfluss auf den Grosshandelsmarkt zugekommen sei (BVGE 2009/35, Marktzugang schneller Bitstrom, E. 10.4). Demzufolge bleibt zu prüfen, ob sich diese Feststellung auch auf den gesamten massgeblichen Zeitraum erstrecken lässt (vgl. E. 327).

367 Die Beschwerdeführerinnen behaupten mit erheblichem argumentativem Aufwand, dass die Swisscom-Gruppe einem starken Wettbewerbsdruck vonseiten der Kabelnetzbetreiber ausgesetzt gewesen sei. Dabei verkennen sie ganz offensichtlich, dass im vorliegenden Verfahren für die Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung der Wettbewerbsdruck auf dem Grosshandelsmarkt und nicht derjenige auf dem Einzelhandelsmarkt für Breitbanddienstleistungen massgebend ist. Denn nahezu ihr gesamtes Vorbringen bezieht sich ausschliesslich auf die Um- und Zustände im Einzelhandelsgeschäft. Demgegenüber haben die Beschwerdeführerinnen in keiner Weise dargelegt, dass sich konkrete Umstände des Einzelhandelsgeschäfts auf den Grosshandelsmarkt ausgewirkt und zu einer irgendwie gearteten Einschränkung beziehungsweise einem Wettbewerbsdruck auf die Swisscom-Gruppe als marktbeherrschendes Unternehmen auf dem Grosshandelsmarkt geführt haben. Denn die von den Beschwerdeführerinnen angeführten Umstände wie Breitbanderhöhungen oder offene beziehungsweise versteckte Preissenkungen haben in keiner Weise

eine Veränderung der Position der Marktgegenseite auf dem Grosshandelsmarkt zur Folge, sondern ziehen allenfalls Anpassungen des Vorprodukts BBCS nach sich. Diese Anpassungen in Bezug auf die Konfiguration des Vorprodukts BBCS ergaben sich aus der Konfigurierung der xDSL-Produkte auf Einzelhandelsstufe, welche die Swisscom-Gruppe auf der Ebene des Einzelhandelsmarkts aber selbst für die Ausgestaltung ihrer eigenen Einzelhandelsprodukte benötigte. Die Produktanpassungen stellen demzufolge für die anderen Internetdienstanbieter selbst dann, wenn sie ausschliesslich die Folge eines konkurrenzierenden Verhaltens der Kabelnetzbetreiber und nicht auch Ausdruck des eigenen konkurrenzierenden Verhaltens der Swisscom-Gruppe gegenüber den Kabelnetzbetreibern gewesen wären, letztlich nur eine positive Folgeerscheinung dar. Im Einzelnen ist auf die nachfolgend aufgeführten Aspekte hinzuweisen.

368 Ganz offensichtlich verfügte die Swisscom-Gruppe im massgeblichen Zeitraum über eine dominierende Stellung auf dem Einzelhandelsmarkt für Breitbanddienstleistungen ([…]). Dabei ist aber völlig unerheblich, ob es sich hierbei um eine marktbeherrschende Stellung gemäss Art. 4 Abs. 2 KG handelt oder nicht, weil für den vorliegend infrage stehenden Vorwurf eines missbräuchlichen Verhaltens ausschliesslich die marktbeherrschende Stellung auf dem Grosshandelsmarkt von Bedeutung ist. So ist es unerheblich, ob der Swisscom-Gruppe tatsächlich ein Marktanteil im Einzelhandelsmarkt von 64,83 % – auf der Grundlage der von der Vorinstanz angenommenen 4,82 Mio. verfügbaren von insgesamt 7,45 Mio. Anschlüssen – oder von 58,74 % – auf der Grundlage der von den Beschwerdeführerinnen behaupteten (…) Mio. von insgesamt (…) Mio. Anschlüssen – zukam. Denn auch aufgrund der von den Internetdienstanbietern selbst angegebenen Daten zur Anzahl von tatsächlich genutzten Breitbandanschlüssen, welche zugunsten der Swisscom-Gruppe vom niedrigsten Marktanteil mit rund (…) % ausgeht – und der von dem in der Fernmeldestatistik des BAKOM ausgewiesenen Marktanteil in Höhe von rund 50 % bestätigt wird –, ergibt sich ein ebenso deutliches Bild ([…]). Die Swisscom-Gruppe ist das dominierende Unternehmen auf dem Einzelhandelsmarkt für Breitbanddienstleistungen, das einen grossen Abstand zu seinen Konkurrenten aufweist. Denn die Cablecom als grösste Konkurrentin im Einzelhandelsmarkt wies lediglich einen Marktanteil von rund (…) % und damit noch nicht einmal die Hälfte des Marktanteils der Swisscom-Gruppe auf. Die übrigen Konkurrenten verfügten über noch geringere, ganz überwiegend kleinste Marktanteile. Der Marktanteil der Swisscom-Gruppe ging auch deutlich über den Marktanteil der gesamten

Kabelnetzbetreiber hinaus, weil diese insgesamt nur über einen Marktanteil von (…) % verfügten. Diese Position der Swisscom-Gruppe hatte sich gerade aufgrund der Entwicklung im massgeblichen Zeitraum ergeben. Denn in dieser Zeit konnte die Swisscom-Gruppe einerseits ihren Marktanteil von (…) % auf (…) % deutlich ausbauen, während der Marktanteil der Cablecom von (…) % auf (…) % und der Marktanteil der Kabelnetzbetreiber insgesamt von (…) % auf (…) % zurückging. Zu berücksichtigen ist dabei zudem, dass mit Ausnahme der Cablecom keine anderen Kabelnetzbetreiber ein landesweit erhältliches Produkt anboten, sondern dass diese nur regional tätig waren.

369 Diese dominierende Stellung der Swisscom-Gruppe wurde durch die vorstehend dargestellten Unternehmensstrukturen wesentlich verstärkt (vgl. E. 350 f.).

370 Angesichts dieser Konstellation ist nicht zwingend davon auszugehen, dass die Swisscom-Gruppe im massgeblichen Zeitraum auf dem Einzelhandelsmarkt einem intensiven Wettbewerbsdruck ausgesetzt war. Dies wird auch durch die Ausführungen der Beschwerdeführerinnen bestätigt, wenn sie darauf verweisen, dass ihre Produkte von den Endkunden aufgrund bestimmter Aspekte wie dem Kundenservice und den strukturellen Defiziten der Konkurrenten als das bessere Angebot wahrgenommen werden. Letztlich bedarf dies im vorliegenden Fall aber gar keiner abschliessenden Klärung.

371 Denn die Beschwerdeführerinnen legen nicht dar, welche Auswirkungen der angeblich oder tatsächlich vorhandene intensive Wettbewerb auf die Abnehmer des Grosshandelsprodukts und insbesondere auf die hier infrage stehende übermässige Preisspanne zwischen den Gross- und Einzelhandelspreisen für Breitbandprodukte gehabt haben soll. Die von den Beschwerdeführerinnen angeführten Massnahmen, welche die disziplinierende Wirkung des Einzelhandelsmarkts aufzeigen sollen, stellen allesamt Anpassungen der Breitbandprodukte oder Prozesse im Hinblick auf die Kundenverwaltung dar, welche jeweils in Bezug auf das Einzelhandelsgeschäft vorgenommen wurden. Entsprechende Anpassungen auf der Einzelhandelsstufe führen allerdings auch zu Anpassungen auf der Grosshandelsstufe, ohne dass dadurch die Stellung der Abnehmer des Grosshandelsprodukts prinzipiell verbessert oder verschlechtert wird.

372 An dieser Einschätzung vermag auch der Hinweis der Beschwerdeführerinnen zur Auswirkung von unvollständigen Substitutionsmöglichkeiten unter Verweis auf ein Urteil des Bundesgerichts (BGE 130 II 449, TV-Abo-Preise) nichts zu ändern. Als unvollständige Substitutionsmöglichkeit wird dort nämlich der Umstand qualifiziert, dass manche Konsumenten schliesslich auf eine minderwertige Alternative ausweichen, wenn der Preis des gewünschten Gutes allzu hoch wird. Dabei wird zur Frage von massgeblichen Substitutionsgütern gemäss Art. 12 PüG (SR 942.20) ausdrücklich festgehalten, dass « eine solche unvollkommene Substitutionsmöglichkeit […] wohl eine gewisse disziplinierende Wirkung auf die Preisbildung eines marktmächtigen und selbst eines marktbeherrschenden Unternehmens auszuüben » vermöge. Sie könne « jedoch nicht als wirksamer Wettbewerb im Sinne von Art. 12 PüG betrachtet werden, da sie dem Monopolanbieter des höherwertigen Produkts erlaubt, eine Monopolrente zu erzielen, die er bei wirksamem Wettbewerb zwischen gleichwertigen Produkten nicht erzielen könnte » (BGE 130 II 449, TV-Abo-Preise, E. 5.5). Mithin bestätigt dieser Entscheid zur Preisüberwachung gerade die kartellrechtliche Feststellung, dass eine unvollständige und damit nicht ausreichende Substituierbarkeit für die Beurteilung der Marktbeherrschung nicht zu berücksichtigen ist. Im Übrigen ergibt sich auch aus diesem Verweis der Beschwerdeführerinnen nicht, welche konkreten Auswirkungen sich auf den Grosshandelsmarkt tatsächlich eingestellt hatten.

373 Gleiches gilt für die Forderung nach Durchführung einer Preiselastizitätsprüfung. Wie die Beschwerdeführerinnen selbst festhalten, müsste der relevante Markt um das « nächstbeste Substitut » erweitert werden, wenn die Preiselastizität der Nachfrage die kritische Elastizität übersteigen würde. Da auf dem Grosshandelsmarkt für Breitbanddienstleistungen aber gar kein anderes Produkt und damit auch kein nächstbestes Substitut erhältlich war und unter dem Gesichtspunkt des potenziellen Wettbewerbs auch nicht zukünftig erhältlich gewesen wäre, kann auch eine Betrachtung der Preiselastizität auf dem Einzelhandelsmarkt nicht dazu führen, dass auf dem Grosshandelsmarkt ein nicht verfügbares Produkt als nächstbestes Substitut zu berücksichtigen wäre.

374 Die fehlende Berücksichtigung einer regionalen Abgrenzung und der Eigenleistungen ergibt sich bereits aus den Gründen, die vorstehend im Hinblick auf die Abgrenzung des relevanten Markts und die Berücksichtigung des potenziellen Wettbewerbs angebracht wurden (vgl. E. 305 f. und 344 f.).

VI.6. Zwischenergebnis

375 Die Swisscom-Gruppe ist auf dem Grosshandelsmarkt für Breitbandinternetprodukte aufgrund der Alleinstellung im aktuellen Wettbewerb, des Fehlens eines potenziellen Wettbewerbs, des fehlenden disziplinierenden Einflusses des Einzelhandelsmarkts, der fehlenden Ausweichmöglichkeiten der Internetdienstanbieter sowie deren fehlender Nachfragemacht als marktbeherrschendes Unternehmen gemäss Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren.

VI.7. Isolierte Feststellung der marktbeherrschenden Stellung

376 Die Vorinstanz hat im Rahmen des Dispositivs ([…]) festgestellt, dass die Swisscom-Gruppe im Grosshandelsmarkt für Breitbanddienste bis zum 31. Dezember 2007 über eine marktbeherrschende Stellung gemäss Art. 4 Abs. 2 KG verfügt habe.

377–380 (…)

381 Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts (vgl. BGE 137 II 199, Terminierung Mobilfunk, E. 6) ist es im Rahmen einer Sanktionsverfügung gemäss Art. 49*a* KG grundsätzlich weder erforderlich noch zulässig, im Dispositiv die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung gesondert vorzunehmen. Dem stehen zum einen die Funktion des Dispositivs und zum anderen das Fehlen einer entsprechenden rechtlichen Grundlage im Kartellverwaltungsverfahren entgegen.

382 Das Dispositiv dient der Regelung des streitigen Rechtsverhältnisses. Es muss daher bei einer Leistungs- oder Gestaltungsverfügung die Rechte und Pflichten des Adressaten in der Sache bestimmen und bei einer Feststellungsverfügung klarstellen, worin die Rechte und Pflichten des Adressaten bestehen (vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., S. 273). Eine Endverfügung über eine Sanktionierung gemäss Art. 49*a* KG ist ein Leistungs- oder Gestaltungsentscheid. Die Sanktion wird ausgesprochen, wenn die entsprechenden Tatbestandselemente vorliegen, oder es wird davon abgesehen, weil die Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Aus der Verfügungsformel muss demzufolge allein ersichtlich sein, ob eine Sanktion angeordnet oder ob auf deren Verhängung verzichtet wird. Dabei hat sich die Entscheiderkenntnis auf die Rechtsfolge zu beschränken, das heisst die Anordnung einer Sanktion oder den Verzicht auf eine solche. Hingegen sind im Dispositiv keine Ausführungen im Hinblick auf das Vorliegen einzelner Tatbestandsmerkmale vorzunehmen; diese bilden ausschliesslich einen Bestandteil der Begründung des jeweiligen Entscheids.

Daher ist im Erkenntnis grundsätzlich weder festzuhalten, ob eine marktbeherrschende Stellung gemäss Art. 7 KG vorliegt, noch ob eine solche allenfalls missbraucht wurde (vgl. BGE 137 II 199, Terminierung Mobilfunk, E. 6.2).

383 Nach Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die Wettbewerbskommission auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen. Im Rahmen von Art. 30 Abs. 1 KG ist allerdings ausschliesslich über die zu treffenden Massnahmen zu entscheiden, während reine Feststellungen im Anschluss an die kartellrechtliche Untersuchung nicht auf Art. 30 KG gestützt werden können (vgl. BGE 137 II 199, Terminierung Mobilfunk, E. 6.3).

384 Gemäss Art. 39 KG finden die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes Anwendung, soweit das Kartellgesetz hiervon nicht abweicht. Nach Art. 25 VwVG kann eine in der Sache zuständige Behörde von Amtes wegen oder auf Gesuch hin eine Feststellungsverfügung erlassen. Die Anwendbarkeit von Art. 25 VwVG setzt bei beiden Varianten voraus, dass ein entsprechendes schutzwürdiges Feststellungsinteresse vorliegt, welches nicht abstrakte, theoretische Rechtsfragen, sondern konkrete Rechte oder Pflichten zum Gegenstand hat. Überdies muss ausgeschlossen sein, dass das schutzwürdige Interesse ebenso gut mit einer rechtsgestaltenden Verfügung gewahrt werden könnte (vgl. BGE 126 II 300 E. 2c; HÄNER, in: Praxiskommentar, a.a.O., Art. 25 N. 14 und 20; RHINOW et al., Prozessrecht, a.a.O., Rn. 1279 ff.).

385 Die Feststellung der Marktbeherrschung für eine bestimmte Periode kann grundsätzlich keine verbindliche Wirkung für einen späteren Zeitraum aufweisen. Deshalb ist es ausgeschlossen, für spätere Zeiträume ohne weitere Prüfung der Umstände eine Marktbeherrschung anzunehmen. Vielmehr muss das Tatbestandsmerkmal der Marktbeherrschung für jedes Verfahren neu abgeklärt werden, auch wenn hierbei unter Berücksichtigung der prozessualen Rechte der Verfahrensbeteiligten auf bereits vorgenommene Untersuchungshandlungen oder Beweismassnahmen zurückgegriffen werden kann (vgl. BGE 137 II 199, Terminierung Mobilfunk, E. 6.5.1). Aus denselben Gründen bedarf es auch im Hinblick auf Art. 9 Abs. 4 KG nicht einer vorgängigen Feststellung einer Marktbeherrschung (vgl. BGE 137 II 199, Terminierung Mobilfunk, E. 6.5.1). Mangels eines schutzwürdigen Interesses an der isolierten Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung kann eine entsprechende Feststellung demzufolge auch nicht auf Art. 25 VwVG gestützt werden.

386 Die Beschwerde ist insoweit begründet.

VII. Unzulässige Verhaltensweise

387 Eine unzulässige Verhaltensweise gemäss Art. 7 Abs. 1 KG liegt vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen durch den Missbrauch seiner Stellung auf dem relevanten Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt. Entsprechende Beispiele für solche Verhaltensweisen werden zur Verdeutlichung in Art. 7 Abs. 2 KG ausdrücklich aufgeführt.

VII.1. Formen des unzulässigen Verhaltens

388 Ein missbräuchliches Verhalten gemäss Art. 7 KG umfasst alle denkbaren Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen, welche volkswirtschaftlich schädliche Effekte aufweisen oder die wirtschaftliche Freiheit von anderen Unternehmen behindern (vgl. BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 10.1.2; 129 II 18, Buchpreisbindung I, E. 5.2.1; Urteil des BGer 2A.520/2002 vom 17. Juni 2003 E. 6.4.2, auszugsweise publ. in: BGE 129 II 497 und RPW 2003/4 S. 912). Solche Verhaltensweisen richten sich überwiegend als sogenannter Behinderungsmissbrauch gegen andere Wettbewerber oder als sogenannter Ausbeutungsmissbrauch gegen die jeweilige Marktgegenseite, das heisst Abnehmer beziehungsweise Lieferanten des marktbeherrschenden Unternehmens (vgl. BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 10.1.1). Die Beurteilung der Wettbewerbswidrigkeit eines bestimmten Verhaltens ist für jeden Einzelfall danach vorzunehmen, ob die infolge einer Behinderung oder Ausbeutung eingetretenen Wettbewerbsbeeinträchtigungen sich durch sachlich angemessene Aspekte rechtfertigen lassen oder nicht (vgl. BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 10.1.2). Massstab für die Beurteilung bildet die ausreichende Gewährleistung von wirksamem Wettbewerb, welche sowohl den Institutionenschutz als auch den Individualschutz umfasst (vgl. BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 10.1.2). Das bedeutet, dass der Schutz des Wettbewerbs gemäss Art. 7 KG nicht nur darauf ausgerichtet ist, Endverbraucher vor einem unmittelbaren Schaden durch ein missbräuchliches Verhalten zu bewahren, sondern er umfasst angesichts der dominanten Stellung des marktbeherrschenden Unternehmens auch allgemein die Sicherstellung von sachgerechten Wettbewerbsbedingungen zur Aufrechterhaltung oder Ausbildung eines ausreichenden Wettbewerbs auf allen durch das jeweilige Verhalten beeinflussten Märkten. Um die Transparenz und Kohärenz einer wettbewerbsrechtlichen Beurteilung zu gewährleisten, wurden von Praxis und Literatur

Fallgruppen bestimmter missbräuchlicher Verhaltensweisen ausgearbeitet, von denen die am häufigsten auftretenden Fallgruppen in Art. 7 Abs. 2 KG ausdrücklich abgebildet werden. Der Typus eines sonstigen wirtschaftlichen Verhaltens kann verschiedene Tatbestandsmerkmale unterschiedlicher Fallgruppen erfüllen. In derartigen Fällen ist er je nach inhaltlicher Gewichtung seiner Handlungsakte einer Fallgruppe des Art. 7 Abs. 2 KG oder aber als eigenständige Fallgruppe der Generalklausel des Art. 7 Abs. 1 KG zuzuordnen. Im Einzelfall kann ein konkretes wirtschaftliches Verhalten auch die Tatbestandsmerkmale verschiedener Fallgruppen erfüllen (vgl. die Darstellung mit zahlreichen Beispielen bei EILMANNSBERGER/BIEN, in: Münchener Kommentar, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 2015, Art. 102 AEUV N. 630 f.).

VII.2. Kosten-Preis-Schere

VII.2.1. Entwicklung und Qualifizierung der Kosten-Preis-Schere

389 Die Wettbewerbskonstellation einer Kosten-Preis-Schere (auch als Beschneidung der Margen oder Margenbeschneidung bezeichnet; engl. margin squeeze oder price squeeze) wurde erstmals 1945 in den USA im wettbewerbsrechtlichen Präzedenzfall Alcoa (United States v. Aluminum Co. of America et al., 148 F.2d 416 [2d Cir. 1945]) als Missbrauchstatbestand umschrieben. Gegenstand des Entscheids bildete die Preispolitik von Aluminum Co. of America (nachfolgend: Alcoa), der damals einzigen Aluminiumproduzentin in den USA, die zugleich auch auf dem nachgelagerten Markt im Bereich der Herstellung von Aluminiumerzeugnissen tätig war. Alcoa wurde vorgeworfen, konkurrierende Unternehmen auf dem nachgelagerten Markt durch eine Kombination von niedrigen Endkundenpreisen und hohen Vorproduktpreisen zu verdrängen. Dabei wurde ein Missbrauch darin gesehen, dass Alcoa einerseits mehr als einen « fair price » für das Vorleistungsprodukt von den Abnehmern verlangte, während sie ihre Preise für die Endprodukte so niedrig ansetzte, dass die konkurrierenden Abnehmer des Vorleistungsprodukts keinen « living profit » bei der Herstellung von konkurrierenden Endprodukten erzielen konnten. Im Anschluss daran wurden vergleichbare Sachverhalte unter dem Aspekt der Kosten-Preis-Schere geprüft, die teilweise als missbräuchlich (vgl. City of Mishawaka v. American Electric Power Co., 616 F.2d 983 f. [7th Cir. 1980]; Mishawaka II 449 U.S. 1096, 101 S.Ct. 892, 66 L.Ed.2d 824 [1981]; Covad Communications Co. v. Bellsouth Corp., 374 F.3d 1044, 1050 [11th Cir. 2004]), teilweise aber auch als nicht missbräuchlich

(vgl. Town of Concord, Mass. et al. v. Boston Edison Co., 915 F.2d 17, 25 [1st Cir. 1990]) qualifiziert wurden.

390 In der Europäischen Union wurde im Jahr 1988 in einer Entscheidung der EU-Kommission in Sachen Napier Brown (Entscheidung 88/518/EWG der Kommission vom 18. Juli 1988 betreffend ein Verfahren nach Artikel 86 des EWG-Vertrages, IV/30.178 Napier Brown/British Sugar, ABl. L 284/41 vom 19.10.1988 [nachfolgend: Napier Brown]) zur Preispolitik eines britischen Unternehmens, welches ein gesetzliches Monopol für die Herstellung von Rübenzucker innehatte, Folgendes festgehalten: Wenn ein Unternehmen, das sowohl im Markt für ein Rohmaterial als auch in dem für ein aus diesem Material hergestellten Derivat beherrschend ist, zwischen dem Preis, den es denjenigen Unternehmen, die mit ihm in der Produktion des Derivats konkurrieren, für das Rohmaterial berechnet, und dem Preis, den es für das Derivat berechnet, eine Spanne beibehält, die geringer ist als die bei dem beherrschenden Unternehmen für die Umwandlung anfallenden Selbstkosten, und wenn dies zu einer Einschränkung des Wettbewerbs bei dem Derivat führt, dann stellt dies einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung dar.

391 Diese rechtliche Bewertung wurde im Jahr 2000 für einen anderen Sachverhalt durch das (damalige) Europäische Gericht Erster Instanz (Urteil des EuGeI vom 30. November 2000 T–5/97 Industrie des poudres sphériques gegen Kommission, Slg. 2000 II-03755 Rn. 178) bestätigt. Dabei wurde ausgeführt: Eine als Preisschere bezeichnete Praxis liege vor, wenn ein Unternehmen, das über eine beherrschende Stellung auf dem Markt eines Vorprodukts verfügt und selbst einen Teil seiner Produktion zur Herstellung eines Verarbeitungserzeugnisses verwendet, während es das restliche Vorprodukt auf dem Markt verkauft, die Preise, zu denen es das Vorprodukt an Dritte verkauft, so hoch ansetze, dass die Dritten über keine ausreichende Verarbeitungsmarge verfügten, um auf dem Markt des Verarbeitungserzeugnisses wettbewerbsfähig zu bleiben.

392 Nachdem die EU-Kommission bereits im Jahr 1998 für den Bereich der Telekommunikation in allgemeiner Weise auf die Notwendigkeit zur Vermeidung einer Kosten-Preis-Schere hingewiesen hatte (vgl. Mitteilung der Kommission vom 22. August 1998 über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Zugangsvereinbarungen im Telekommunikationsbereich, ABl. C 265/2 Rn. 118 [nachfolgend: Anwendungsmitteilung Telkom]), wurden ab dem Jahr 2003 Voraussetzungen, Inhalt und Nachweis des Missbrauchstatbestands einer Kosten-Preis-Schere im Rahmen der

Verfahren Deutsche Telekom, Telefónica und TeliaSonera ([…]) auch für den Bereich der Telekommunikation bestätigt und weiter präzisiert.

393 Nach der Praxis der EU-Kommission liegt eine missbräuchliche Kosten-Preis-Schere jedenfalls dann vor, wenn die Differenz zwischen den Endkundenentgelten eines marktbeherrschenden Unternehmens und dem Vorleistungsentgelt für vergleichbare Leistungen an seine Wettbewerber entweder negativ ist oder nicht ausreicht, um die produktspezifischen Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens für die Erbringung seiner eigenen Endkundendienste im nachgeordneten Markt zu decken (vgl. Entscheidungen 2003/707/EG Rn. 107; 2008/C 83/05 Rn. 283). Diese Definition wurde durch das Europäische Gericht gestützt (Urteile Deutsche Telekom AG/Kommission Rn. 167; Telefónica SA Rn. 173) und in nunmehr ständiger Rechtsprechung bestätigt (Urteile C–280/08 P Rn. 197 f.; TeliaSonera Rn. 42; C–295/12 P Rn. 104 f.).

394 Seit dem Jahr 2003 wurden weitere 38 Fälle einer Kosten-Preis-Schere in 20 europäischen Ländern festgestellt, wovon 71 % auf Telekommunikationsunternehmen entfielen (vgl. CENTO VELJANOVSKI, Margin Squeeze: An Overview of EU and National Case Law, 7.6.2012, e-Competitions: Competiton Laws Bulletin Nr. 46442, Ziff. 4, < www.ssrn.com/abstract=2079117 >, abgerufen am 27.8.2015).

395 Demgegenüber zeichnet sich in der US-amerikanischen Rechtsprechung eine Abkehr von der bisherigen Qualifizierung eines margin squeeze ab. Den Gegenstand des Verfahrens im Fall linkLine (Urteil des Supreme Court der Vereinigten Staaten vom 25. Februar 2009, Pacific Bell Telephone Co., dba AT&T California et al. v. linkLine Communications Inc. et al., 555 U.S. 438, 129 S. Ct. 1109, 172 L.Ed.2d 836 [2009], nachfolgend: linkLine; vgl. JOHANNES ZÖTTL, Kein Verbot der Kosten-Preis-Schere im US-amerikanischen Kartellrecht, RIW 7/2009 S. 446) bildete die Preisgestaltung bei xDSL-Grosshandelsprodukten durch marktbeherrschende, vertikal integrierte Telekommunikationsunternehmen, die über eine Netzinfrastruktur verfügen, gegenüber Internetdienstanbietern, die nur auf der Einzelhandelsstufe tätig waren. Der Supreme Court kam zu dem Schluss, dass ein eigenständiger Tatbestand einer Kosten-Preis-Schere nicht bestehe. Soweit eine wettbewerbsrechtliche Lieferverpflichtung des marktbeherrschenden Unternehmens nicht gegeben sei, könne sich ein Preismissbrauch nur im Fall eines predatory pricings ergeben. Dafür seien allerdings dessen spezifische Prüfungskriterien nachzuweisen.

Hingegen treffe ein marktbeherrschendes Unternehmen keine Verpflichtung zur Beachtung einer ausreichenden Marge zugunsten seiner Konkurrenten. Denn ein Unternehmen, dem keine wettbewerbsrechtliche Lieferverpflichtung auf einem Grosshandelsmarkt zukomme, könne frei entscheiden, ob und zu welchen Geschäftsbedingungen es vertragliche Vereinbarungen mit Dritten eingehe. Diese Qualifizierung wurde ausdrücklich auch für den Fall vorgenommen, dass die Grosshandelspreise über den Einzelhandelspreisen des marktbeherrschenden Unternehmens liegen.

396 Gegenstand, Ausgestaltung, Auswirkungen und Rechtsentwicklung der Kosten-Preis-Schere wurden in der wirtschaftswissenschaftlichen und wettbewerbsrechtlichen Literatur beschrieben und kommentiert (vgl. z.B. JEAN TIROLE, Industrieökonomik, 2. deutschsprachige Aufl. 1999, S. 422 f.). Die rechtliche Qualifizierung des missbräuchlichen Verhaltens einer Kosten-Preis-Schere erfolgt in unterschiedlicher Weise. Verschiedentlich wird sie je nach konkreter Ausgestaltung mehreren der bekannten Fallgruppen des Marktmissbrauchs zugeordnet (vgl. BETTINA BERGMANN, Massstäbe für die Beurteilung einer Kosten-Preis-Schere im Kartellrecht, Wirtschaft und Wettbewerb [WuW] 03/2001 S. 234; CLERC/KËLLEZI, in: CR-Concurrence, a.a.O., Art. 7 Abs. 2 N. 137; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rn. 2.654). In Übereinstimmung mit der EU-Wettbewerbspraxis wird sie teilweise als eigenständiger Tatbestand angesehen (vgl. FRIEDRICH WENZEL BULST, in: EuKR, a.a.O., Art. 102 AEUV N. 301; FUCHS/MÖSCHEL, in: EU-KOMM, a.a.O., Art. 102 AEUV N. 353; KATRIN HENK-MERTEN, Die Kosten-Preis-Schere im Kartellrecht, 2004, S. 123 ff. und 157; ROBERT KLOTZ, Die Preis-Kosten-Schere bei regulierten Entgelten als Verstoss gegen EG-Wettbewerbsrecht, Multimedia und Recht 2008 S. 650 und 653; NIELS/JENKINS/KAVANAGH, Economics for Competition Lawyers, New York 2011, S. 242 und 261; MANI REINERT, Preisgestaltung, in: CH-EU-Wettbewerbsrecht, S. 145; SCHRÖTER/BARTL, in: SJKM-WBR, a.a.O., Art. 102 AEUV N. 309). Teilweise wird sie auch den einzelnen Tatbestandsvarianten der Diskriminierung (vgl. BORER, a.a.O., Art. 7 N. 18; GEORG-KLAUS DE BRONETT, in: Handbuch des Kartellrechts, 2. Aufl. München 2008, § 22 Rn. 70; PETER REINERT, in: SHK-KG, a.a.O., Art. 7 N. 17; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rn. 2.651), der Einschränkung (vgl. AMSTUTZ/CARRON, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 7 N. 452, wobei die Regeln zur Einschränkung mangels eines adäquaten Tests für die Kosten-Preis-Schere im Sinne eines sachgerechten Auffangtatbestands zur Anwendung kommen sollen) oder der Erzwingung zugeordnet (vgl. BORER, a.a.O.,

Art. 7 N. 20; REINERT, in: SHK-KG, a.a.O., Art. 7 N. 24). Andere Ansichten gehen davon aus, dass sich die als Kosten-Preis-Schere bezeichnete Preispolitik vom Missbrauchstatbestand der Preisunterbietung erfassen lasse (vgl. EILMANNSBERGER/BIEN, a.a.O., Art. 102 AEUV N. 541; HANS LOMMLER, Das Verhältnis des kartellrechtlichen Verbots der Kosten-Preis-Schere zum Verbot der Kampfpreisunterbietung, WUW 03/2011, S. 244, insb. 254; DANIEL PETZOLD, Die Kosten-Preis-Schere im EU-Kartellrecht, 2012, S. 185). In Übereinstimmung mit dem Fall linkLine wird aber auch die Ansicht vertreten, dass eine Kosten-Preis-Schere nur bei Vorliegen einer Lieferverpflichtung als Variante einer Geschäftsverweigerung zu qualifizieren sei (vgl. HENDRIK AUF'MKOLK, From Regulatory Tool to Competition Law Rule: The Case of Margin Squeeze under EU Competition Law, 2011, Ziff. 3.2, « www.ssrn.com/abstract=1959126 », abgerufen am 27.8.2015; THOMAS EILMANNSBERGER, in: Münchener Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 1, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2007, Art. 82 EG N. 534 f.; ALBERTO HEIMLER, Is a Margin Squeeze an Antitrust or a Regulatory Violation?, Journal of Competition Law & Economics, 4/2010 S. 879 ff. und 880; O'DONOGHUE/PADILLA, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 2. Aufl. GB-Padstow 2013, S. 395 f.; vgl. auch Mitteilung 2009/C 45/02 der Kommission vom 24. Februar 2009 zur Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. C 45/7 Rn. 75 f. [nachfolgend: Anwendungsmitteilung Art. 82], bei der die Kosten-Preis-Schere im Gegensatz zu den bisherigen Entscheiden im Zusammenhang mit der Geschäftsverweigerung behandelt wird) und ansonsten überhaupt kein missbräuchliches Verhalten durch ein marktmächtiges Unternehmen darstelle (vgl. NICOLAS PETIT, Price Squeezes with Positive Margins in EU Competition Law – Economic and legal anatomy of a zombie, 7.5.2014, « www.ssrn.com/abstract=2506521 », abgerufen am 27.8.2015, für den Fall, dass der Preis für das Endprodukt auf dem nachgelagerten Markt höher ist als der Preis des Vorprodukts; vgl. auch MARC AMSTUTZ, Wirtschaftsregulierung durch Kartellrecht?, in: Die Praxis des Kartellgesetzes im Spannungsfeld von Recht und Ökonomie, 2011, S. 151 ff. [nachfolgend: Wirtschaftsregulierung], nach dem Eingriffe gegenüber Kosten-Preis-Scheren als Massnahmen der Wirtschaftsregulierung und nicht des Kartellrechts zu qualifizieren seien).

VII.2.2. Voraussetzungen einer Kosten-Preis-Schere

397–399 (…)

400 Die inhaltliche Beschreibung des wettbewerbswidrigen Verhaltens sowie der hierfür massgeblichen Voraussetzungen einer Kosten-Preis-Schere ergeben sich aufgrund der bisher in der Wirtschaftspraxis aufgetretenen Konstellationen und der hierzu ergangenen Entscheide.

401 Eine Kosten-Preis-Schere stellt eine missbräuchliche Preispolitik eines marktbeherrschenden Unternehmens dar, bei der die Preise für zwei Produkte, die auf zwei vertikal miteinander verbundenen Märkten vertrieben werden, in ein solches Missverhältnis gesetzt werden, dass hierdurch die Wettbewerbsbedingungen auf dem vertikal nachgelagerten Markt unangemessen beeinträchtigt werden. Das Missverhältnis zeichnet sich dabei dadurch aus, dass es zu einer Margenbeschneidung bei den Wettbewerbern auf dem nachgelagerten Markt führt, die es diesen nicht ermöglicht, gewinnbringend auf diesem Markt operieren zu können. Eine Kosten-Preis-Schere liegt demnach dann vor, wenn ein marktbeherrschendes vertikal integriertes Unternehmen die Preise für ein « Endprodukt » (auch als Endleistungsprodukt oder Endleistung bezeichnet) auf dem nachgelagerten Endproduktmarkt (auch als Endleistungsproduktmarkt oder Endleistungsmarkt bezeichnet) im Vergleich zu den Preisen für ein « Vorprodukt » (auch als Vorleistungsprodukt oder Vorleistung bezeichnet), das für die Bereitstellung des Endprodukts verwendet wird, auf dem « Vorproduktmarkt » (auch als Vorleistungsproduktmarkt oder Vorleistungsmarkt bezeichnet) in einer solchen Weise ansetzt, dass auch effiziente Wettbewerber auf der Stufe des Endproduktmarkts nicht mehr gewinnbringend wirtschaften können, weil sie über keine ausreichende Gewinnmarge verfügen.

402 Die personale Voraussetzung für die Umsetzung einer Kosten-Preis-Schere ist ein sogenannt vertikal integriertes Unternehmen, das sowohl auf dem Vorproduktmarkt als auch auf dem Endproduktmarkt tätig ist (vgl. Urteile Konkurrensverket/TeliaSonera Rn. 32; […]; EILMANNSBERGER/BIEN, a.a.O., Art. 102 AEUV N. 546; FUCHS/MÖSCHEL, in: EU-KOMM, a.a.O., Art. 102 AEUV N. 353; O'DONOGHUE/PADILLA, a.a.O., S. 373; SCHRÖTER/BARTL, in: SJKM-WBR, a.a.O., Art. 102 AEUV N. 309). Dabei ist es unerheblich, ob die Bearbeitung der unterschiedlichen Märkte durch verschiedene Abteilungen eines Unternehmens, durch

dessen eigenständige Niederlassungen oder selbstständige Tochtergesellschaften oder durch verschiedene Gruppengesellschaften eines Konzerns erfolgt.

403 Die strukturelle Voraussetzung einer Kosten-Preis-Schere besteht darin, dass dem vertikal integrierten Unternehmen auf dem Vorproduktmarkt eine marktbeherrschende Stellung zukommt. Ein besonderes Ausmass der Marktbeherrschung wird dabei nicht verlangt (vgl. Urteil Konkurrensverket/TeliaSonera Rn. 82; EILMANNSBERGER/BIEN, a.a.O., Art. 102 AEUV N. 546; FUCHS/MÖSCHEL, in: EU-KOMM, a.a.O., Art. 102 AEUV N. 359). Demgegenüber ist es unerheblich, ob dem Unternehmen auf dem Endproduktmarkt eine marktbeherrschende Stellung zukommt (vgl. Urteile Konkurrensverket/TeliaSonera Rn. 89; C–295/12 P Rn. 146). Es bedarf auch nicht der Feststellung einer in anderer Weise starken oder besonderen Stellung auf diesem Markt (vgl. Urteil Konkurrensverket/TeliaSonera Rn. 89). Unerheblich ist auch die Stellung der Wettbewerber auf dem relevanten Markt (vgl. Urteil Deutsche Telekom AG/ Kommission Rn. 167 und 193).

404 Eine Kosten-Preis-Schere setzt kein Ausschliesslichkeitsverhältnis zwischen dem Vorprodukt und dem Endprodukt voraus. Das Vorprodukt muss demnach für die Bereitstellung des Endprodukts nicht unerlässlich sein (vgl. Urteile C–295/12 P Rn. 75; Konkurrensverket/TeliaSonera Rn. 69 f.; Telefónica SA Rn. 180 f.; EILMANNSBERGER/ BIEN, a.a.O., Art. 102 AEUV N. 549; FUCHS/MÖSCHEL, in: EU-KOMM, a.a.O., Art. 102 AEUV N. 358). Regelmässig wird eine Kosten-Preis-Schere zwar nur dann umgesetzt werden können, wenn den Abnehmern des Vorprodukts keine gleichwertigen Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung stehen (vgl. EILMANNSBERGER/BIEN, a.a.O., Art. 102 AEUV N. 549; FUCHS/MÖSCHEL, in: EU-KOMM, a.a.O., Art. 102 AEUV N. 358; O'DONOGHUE/PADILLA, a.a.O., S. 367 und 374). Grundsätzlich ist es angesichts der marktbeherrschenden Stellung des vertikal integrierten Unternehmens aber durchaus möglich, dass sich wettbewerbswidrige Auswirkungen auch dann einstellen, wenn den Abnehmern in einem gewissen Umfang Ausweichmöglichkeiten verbleiben. Daher ist eine Kosten-Preis-Schere in derartigen Fällen nicht per se ausgeschlossen (vgl. Urteil Konkurrensverket/TeliaSonera Rn. 72; FUCHS/MÖSCHEL, in: EU-KOMM, a.a.O., Art. 102 AEUV N. 358).

405 Die wettbewerbswidrige Tathandlung besteht in der Herbeiführung eines Missverhältnisses zwischen dem Preis für das Vorprodukt und

dem Preis für das Endprodukt (vgl. Urteil Konkurrensverket/TeliaSonera Rn. 98; FUCHS/MÖSCHEL, in: EU-KOMM, a.a.O., Art. 102 AEUV N. 353; SCHRÖTER/BARTL, in: SJKM-WBR, a.a.O., Art. 102 AEUV N. 309). Dieses Missverhältnis kann durch eine zu hohe Ansetzung des Preises für das Vorprodukt oder eine zu niedrige Ansetzung des Preises für das Endprodukt oder einer Kombination aus beiden Preisansetzungen herbeigeführt werden (vgl. Urteil Telefónica SA Rn. 87; FUCHS/MÖSCHEL, in: EU-KOMM, a.a.O., Art. 102 AEUV N. 353; O'DONOGHUE/PADILLA, a.a.O., S. 367). Massgeblich ist dabei allein die Differenz zwischen den beiden Preisen. Demgegenüber ist es unerheblich, ob der Preis für das Vorprodukt im Sinne einer wettbewerbswidrigen Preisausbeutung unangemessen hoch oder ob der Preis für das Endprodukt im Sinne einer wettbewerbswidrigen Preisunterbietung unangemessen niedrig ist (vgl. Urteile Konkurrensverket/TeliaSonera Rn. 34 und 98; C–280/08 P Rn. 183; FUCHS/MÖSCHEL, in: EU-KOMM, a.a.O., Art. 102 AEUV N. 360; SCHRÖTER/BARTL, in: SJKM-WBR, a.a.O., Art. 102 AEUV N. 309). Das bedeutet, dass allein die Margenbeschneidung zur Verwirklichung einer Kosten-Preis-Schere führt (vgl. Urteil Telefónica SA Rn. 187).

406 Im Gegensatz zum Tatbestand der Preisunterbietung ist auch der Umstand grundsätzlich unerheblich, ob die fragliche Preisgestaltung zu Verlusten des marktbeherrschenden Unternehmens führt oder ob dieses allfällige Verluste auf dem Endproduktmarkt durch Gewinne auf dem Vorproduktmarkt ausgleichen kann (vgl. Urteil Konkurrensverket/TeliaSonera Rn. 99 f.; EILMANNSBERGER/BIEN, a.a.O., Art. 102 AEUV N. 551; FUCHS/MÖSCHEL, in: EU-KOMM, a.a.O., Art. 102 AEUV N. 360; SCHRÖTER/BARTL, in: SJKM-WBR, a.a.O., Art. 102 AEUV N. 309; anderer Ansicht REINERT, in: CH-EU-Wettbewerbsrecht, a.a.O., Rn. 4.142, nach dem die Wiederanhebung bzw. die Verringerung der Ausbringungsmenge eine notwendige Voraussetzung der Missbräuchlichkeit bildet). Diese Unerheblichkeit gilt grundsätzlich auch dann, wenn sich neue Märkte aufgrund von neuen investitionsbedürftigen Technologien bilden. Denn gerade bei derartigen Märkten muss sichergestellt werden, dass sich normale Wettbewerbsbedingungen einstellen und sich nicht aufgrund von missbräuchlichen (Preis-)Strategien eines marktbeherrschenden Unternehmens eine verzerrte Wettbewerbsstruktur bildet (vgl. Urteil Konkurrensverket/TeliaSonera Rn. 105 f.). Allerdings sind die Gründungs- und Investitionskosten des marktbeherrschenden Unternehmens auf dem von ihm beherrschten Vorproduktmarkt im Rahmen der Beurteilung einer Kosten-

Preis-Schere zu berücksichtigen (vgl. Urteil Konkurrensverket/TeliaSonera Rn. 110).

407 Unerheblich ist ferner, ob es sich bei den Abnehmern des Vorprodukts um bestehende oder neue Kunden des vertikal integrierten Unternehmens handelt (vgl. Urteil Konkurrensverket/TeliaSonera Rn. 92; FUCHS/MÖSCHEL, in: EU-KOMM, a.a.O., Art. 102 AEUV N. 360).

408 Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen kommt einem vertikal integrierten Unternehmen daher die Verpflichtung zu, seine Preise für ein Vorprodukt auf dem vorgelagerten Markt und für ein Endprodukt auf dem nachgelagerten Markt in einer Weise auszugestalten, dass den Abnehmern des Vorprodukts als Wettbewerber auf dem nachgelagerten Markt eine ausreichende Marge verbleibt, welche die Möglichkeit zu einem kompetitiven Verhalten eröffnet.

409 Diese Anforderung kann auch beim Fehlen einer wettbewerbsrechtlichen Lieferverpflichtung nicht entsprechend der Argumentation im Fall linkLine mit einem Verweis auf die Vertragsfreiheit des marktbeherrschenden Unternehmens widerlegt werden. Denn selbstverständlich steht in derartigen Fällen auch einem marktbeherrschenden Unternehmen die Entscheidungsfreiheit zu, ob es zur Vermarktung eines Vorprodukts überhaupt bestimmte vertragliche Beziehungen zu Dritten eingehen will oder ob es das Vorprodukt durch die Verwendung in einer eigenen Wertschöpfungskette auch als Endprodukt selbst vermarktet. Bei einer Selbstvermarktung der Produkte übernimmt das Unternehmen die Vor- und Nachteile dieser Vertriebsform, wobei die wettbewerbsrechtlichen Komplikationen aus vertraglichen Beziehungen zu Dritten, die als Abnehmer des Vorprodukts auftreten, entfallen. Soweit sich ein marktbeherrschendes Unternehmen – aus welchen Gründen auch immer – gegen die Selbstvermarktung eines Vorprodukts entscheidet und Dritte vollständig in die weitere Wertschöpfungskette zur Vermarktung des Vorprodukts einbezieht, ergeben sich aufgrund dieser Entscheidung aber auch gewisse wettbewerbsrechtliche Verpflichtungen gegenüber den einbezogenen Dritten. Die am häufigsten relevanten Verpflichtungen, wie etwa eine diskriminierungs- und koppelungsfreie sowie sachlich angemessene Ausgestaltung der Geschäftsbedingungen, sind dabei durch den Gesetzgeber als Tatbestandsvarianten beispielhaft ausdrücklich statuiert worden. Diese Einschätzung gilt in gleicher Weise zum einen auch bei einem vertikal integrierten Unternehmen, wenn die Dritten nur teilweise einbezogen werden, weil das vertikal integrierte Unternehmen auch eine gewisse Selbstvermarktung

des Produkts im Rahmen einer eigenen Wertschöpfungskette durchführt. Denn die grundsätzliche Beeinträchtigung des Marktgeschehens durch ein marktbeherrschendes Unternehmen, welche die sachliche Rechtfertigung für die Statuierung besonderer Missbrauchstatbestände bildet, ist umso mehr gegeben, wenn das marktbeherrschende Unternehmen gleichzeitig auch noch als Konkurrent auf einem nachgelagerten Markt auftritt. Zum anderen gilt diese Einschätzung nicht nur für die durch den Gesetzgeber beispielhaft statuierten Fallgruppen, sondern auch für die anderen Sachverhalte, die der Generalklausel unterstehen. Die Beschränkung der Vertragsfreiheit des marktbeherrschenden Unternehmens hinsichtlich einer Ausgestaltung der Produktpreise für das Vorprodukt und der hiervon abgeleiteten Endprodukte kann demzufolge nicht gegen die Anerkennung eines Missbrauchstatbestands der Kosten-Preis-Schere angeführt werden, weil die Vertragsfreiheit in gleicher Weise durch die anerkannten Missbrauchstatbestände der Diskriminierung, der Ausbeutung und der Koppelung eingeschränkt wird. Ansonsten hätte die Begründung des linkLine-Urteils bei konsequenter Anwendung zur Folge, dass bei Fehlen einer Lieferverpflichtung das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens überhaupt keinen Einschränkungen durch die Regeln über ein missbräuchliches Verhalten unterstehen würde. Dieses Ergebnis würde offensichtlich der wettbewerbsrechtlichen Zielsetzung widersprechen, auch und gerade im Einflussbereich von marktbeherrschenden Unternehmen einen ausreichend wirksamen Wettbewerb sicherzustellen (vgl. Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468, 518 und 547).

410 Der Einwand der Beschwerdeführerinnen, bei dem Instrument der Kosten-Preis-Schere handle es sich um ein Element der Wirtschaftsregulierung, ist sachlich nicht überzeugend. Ziel der wettbewerbsrechtlichen Prüfung ist nicht die abstrakte Feststellung eines angemessenen Preises für ein Vor- und/oder Endprodukt, sondern die Prüfung, ob angesichts eines konkret vorhandenen Preisverhältnisses zwischen zwei Preisen die Möglichkeit zu einem profitablen Wirtschaften besteht. Diese Prüfung muss auch nicht aus sachlichen Gründen zwingend von einer Regulierungsbehörde durchgeführt werden. Im Übrigen wurde jedenfalls für den Bereich der Telekommunikationsdienstleistungen eine entsprechende Zuweisung des Gesetzgebers zur Wirtschaftsregulierung ausdrücklich abgelehnt. So hält die Botschaft zum revidierten Fernmeldegesetz gerade fest, dass die Massnahmen des Wettbewerbsrechts ausreichend sind und sich in den meisten Fällen bewährt haben. Aus diesem Grund sei ein mit beträchtlichen Kosten verbundenes System, aufgrund dessen ein Regulator in den

Markt eingreifen könne, nicht erforderlich (Botschaft vom 12. November 2003 zur Änderung des Fernmeldegesetzes [FMG], BBl 2003 7951, 7963, Ziff. 1.2.3, nachfolgend: Botschaft FMG.

VII.2.3. Wettbewerbswidrige Wirkungen einer Kosten-Preis-Schere

411–416 (…)

417 Die Strategie der Kosten-Preis-Schere basiert auf einer bestimmten Kombination von Vor- und Endproduktpreisen auf zwei unterschiedlichen, vertikal angeordneten Märkten, sodass die Konkurrenten auf dem Endproduktmarkt über keine ausreichende Spanne beziehungsweise Marge mehr verfügen (vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, a.a.O., S. 364, welche diesen Umstand als « key point » bezeichnen; FUCHS/MÖSCHEL, in: EU-KOMM, a.a.O., Art. 102 AEUV N. 359).

418 Die Umsetzung einer Preis-Kosten-Schere wird durch einen zweidimensionalen Missbrauchscharakter gekennzeichnet. Die vertikale Integration im Verbund mit der Marktbeherrschung auf dem Vorproduktmarkt ermöglicht es dem betreffenden Unternehmen, im vertikalen Verhältnis durch die Preisgestaltung für das Vorprodukt auf dessen Abnehmer Druck auszuüben. Gleichzeitig ermöglicht die vertikale Integration im Verbund mit der Verarbeitung des Vorprodukts und dem Tätigwerden auf dem Endproduktmarkt, durch die Preisgestaltung des Endprodukts im horizontalen Verhältnis Druck auf die Abnehmer als Konkurrenten auf dem Endproduktmarkt auszuüben. Aufgrund des Tätigwerdens eines marktbeherrschenden Unternehmens als vertikal integriertes Unternehmen entlang der Wertschöpfungskette kommt diesem die Möglichkeit zu, einerseits Abnehmer für die Vermarktung des Vorprodukts einzuspannen, andererseits diese Abnehmer gleichzeitig als Konkurrenten auf dem Endproduktmarkt unter Wettbewerbsdruck zu setzen. Einem marktbeherrschenden Unternehmen wird durch diese Strategie ermöglicht, seine besondere Marktmacht nicht nur auf dem vorgelagerten Markt auszuüben, sondern darüber hinaus auch auf dem nachgelagerten Markt einzusetzen und auszudehnen. Durch eine entsprechende Gestaltung der Preise für Vor- und Endprodukte kann die Wirkung der Kosten-Preis-Schere auf die Erzielung einer Kartellrendite, die Beeinträchtigung oder sogar Verdrängung der Konkurrenten oder die Beeinträchtigung weiterer Märkte ausgerichtet sein (vgl. FUCHS/MÖSCHEL, in: EU-KOMM, a.a.O., Art. 102 AEUV N. 354; O'DONOGHUE/PADILLA, a.a.O., S. 368 f.; PETZOLD, a.a.O., S. 74 ff.).

419 Die volkswirtschaftliche Schädlichkeit der Kosten-Preis-Schere ergibt sich aus mehreren Aspekten. Die fehlende Marge in Bezug auf das Endprodukt führt dazu, dass die Konkurrenten auf dem nachgelagerten Markt über keine ausreichende Wettbewerbsfähigkeit verfügen. Dadurch ist es ihnen nicht möglich, tatsächlich in Wettbewerb zum vertikal integrierten Unternehmen zu treten. Die Konkurrenten können daher nicht durch eigene Preissenkungen das vertikal integrierte Unternehmen so unter Druck setzen, dass es die Preise für das Vorprodukt senken muss, um selbst auf dem Endproduktmarkt wieder konkurrenzfähig zu sein und gleichzeitig profitabel zu bleiben. Darüber hinaus muss regelmässig eine Quersubventionierung des Endprodukts durch andere Produkte erfolgen. Dies gilt insbesondere dann, wenn das Endprodukt auf dem nachgelagerten Markt im Bündel mit anderen Produkten angeboten wird. Dadurch wird die Wettbewerbsfähigkeit der Konkurrenten auf den benachbarten Märkten der Bündelprodukte beeinträchtigt. Insgesamt ermöglicht eine Kosten-Preis-Schere dem vertikal integrierten Unternehmen einerseits, auf dem Vorproduktmarkt eine Kartellrendite für das Vorprodukt zu erzielen, und andererseits die Konkurrenten auf dem Endproduktmarkt zu verdrängen. In jedem Fall wird das Angebot auf dem nachgelagerten Markt zulasten der Endkunden beeinträchtigt. Zudem kann dieser Effekt auch auf Märkte für weitere Produkte übertragen werden.

420 Die schädlichen Wirkungen einer Kosten-Preis-Schere treten insbesondere dann deutlich zutage, wenn sich Vor- und Endleistungsprodukt nur unwesentlich voneinander unterscheiden und den Abnehmern und Konkurrenten daher auch keine Möglichkeiten verbleiben, Effizienzgewinne im Rahmen der Wertschöpfungskette zu erzielen, die zur Herbeiführung eines Wettbewerbsdrucks auf das vertikal integrierte Unternehmen genutzt werden könnten.

421 Vorliegend ist das Grosshandelsprodukt BBCS mit dem Einzelhandelsprodukt xDSL technisch praktisch identisch, lediglich die Vermarktung unterscheidet sich nach Zielgruppe und Geschäftsbedingungen. Die anderen Internetdienstanbieter haben daher keine Möglichkeit, im Rahmen einer eigenständigen Verarbeitung des Vorprodukts BBCS Effizienzgewinne zu erzielen, um diese im Wettbewerb gegenüber der Swisscom-Gruppe einzusetzen. Vielmehr sind sie dazu gezwungen, die mangelnde Rentabilität des Einzelhandelsgeschäfts durch andere Geschäftsbereiche querzusubventionieren. Für die grössten Internetdienst-

anbieter, die als Anbieter in allen Geschäftsbereichen an Telekommunikationsdienstleistungen auftreten, bedeutet dies, dass die Erträge aus diesen Geschäftsbereichen zur Finanzierung des Internetgeschäfts herangezogen werden müssen, wodurch auch ihre Wettbewerbsfähigkeit in diesen Märkten gegenüber der Swisscom-Gruppe beeinträchtigt wird. Die Chancengleichheit der Wettbewerber ist zum Schaden der Verbraucher demzufolge nicht gegeben, weshalb das System eines unverfälschten Wettbewerbs vereitelt wird (vgl. Urteil Telefónica SA Rn. 204).

422 Im Hinblick auf die Einwendung der Beschwerdeführerinnen, sie hätten keine Veranlassung zur Umsetzung einer Kosten-Preis-Schere gehabt, ist festzuhalten, dass eine bestimmte Intention aufseiten des Unternehmens weder ein objektives noch ein subjektives Tatbestandsmerkmal einer Kosten-Preis-Schere darstellt. Massgebend ist ausschliesslich die Ausgestaltung eines Missverhältnisses zwischen den Preisen des Gross- und des Einzelhandelsgeschäfts. Das Vorliegen oder das Fehlen einer entsprechenden Veranlassung ist demzufolge völlig unerheblich.

423 Angesichts der von den Beschwerdeführerinnen eingereichten Stellungnahmen ist der Vollständigkeit halber dennoch darauf hinzuweisen, dass der vorliegende Sachverhalt eine beispielhafte Konstellation für die Umsetzung einer Kosten-Preis-Schere darstellt. Das Verhalten der Swisscom-Gruppe muss dabei im Zusammenhang mit der technischen, wirtschaftlichen und regulatorischen Entwicklung des Breitbandmarkts beurteilt werden.

424 Aufgrund der eigenen Darstellung der Beschwerdeführerinnen ergab sich in den Jahren 1999/2000 die nachfolgend beschriebene Ausgangslage für den Geschäftsbereich der (Breitband-)Internetdienstleistungen. Die Kabelnetzbetreiber hatten einen erheblichen sachlichen und wirtschaftlichen Vorteil, weil sie bereits mit entsprechenden Produkten auf dem Markt präsent waren. Demgegenüber musste die Swisscom-Gruppe diesen Geschäftsbereich erst vollständig neu entwickeln. Dabei bestand die Gefahr, durch ein weiteres Zuwarten mit dem Markteintritt die Chancen zu verschlechtern, diesen Vorsprung später aufholen zu können. Die Entwicklung des Geschäftsbereichs verlangte aber beachtliche Anfangsinvestitionen in Millionenhöhe für die Infrastruktur. Ungeachtet dessen war der Markterfolg von Breitbandinternet zum damaligen Zeitpunkt nicht absehbar, weshalb ein hohes Risiko verblieb, ob sich die notwendigen Investitionen auch lohnen würden.

425 Vor diesem Hintergrund war es wirtschaftlich von Bedeutung, die übrigen Fernmeldedienstanbieter ebenfalls für eine Mitwirkung beim Breitbandinternet gewinnen zu können. Denn die Erweiterung der Kundenbasis für xDSL durch die potenziellen Kunden der anderen Internetdienstanbieter führte dazu, dass diese mittelbar ebenfalls an der Finanzierung der Infrastrukturmassnahmen beteiligt wurden und dass dem Bereich des drahtgebundenen Breitbandinternets gegenüber den kabelgebundenen Breitbandinternetprodukten ein grösseres Gewicht verliehen wurde. Aus diesem Grund wurde den übrigen Internetdienstanbietern auf freiwilliger vertraglicher Basis das Vorleistungsprodukt BBCS angeboten.

426 Für die anderen Internetdienstanbieter bestand keine andere Möglichkeit, Breitbandangebote zu entwickeln. Vonseiten der Kabelnetzbetreiber wurde kein Grosshandelsprodukt angeboten. Den Zugang zum Festnetz hatte die Swisscom-Gruppe für andere Anbieter von Telekommunikationsleistungen seit 1998 jeweils verweigert und diese Verweigerung in den Verfahren CommCare I und II, Sunrise I und II sowie Marktzugang schneller Bitstrom vor dem Bundesgericht und dem Bundesverwaltungsgericht nahezu ein Jahrzehnt verteidigt ([…]), bis im Rahmen des Verfahrens Marktzugang schneller Bitstrom im Jahr 2009 die rechtsverbindliche Feststellung der Marktbeherrschung und der Verpflichtung zur Zugangsgewährung getroffen worden war ([…]).

427 Allerdings war aufgrund der regulatorischen Aktivitäten zur Sicherstellung einer Interkonnektionsverpflichtung zulasten eines marktbeherrschenden Unternehmens im In- und Ausland auch für die Swisscom-Gruppe erkennbar, dass der Zeitraum für die monopolartige Vermarktung des Grosshandelsprodukts BBCS zeitlich beschränkt war. Dies wurde in der Botschaft zur Änderung des Fernmeldegesetzes im Jahr 2003 deutlich zum Ausdruck gebracht. Vom Bundesrat wurde ausdrücklich festgehalten, dass der mangelnde Wettbewerb « in erster Linie auf den fehlenden direkten Zugang der alternativen Anbieterinnen zu den Nutzerinnen und Nutzern zurückzuführen » sei. Solange die ehemalige Monopolistin bei Teilnehmeranschlüssen und Mietleitungen eine beherrschende Stellung einnehme, bleibe dieser Engpass bestehen. « Da die Hürden für den Markteinstieg relativ schwer zu überwinden sind, sind die alternativen Anbieterinnen weitgehend von den Diensten der ehemaligen Monopolistin abhängig, um ihre eigenen Dienste den Teilnehmerinnen und Teilnehmern anbieten zu können. » (Botschaft FMG, BBl 2003 7951, 7957

Ziff. 1.1.2.1). Es war daher offensichtlich, dass mit Inkrafttreten der gesetzlichen Regelungen in Bezug auf den Zugang zu den regulierten Produkten TAL und schneller Bitstrom für andere Internetdienstanbieter die Preisgestaltung für das freiwillige Breitbandprodukt BBCS an die regulierten Preise jener Produkte anzupassen war.

428 Die Beschwerdeführerinnen haben im Rahmen ihres Vorbringens selbst bestätigt, dass die Einführung der neuen regulierten Produkte TAL und schneller Bitstrom infolge der Änderung des Fernmeldegesetzes den Internetdienstanbietern ermöglicht habe, sich von der einseitigen Abhängigkeit vom freiwilligen Grosshandelsangebot BBCS der Swisscom-Gruppe zu befreien. Danach habe die technische und kommerzielle Ausgestaltung dieser Produkte ermöglicht, dass die anderen Internetdienstanbieter die Swisscom-Gruppe im Breitbandmarkt auf Einzelhandelsstufe stärker konkurrenzieren könnten. Swisscom habe diese neuen Angebote beim Grosshandelsprodukt BBCS berücksichtigen müssen. Die regulierten Produkte hätten demzufolge den tatsächlichen Verhaltensspielraum der Swisscom-Gruppe beeinflusst. Nach Einführung der regulierten Produkte sei für das Vorprodukt BBCS auch ein Rückgang zu verzeichnen gewesen.

429 Die Swisscom-Gruppe hatte demzufolge ein offensichtliches Interesse daran, die Grosshandelspreise für die BBCS-Produkte bis zum Zeitpunkt, in dem die Verpflichtung zur Bereitstellung eines regulierten Zugangs zu den Endkunden gegenüber den anderen Internetdienstanbietern endgültig rechtsverbindlich wurde, so hoch wie möglich zu halten. Diese Intention hat sie mehrere Jahre nach Einführung des Breitbandinternets auch dann noch beibehalten, als auf der Grosshandelsstufe die Anfangsinvestitionen ausgeglichen und darüber hinaus erhebliche Gewinne erzielt wurden, während andererseits auf der Einzelhandelsstufe immer noch erhebliche Verluste aufliefen.

430 Wie der vorliegende Sachverhalt belegt, besteht auch in einem nicht regulierten Bereich die Möglichkeit, dass ein Unternehmen die Strategie einer Kosten-Preis-Schere verfolgt. Die Beschwerdeführerinnen belegen auch nicht, dass eine anerkannte Ansicht die Möglichkeit des Auftretens einer Kosten-Preis-Schere für die vorliegende Sachverhaltskonstellation ausschliesst. Insofern kommt allgemein gehaltenen Aussagen zu den Auswirkungen einer Kosten-Preis-Schere nicht ein solches Gewicht zu, dass sie eine Beurteilung unter Ausserachtlassung der tatsächlich vorliegenden Konstellation rechtfertigen würden.

431 Im Übrigen räumen auch die Beschwerdeführerinnen ausdrücklich ein, dass ein Eingreifen der Wettbewerbsbehörden nachvollziehbar sei, wenn wie im Fall Deutsche Telekom der Grosshandelspreis über dem Einzelhandelspreis liege oder wie im Fall Wanadoo Interactive eine Verdrängungsstrategie nachgewiesen sei (Entscheidung der Kommission vom 16. Juli 2003 in einem Verfahren nach Artikel 82 EG-Vertrag, Comp/38.233 Wanadoo Interactive [nachfolgend: Entscheidung Wanadoo Interactive]). Die Beschwerdeführerinnen bestätigen damit, dass unabhängig vom Regulierungscharakter der jeweiligen Branche Konstellationen auftreten können, bei denen ein Missbrauchstatbestand gemäss Art. 7 KG und damit auch eine Kosten-Preis-Schere festzustellen ist. Demzufolge ergibt sich bereits aus dem eigenen Vorbringen der Beschwerdeführerinnen ein sachlicher Widerspruch zu den von ihnen angeführten Theorien über die Unmöglichkeit eines Auftretens von Kosten-Preis-Scheren in nicht regulierten Branchen. Der entsprechende Einwand ist daher unbeachtlich.

432 Schliesslich ist auch die Argumentation der Beschwerdeführerinnen zum wirtschaftlichen Nutzen einer Verdrängung von Konkurrenten widersprüchlich. Wenn die Kabelnetzbetreiber im massgeblichen Zeitraum angesichts des von der Swisscom-Gruppe vertriebenen Breitbandangebots auf Einzelhandelsstufe keine vollwertigen Konkurrenten darstellten, wie dies von den Beschwerdeführerinnen mit Bezug auf die von ihnen vertriebenen Produkte und insbesondere den gewährten Kundendienst behauptet wird, dann bestand angesichts der tatsächlichen Marktentwicklung auch keine Gefahr, dass ein grösserer Anteil an Kunden der anderen Internetdienstanbieter zu Kabelnetzbetreibern anstatt zur Swisscom-Gruppe abgewandert wäre.

VII.2.4. Abgrenzung der Kosten-Preis-Schere

433–435 (…)

436 Der Tatbestand der Kosten-Preis-Schere unterscheidet sich in Bezug auf den wettbewerbswidrigen Charakter von den übrigen potenziell einschlägigen Varianten eines missbräuchlichen Verhaltens gemäss Art. 7 KG in Form der Diskriminierung, Geschäftsverweigerung, Erzwingung oder Preisunterbietung, auch wenn teilweise gewisse inhaltliche Überschneidungen gegeben sind (vgl. FUCHS/MÖSCHEL, in: EU-KOMM, a.a.O., Art. 102 AEUV N. 362). Grundsätzliches Unterscheidungsmerk-

mal bildet der Umstand, dass bei einer Kosten-Preis-Schere eine zweidimensionale vertikale und horizontale Druckausübung vonseiten des marktbeherrschenden Unternehmens ausgeht (vgl. Anwendungsmitteilung Telkom Rn. 118: « 2-facher Preisdruck »; FUCHS/MÖSCHEL, in: EU-KOMM, a.a.O., Art. 102 AEUV N. 353 und 359), während bei den anderen Fallgruppen jeweils nur eine eindimensionale horizontale oder vertikale Druckausübung stattfindet. Deshalb ist der Sachverhalt einer Kosten-Preis-Schere als eigenständige Fallgruppe der Generalklausel des Art. 7 Abs. 1 KG zuzuordnen.

437 Die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG liegt vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen bestimmte Dritte im Vergleich zu anderen ohne objektiven Grund benachteiligt. Im Fall der Kosten-Preis-Schere wird teilweise angenommen, es liege eine Diskriminierung vor, wenn Erträge aus einem (Monopol-)Bereich die Verluste eines nachgelagerten Dienstes abdecken, der ein strukturelles Defizit aufweist (vgl. BORER, a.a.O., Art. 7 N. 18), weil das marktbeherrschende Unternehmen die für den nachgelagerten Markt zuständige Unternehmenseinheit mittels Transferpreisgestaltung indirekt besserstelle als die Konkurrenten auf diesem Markt (vgl. DE BRONETT, a.a.O., § 22 Rn. 70; OSTENDORF/GRÜN, Geltung des Konzernprivilegs im Rahmen des Missbrauchsverbots im Europäischen und Deutschen Kartellrecht, WuW 09/2008 S. 956; im Ergebnis ebenso REINERT, in: SHK-KG, a.a.O., Art. 7 N. 17). Gegenüber einer Einstufung der Kosten-Preis-Schere als Diskriminierung wird demgegenüber eingewendet, dass es bei rein firmeninternen Vorgängen strukturell und bei gruppeninternen Vorgängen wegen des Konzernprivilegs – das auch im Rahmen eines Marktmissbrauchs zur Anwendung gelangen müsse – ausgeschlossen sei, die vertikal integrierte Unternehmenseinheit als Handelspartner im Sinne der Vorschrift zu behandeln und eine Ungleichbehandlung zu konstruieren (vgl. FUCHS/MÖSCHEL, in: EU-KOMM, a.a.O., Art. 82 AEUV N. 362; HENK-MERTEN, a.a.O., S. 89 f. und 121 f.; ausführlich PETZOLD, a.a.O., S. 163 f.; ebenso allgemein AMSTUTZ/CARRON, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 7 N. 224; im Ergebnis lehnt auch AMSTUTZ, Wirtschaftsregulierung, a.a.O., S. 160, eine Qualifizierung als Diskriminierung wegen der unterschiedlichen Ausrichtung gegenüber dem Tatbestand einer Preis-Kosten-Schere ab). Für die Abgrenzung einer Kosten-Preis-Schere gegenüber einer Diskriminierung kommt allerdings einem anderen Aspekt massgebliche Bedeutung zu. Dem Verhältnis zwischen dem internen Preis, der intern gegenüber der auf dem

nachgelagerten Markt tätigen, vertikal integrierten Einheit des marktbeherrschenden Unternehmens im Rahmen der buchhalterischen Erfassung als Abgrenzungspreis innerhalb einer Firma oder als Transferpreis gruppenintern für das Vorprodukt angesetzt wird, und dem externen Preis, den das marktbeherrschende Unternehmen gegenüber den externen Abnehmern des Vorprodukts berechnet, kommt für die Beurteilung einer Kosten-Preis-Schere keine Bedeutung zu. Sowohl der Abgrenzungspreis, der nur eine Position im Rahmen der internen Kostenrechnung darstellt, als auch der Transferpreis können als rein unternehmensinterne Daten grundsätzlich beliebig angesetzt werden, weshalb ihnen kein relevanter Aussagewert zukommt. Soweit der Transferpreis dem externen Preis entspricht, ergibt sich im Aussenverhältnis formal auch gar keine Ungleichbehandlung. Aus diesem Grund stellt der Nachweis einer Kosten-Preis-Schere gerade nicht auf den internen Preis des Unternehmens ab (vgl. E. 448 und 449). Die Missbräuchlichkeit einer Kosten-Preis-Schere ergibt sich vielmehr aus einer unzureichenden Preisdifferenz zwischen dem externen Preis für das Vorprodukt auf dem Vorproduktmarkt und dem Preis des marktbeherrschenden Unternehmens für das Endprodukt auf dem Endproduktmarkt. Massgebend für die Beurteilung einer Kosten-Preis-Schere ist demzufolge eine Preisberechnung aus zwei strukturell völlig unterschiedlichen Preisen, weil diese auf zwei verschiedenen Märkten zur Anwendung gelangen, und nicht ein Preisvergleich zwischen strukturell gleichen Preisen. Aus diesem Grund kann ein Missverhältnis der Preisgestaltung für Vor- und Endprodukte auch dann gegeben sein, wenn eine formal unterschiedliche Preisfestsetzung gegenüber den Abnehmern des Vorprodukts – wie im vorliegenden Fall – gar nicht vorliegt.

438 Die Geschäftsverweigerung gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG als eine Form des Behinderungsmissbrauchs setzt unter anderem voraus, dass das jeweilige Produkt für die Ausübung der intendierten wirtschaftlichen Tätigkeit auf dem vor- oder nachgelagerten Markt unerlässlich ist, und die Lieferverweigerung durch die – zumindest nahezu vollständige – Verdrängung von Konkurrenten beziehungsweise der Verhinderung des Eintritts von neuen Wettbewerbern eine Wettbwerbsbeseitigung auf dem nachgelagerten Markt zur Folge hat (vgl. AMSTUTZ/CARRON, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 7 N. 125 f.; BORER, a.a.O., Art. 7 N. 10 f.; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rn. 2.585 und 2.592). Diese beiden Tatbestandselemente der Geschäftsverweigerung können auch im Fall einer Kosten-Preis-Schere gegeben sein, sie bilden jedoch keine zwingenden tatbestandlichen Voraussetzungen für deren Verwirklichung (vgl. PETZOLD, a.a.O., S. 175). So

setzt eine Kosten-Preis-Schere – wie dargelegt – nicht voraus, dass das Vorprodukt unerlässlich ist, weshalb der Tatbestand auch dann erfüllt sein kann, wenn für die Abnehmer des Vorprodukts gewisse Ausweichmöglichkeiten bestehen (vgl. Urteil C–295/12 P Rn. 75, 96 und 118). Im Gegensatz zur Lieferverweigerung muss eine Kosten-Preis-Schere zudem nicht auf eine Verdrängung der Konkurrenten vom Markt ausgerichtet sein (vgl. E. 418). Daher besteht keine Deckungsgleichheit zwischen den beiden Fallgruppen in Bezug auf die jeweiligen Tatbestandsmerkmale (vgl. PETZOLD, a.a.O., S. 179 f.).

439 Die Erzwingung gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG besteht in einer gewissen Durchsetzung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen, womit sie als Ausbeutungsmissbrauch nicht auf eine Verdrängung von Konkurrenten, sondern auf eine Ausnutzung von Geschäftspartnern ausgerichtet ist. Die Unangemessenheit von Preisen ist dabei dann gegeben, wenn diese im Einzelfall als offensichtlich unbillig oder als unverhältnismässig zu qualifizieren sind (vgl. Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468, 572 f.; AMSTUTZ/CARRON, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 7 N. 300; BORER, a.a.O., Art. 7 N. 20; DAVID/JACOBS, a.a.O., Rn. 731; REINERT, in: SHK-KG, a.a.O., Art. 7 N. 26; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rn. 2.660 f.). Wie vorstehend dargelegt, stellt die Unangemessenheit des Preises sowohl für das Vorprodukt als auch das Endprodukt keine tatbestandliche Voraussetzung einer Kosten-Preis-Schere dar. Vielmehr bildet das unzureichende Preisverhältnis zwischen dem Preis für das Vorprodukt und dem Preis für das Endprodukt das massgebliche Kriterium für die Missbräuchlichkeit des Tatbestands. Die Durchführung einer Preishöhenkontrolle ist demzufolge auch kein sachgerechtes Prüfungsmittel zur Beurteilung einer Kosten-Preis-Schere (vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, a.a.O., S. 396; KLOTZ, a.a.O., S. 653; PETZOLD, a.a.O., S. 156 f.). Im Übrigen kann die Kosten-Preis-Schere im Gegensatz zu einer Erzwingung auch auf die Verdrängung von Konkurrenten ausgerichtet sein.

440 Die Preisunterbietung gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. d KG als Form des Behinderungsmissbrauchs besteht grundsätzlich in der Strategie eines Unternehmens, mittels gezielter Tiefstpreise die Konkurrenzpreise zu unterbieten und dabei zumindest kurzfristige Verluste hinzunehmen, um die aktuellen Konkurrenten vom Markt zu verdrängen und/oder potenzielle Konkurrenten vom Markteintritt abzuhalten (vgl. AMSTUTZ/CARRON, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 7 N. 322; BORER, a.a.O., Art. 7 N. 24; DAVID/JACOBS, a.a.O., Rn. 731; REINERT, in: SHK-KG, a.a.O., Art. 7

N. 30; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rn. 2.695). Als Tiefstpreise im Sinne der Preisunterbietung sind in jedem Fall solche Preise zu qualifizieren, die unter dem massgeblichen Kostenstandard liegen, wobei auf unterschiedliche Kostenstandards abgestellt werden kann (vgl. AMSTUTZ/CARRON, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 7 N. 377 f.; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rn. 2.707). Während dieser Umstand regelmässig in vergleichbarer Weise auch bei der Kosten-Preis-Schere Bedeutung erlangt – wobei sich im Grenzbereich einer Kostendeckung allerdings Unterschiede ergeben können (vgl. PETZOLD, a.a.O., S. 130 f.; zu Abweichungen in Bezug auf den möglichen Inhalt der Tiefpreise vgl. KLOTZ, a.a.O., S. 653; LOMMLER, a.a.O., S. 247. f.) –, bilden sonstige, als Voraussetzungen einer Preisunterbietung diskutierte Elemente, wie der Verdrängungsplan, der Ausgleich der angefallenen Verluste sowie die Preisanhebung über das bisherige Preisniveau (vgl. AMSTUTZ/CARRON, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 7 N. 380 f.; BORER, a.a.O., Art. 7 N. 24; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rn. 2.704 f.), keine notwendigen Elemente zur Erfüllung des Tatbestands einer Kosten-Preis-Schere (vgl. FUCHS/MÖSCHEL, in: EU-KOMM, a.a.O., Art. 102 AEUV N. 363; O'DONOGHUE/PADILLA, a.a.O., S. 398). Umgekehrt weisen die bei einer Kosten-Preis-Schere notwendigen Anforderungen im vertikalen Verhältnis an das Vorprodukt keinerlei Bedeutung für eine Preisunterbietung auf, weil die Bezugsquellen der Vorprodukte für die Beurteilung einer Preisunterbietung unerheblich sind.

441 Die genannten Tatbestandsvarianten vermögen demzufolge den Tatbestand der Kosten-Preis-Schere nicht richtig oder zumindest nicht adäquat zu erfassen. Insbesondere besteht der kartellrechtliche Vorwurf nicht nur darin, dass die Preise des vertikal integrierten Unternehmens im vorgelagerten Markt zu hoch beziehungsweise im nachgelagerten Markt zu tief seien. Vielmehr weist der Tatbestand der Kosten-Preis-Schere einen eigenständigen Unwertgehalt auf, wonach den Wettbewerbern auf der nachgelagerten Ebene keine ausreichende Marge mehr verbleibt und sie dadurch zu einer Quersubventionierung gezwungen sind, wenn sie nicht vom Markt verdrängt werden wollen (vgl. ZÖTTL, a.a.O. S. 446). Um diesen eigenständigen Unwertgehalt sachgerecht zu beurteilen, ist es demzufolge auch notwendig, eigenständige Prüfkriterien anzuwenden. Es ist deshalb gerechtfertigt und erforderlich, die Kosten-Preis-Schere als eigenständige Form eines missbräuchlichen Verhaltens durch ein marktbeherrschendes Unternehmen gemäss Art. 7 Abs. 1 KG zu qualifizieren. Dies entspricht auch der heutigen Einschätzung der EU-Wettbewerbspraxis (vgl. Urteile

C–295/12 P Rn. 96; Telefónica SA Rn. 178; Konkurrensverket/TeliaSonera Rn. 30 f. und 56; C–280/08 P Rn. 155 ff.; Deutsche Telekom AG/Kommission Rn. 167). Aus diesem Grund ist die neueste Rechtsprechung des US-amerikanischen Supreme Courts zum margin squeeze im Fall linkLine abzulehnen, weil diese den unterschiedlichen Charakter der einschlägigen Wettbewerbsbeschränkungen nicht beachtet.

442 Ungeachtet dessen, dass die Kosten-Preis-Schere als eigenständiger Missbrauchstatbestand zu qualifizieren ist, kann im Einzelfall bei entsprechendem Nachweis darüber hinaus auch eine der vorstehend genannten einschlägigen Tatbestandsvarianten des Art. 7 Abs. 2 KG gegeben sein, wenn deren jeweilige Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt werden (vgl. Urteil Konkurrensverket/TeliaSonera Rn. 56; EILMANNSBERGER/BIEN, a.a.O., Art. 102 AEUV N. 554; FUCHS/MÖSCHEL, in: EU-KOMM, a.a.O., Art. 102 AEUV N. 362; O'DONOGHUE/PADILLA, a.a.O., S. 321).

443 Da die Kosten-Preis-Schere eine eigenständige Tatbestandsvariante des Art. 7 Abs. 1 KG darstellt, sind die Rügen der Beschwerdeführerinnen im Hinblick auf das Vorliegen einer Diskriminierung gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG in formaler Hinsicht zwar berechtigt, in der Sache aber unerheblich. Denn die Qualifizierung ihres konkreten wirtschaftlichen Verhaltens als Kosten-Preis-Schere beruht auf den massgeblichen Prüfkriterien, die auch von der Vorinstanz ungeachtet der nicht zutreffenden rechtlichen Zuordnung zur Missbrauchsvariante der Diskriminierung in richtiger Weise angewendet wurden ([…]).

VII.2.5. Massgebliche Prüfungskriterien

444 Die Wettbewerbswidrigkeit einer Kosten-Preis-Schere ist anhand eines eigenständigen Prüfungsrasters mit spezifischen Prüfungskriterien zur Beurteilung der vertikalen und horizontalen Druckausübung zu beurteilen, weil es sich dabei um eine eigenständige Tatbestandsvariante des Art. 7 Abs. 1 KG handelt. Die Prüfkriterien der anderen Tatbestandsvarianten des Art. 7 KG finden demzufolge grundsätzlich keine Anwendung. Ungeachtet dessen hat die EU-Wettbewerbspraxis hinsichtlich einzelner Aspekte auch auf Prüfungskriterien zurückgegriffen, die bei der Überprüfung anderer Tatbestandsvarianten verwendet werden, soweit dies sachlich gerechtfertigt war.

VII.2.5.1. Überblick

445 Massgeblicher Ausgangspunkt und Rahmen der Prüfung einer Kosten-Preis-Schere bildet der wettbewerbsrechtliche Vorwurf, dass den

Konkurrenten auf dem Endproduktmarkt keine ausreichende Preisspanne verbleibt, weil ein Missverhältnis zwischen den von einem marktbeherrschenden Unternehmen angesetzten Preisen für seine Vor- und Endprodukte besteht.

446 Zum Nachweis einer nicht ausreichenden Preisspanne sind getrennte Wirtschaftlichkeitsberechnungen auf der Stufe Vorproduktmarkt und Endproduktmarkt zur Ermittlung der jeweiligen produktspezifischen Kosten durchzuführen. Angesichts der Ausgestaltung der Preise und der anfallenden Kosten für die jeweiligen Vor- und Endprodukte muss die Vergleichbarkeit der Preise im Rahmen einer Überprüfung gegebenenfalls erst hergestellt werden (vgl. Urteil Konkurrensverket/TeliaSonera Rn. 35; EILMANNSBERGER/BIEN, a.a.O., Art. 102 AEUV N. 548; FUCHS/MÖSCHEL, in: EU-KOMM, a.a.O., Art. 102 AEUV N. 357; O'DONOGHUE/PADILLA, a.a.O., S. 388; SCHRÖTER/BARTL, in: SJKM-WBR, a.a.O., Art. 102 AEUV N. 309). Zudem sind insbesondere die nachfolgend aufgeführten Aspekte zum Gegenstand der Prüfung, zum Kostenstandard für die Ermittlung der massgeblichen Kosten sowie zum Inhalt der Rentabilitätsanalyse zu berücksichtigen. Massgebend für die Anwendung der jeweiligen wirtschaftlichen Konzepte sind die Umstände des Einzelfalls. Den Wettbewerbsbehörden kommt dabei angesichts der Vielzahl an bestehenden wirtschaftlichen Konzepten und dem Umstand, dass deren Anwendung auf einen konkreten Sachverhalt im Detail eine spezifische Festlegung einzelner Positionen unter Berücksichtigung von technischen, wirtschaftlichen und sonstigen Annahmen und Abgrenzungen erfordert, ein erheblicher Ermessensspielraum bei der Auswahl und Konkretisierung der im Rahmen einer Überprüfung verwendeten Modelle und Standards zu (so auch Urteil des EuGH vom 30. Januar 2007 T–340/03 France Télécom SA/Kommission, Slg. 2007 II-00107 Rn. 129, im Hinblick auf die Berechnung der Kostendeckung).

447 Den Gegenstand der Prüfung bilden eine interne Wirtschaftlichkeitsberechnung auf der Grundlage der Daten des vertikal integrierten Unternehmens (im Sinne eines « as efficient competitor test », « equally efficient competitor test » oder « Test unter Annahme eines gleich effizienten Wettbewerbers », nachfolgend: Eigenwirtschaftlichkeitstest) oder eine externe Wirtschaftlichkeitsrechnung auf der Grundlage der Daten von Wettbewerbern des vertikal integrierten Unternehmens (im Sinne eines « reasonably efficient competitor test » oder « Test unter Annahme eines

theoretisch hinreichend effizienten Wettbewerbers », nachfolgend: Fremdwirtschaftlichkeitstest). Grundsätzlich wäre es wohl auch nicht ausgeschlossen, andere Prüfungsmethoden wie eine « Margenvergleichsanalyse » auf der Grundlage eines Retail-Minus-Kostenansatzes durchzuführen.

448 Bei einem Eigenwirtschaftlichkeitstest ist zu untersuchen, ob die Geschäftstätigkeit des vertikal integrierten Unternehmens auf dem Endproduktmarkt auf der Grundlage der Preise, die das Unternehmen auf dem Vorproduktmarkt von seinen Konkurrenten für das Vorprodukt verlangt, rentabel sein konnte oder nicht. In diese Wirtschaftlichkeitsberechnung sind allein die wirtschaftlichen Daten des marktbeherrschenden Unternehmens einzustellen (vgl. Entscheidungen 2003/707/EG Rn. 107; 2008/C 83/05 Rn. 311; Napier Brown Rn. 66). Im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsberechnung des Endproduktgeschäfts wird der Marktpreis des Vorprodukts im Sinne einer zumindest virtuellen Trennung des marktbeherrschenden Unternehmens der nachgelagerten, vertikal integrierten Unternehmenseinheit als Kostenposition für deren Wirtschaftlichkeitsberechnung zugrunde gelegt. Massgebend sind also nicht die buchhalterisch dokumentierten, sondern die unter Zugrundelegung des Marktpreises tatsächlich anfallenden Kosten des unternehmensinternen Produkttransfers (vgl. Entscheidung 2003/707/EG Rn. 140).

449 Bei einem Fremdwirtschaftlichkeitstest ist zu untersuchen, ob die Differenz zwischen dem Preis, welcher ein hinreichend effizienter Wettbewerber im nachgelagerten Markt für das Vorprodukt bezahlt, und dem Preis, den er im nachgeordneten Markt berechnet, ausreicht, um im nachgeordneten Markt die Erzielung eines normalen Gewinns zu ermöglichen (vgl. Entscheidung 2008/C 83/05 Rn. 311). Im Unterschied zum Eigenwirtschaftlichkeitstest wird hierbei auf die tatsächlichen Kosten eines Wettbewerbers abgestellt und dessen Marge im Endproduktgeschäft berechnet. Im Rahmen des Fremdwirtschaftlichkeitstests ist neben der eigentlichen Margenberechnung auch eine Abklärung vorzunehmen, unter welchen Umständen von einer hinreichenden Effizienz des Wettbewerbers ausgegangen werden kann.

450 Bei einer Margenvergleichsanalyse, welche den Anforderungen an einen ausreichenden Nachweis gegenüber dem marktbeherrschenden Unternehmen gerecht werden würde – andernfalls könnte der Test nur ergänzend herangezogen werden (vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, a.a.O., S. 379) –, müsste der Eigenwirtschaftlichkeitstest mit dem Fremdwirtschaftlichkeitstest für mehrere Wettbewerber kombiniert werden, indem

die Wirtschaftlichkeitsberechnung sowohl auf der Grundlage der eigenen Zahlen des marktbeherrschenden Unternehmens als auch der Daten der Konkurrenten durchgeführt wird. Sie erfordert demzufolge einen höheren Aufwand gegenüber den anderen beiden Wirtschaftlichkeitsberechnungen, ohne dass hierfür ein wesentlicher inhaltlicher Vorteil ersichtlich wäre. Dies dürfte wohl der Grund dafür sein, dass ihre Anwendung in der Praxis bislang nicht in Erwägung gezogen wurde.

451 Grundsätzlich ist der Nachweis eines Missverhältnisses auf der Grundlage eines Eigenwirtschaftlichkeitstests zu führen (vgl. Urteile Konkurrensverket/TeliaSonera Rn. 44; Telefónica SA Rn. 190 f.; C–280/08 P Rn. 202; CLERC, in: CR-Concurrrence, a.a.O., Art. 7 Abs. 1 N. 119; EILMANNSBERGER/BIEN, a.a.O., Art. 102 AEUV N. 547; FUCHS/MÖSCHEL, in: EU-KOMM, a.a.O., Art. 102 AEUV N 357; O'DONOGHUE/PADILLA, a.a.O., S. 380; PETZOLD, a.a.O., S. 110; SCHRÖTER/BARTL, in: SJKM-WBR, a.a.O., Art. 102 AEUV N. 309). Die bislang ergangenen Entscheide zum EU-Wettbewerbsrecht basieren inhaltlich auch auf dieser Nachweismethode (vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, a.a.O., S. 376). Denn der Eigenwirtschaftlichkeitstest kann prinzipiell einfacher durchgeführt werden, weil er auf weniger Quervergleiche und Adäquanzüberlegungen zurückgreifen muss als die anderen Prüfmethoden. Dies gilt insbesondere auch aus der Sicht des vertikal integrierten Unternehmens, denn es kennt seine eigenen Kosten, weshalb es die Rechtmässigkeit seines Verhaltens auch ohne Weiteres überprüfen kann (vgl. Urteile Konkurrensverket/TeliaSonera Rn. 44; Telefónica SA Rn. 190 f.). Auf die anderen Prüfmethoden ist nur dann abzustellen, wenn aufgrund der Umstände des Einzelfalls ein Eigenwirtschaftlichkeitstest nicht durchgeführt werden kann oder dieser aufgrund besonderer Wettbewerbsverhältnisse nicht hinreichend aussagekräftig ist. Dies soll nach der EU-Wettbewerbspraxis etwa dann der Fall sein, wenn (i) die Kostenstruktur des beherrschenden Unternehmens aus objektiven Gründen nicht klar erkennbar ist, oder (ii) die den Wettbewerbern erbrachte Leistung lediglich darin besteht, eine Infrastruktur zur Verfügung zu stellen, deren Herstellungskosten sich bereits amortisiert haben, oder (iii) die besonderen Wettbewerbsbedingungen des Markts es erfordern (vgl. Urteile Konkurrensverket/TeliaSonera Rn. 45; Telefónica SA Rn. 193; Anwendungsmitteilung Art. 82 Rn. 80 Fn. 9; EILMANNSBERGER/BIEN, a.a.O., Art. 102 AEUV N. 547; zur Kritik an den genannten Ausnahmegründen vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, a.a.O., S. 379 f.). Derartige Gründe müssen vonseiten der Wettbewerbsbehörden im Einzelfall jedoch dargelegt werden und können nicht ohne Weiteres pauschal

unterstellt werden. Soweit das vertikal integrierte Unternehmen und die Wettbewerber die gleiche Kostenstruktur aufweisen, führt ein Fremdwirtschaftlichkeitstest im Übrigen zum gleichen Ergebnis wie ein Eigenwirtschaftlichkeitstest.

452 Der Nachweis eines Missverhältnisses ist grundsätzlich erbracht, wenn aufgrund der jeweils im Einzelfall massgeblichen Wirtschaftlichkeitsbetrachtung die Unangemessenheit der Preisgestaltung dargelegt wird (in diesem Sinne auch Urteil Telefónica SA Rn. 189, wonach keine zusätzliche Margenuntersuchung bei alternativen Anbietern vorzunehmen ist). Eine kumulative Erfüllung mehrerer unterschiedlicher Wirtschaftlichkeitsbetrachtungen ist daher regelmässig nicht erforderlich (anderer Ansicht CLERC/KËLLEZI, in: CR-Concurrence, a.a.O., Art. 7 Abs. 2 N. 142; O'DONOGHUE/PADILLA, a.a.O., S. 408 f., wonach der Tatbestand einer Kosten-Preis-Schere nur gegeben sein soll, wenn sowohl ein Eigen- als auch ein Fremdwirtschaftlichkeitstest die nicht ausreichende Preisspanne bestätigen). Soweit besondere Umstände vorliegen, kann es aber erforderlich sein, den Nachweis aufgrund eines Eigen- und Fremdwirtschaftlichkeitstests zu führen.

453 Im Hinblick auf die Ermittlung der massgeblichen Kosten ist die Annahme zugrunde zu legen, dass ein rationales, profitmaximierendes Unternehmen seine Preise so gestalten muss, dass die anfallenden Kosten nicht unterschritten werden. Welche Kosten in welchem Umfang tatsächlich anfallen und demzufolge als massgeblich zu betrachten sind, ist aufgrund der jeweiligen Umstände des Einzelfalls abzuklären. Hierzu werden in Praxis und Literatur unterschiedliche Kostenstandards propagiert (zu möglichen Varianten von Kostenstandards vgl. Anwendungsmitteilung Art. 82 Rn. 26 Fn. 2; AMSTUTZ/CARRON, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 7 N. 356 f.; O'DONOGHUE/PADILLA, a.a.O., S. 383; PETZOLD, a.a.O., S. 122 f.; für den Bereich von Netzwerkindustrien vgl. INGO VOGELSANG, Abrechnungssysteme und Zusammenschaltungsregime aus ökonomischer Sicht, Gutachten im Auftrag der deutschen Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, 28.4.2006, Ziff. 2.3.1, < www.bundesnetzagentur.de/Shareddocs/Downloads/ EN/ BNetzA/Areas/Telecommunications/TelecomRegulation/IPinterconnection/GutachtenVogelsangId6202pdf.pdf?__blob=publicationFile&v=2 >, abgerufen am 27.8.2015). Aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht ergeben sich bei Anwendung aller Kostenstandards jeweils gewisse Vor- und Nachteile (vgl. AMSTUTZ/CARRON, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 7 N. 358). Daher

bedarf es im Einzelfall einer Festlegung des angemessenen Kostenstandards und dessen sachgerechter inhaltlicher Anpassung an die konkreten Umstände (vgl. O´DONOGHUE/PADILLA, a.a.O., S. 390; zur Ansetzung von gewichteten Preisen vgl. Urteil Deutsche Telekom AG/Kommission Rn. 206; EILMANNSBERGER/BIEN, a.a.O., Art. 102 AEUV N. 548; SCHRÖTER/BARTL, in: SJKM-WBR, a.a.O., Art. 102 AEUV N. 309). Im Vordergrund der bisherigen EU-Wettbewerbspraxis zur Kosten-Preis-Schere steht der Kostenstandard der langfristigen durchschnittlichen Zusatzkosten (engl. LRAIC [Long Run Average Incremental Cost]), die einem Unternehmen dadurch entstehen, dass es auch auf dem nachgelagerten Markt tätig ist (vgl. Anwendungsmitteilung Art. 82 Rn. 80). Danach ergeben sich die langfristigen durchschnittlichen Zusatzkosten aus der Differenz zwischen den Kosten, die einem Unternehmen durch die Herstellung aller Produkte entstehen und denjenigen Kosten, die anfallen, wenn das untersuchte Produkt ausgeklammert wird, während für die übrigen Produkte von einem konstanten Wert ausgegangen wird (vgl. Entscheidung 2008/C 83/05 Rn. 314). Allerdings müssen auch im Rahmen der langfristigen durchschnittlichen Zusatzkosten unter Umständen Anpassungen vorgenommen werden – wie etwa zur angemessenen Berücksichtigung von Grössen- und Verbundvorteilen (vgl. Entscheidung 2008/C 83/05 Rn. 314 Fn. 290 und Rn. 316). Unabhängig von dem konkret gewählten Kostenstandard ist sicherzustellen, dass im Einzelfall sämtliche spezifischen Kosten, die mit der Herstellung oder dem Bezug und dem Absatz eines Produkts einschliesslich allfälliger darauf entfallender allgemeinen Kosten verbunden sind, in der Wirtschaftlichkeitsberechnung für den jeweiligen Geschäftsbereich sachgerecht berücksichtigt werden (vgl. Urteil Telefónica SA Rn. 238; AMSTUTZ/CARRON, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 7 N. 358).

454 Für die eigentliche Rentabilitätsanalyse können prinzipiell zwei Methoden herangezogen werden, die jeweils auf unterschiedliche Zeiträume bezogen sind: einerseits der betriebswirtschaftlich übliche historische Ansatz (auch Period-by-Period-Ansatz) und andererseits die für die Unternehmensbewertung entwickelte Ertragswertmethode (auch Discounted-Cash-Flow- oder DCF-Methode).

455 Beim historischen Ansatz erfolgt die Rentabilitätsanalyse unter Betrachtung getrennter Zeiträume, indem die festgestellten Erträge und Kosten innerhalb bestimmter abgegrenzter Zeitspannen – regelmässig innerhalb eines Kalender- oder eines Rechnungsjahres – miteinander

verglichen werden. Dieser Ansatz erfordert prinzipiell, dass die Kostendeckung jeweils für jeden betrachteten Zeitraum gegeben ist. Kosten werden dabei grundsätzlich dem jeweiligen Zeitraum, in dem sie angefallen sind, zugerechnet, soweit sie nicht abschreibungsfähig sind und über mehrere Zeiträume anteilig – regelmässig linear – verbucht werden können. Grundsätzlich findet für eine Rentabilitätsanalyse im Rahmen der Beurteilung einer Kosten-Preis-Schere der historische Ansatz Anwendung. Dadurch wird prinzipiell sichergestellt, dass allfällige Verluste im jeweils zu untersuchenden Geschäftsbereich aufgedeckt werden. Dies entspricht der EU-Wettbewerbspraxis zu Kosten-Preis-Scheren und Preismissbräuchen mit Verdrängungswirkung (vgl. Urteil Telefónica SA Rn. 213; Entscheidung 2008/C 83/05 Rn. 325 ff.; Urteile des EuGH vom 14. November 1996 C–333/94 P Tetra Pak International SA/Kommission, Slg. 1996 I-05951 Rn. 41 f.; vom 3. Juli 1991 C–62/86 Akzo Chemie BV/Kommission, Slg. 1991 I-03359 Rn. 71 f.; France Télécom SA/Kommission Rn. 129 f.; Entscheidung Wanadoo Interactive Rn. 90 f.).

456 Demgegenüber erfolgt die Rentabilitätsanalyse bei der Ertragswertmethode 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. Der Kapitalwert ergibt sich dabei als Saldo aus den abgezinsten Erträgen und Kosten für den Betrachtungszeitraum. Die Ertragswertmethode ermöglicht dadurch eine Berücksichtigung sowohl kurzfristiger Verluste als auch des Aspekts, dass diese Verluste in dem angesetzten Zeitraum wieder kompensiert werden können. Ein positiver Kapitalwert bestätigt, dass die betreffende Geschäftstätigkeit über den jeweils angesetzten Zeitraum rentabel betrieben werden könnte, während bei einem negativen Kapitalwert von einem defizitären Geschäftsbetrieb auszugehen wäre. Für eine Rentabilitätsanalyse im Rahmen einer Kosten-Preis-Schere weist die Ertragswertmethode allerdings einige erhebliche strukturelle Mängel auf (vgl. Urteil Telefónica SA Rn. 213 und 218; Entscheidung 2008/C 83/05 Rn. 332 f. unter Verweis auf eine Bestätigung durch nationale Regulierungsbehörden; vgl. auch Entscheidung Wanadoo Interactive Rn. 90 und 92; für Preismissbräuche mit Verdrängungsabsicht; O'DONOGHUE/PADILLA, a.a.O., S. 386). Zunächst besteht die Gefahr, dass das Testergebnis auf unangemessenen eigenen Prognosen des Unternehmens beruht – zum Beispiel, wenn das Unternehmen für die Zukunft zu hohe Gewinne prognostiziert, wie dies angesichts der unzureichenden Businesspläne der Swisscom-Gruppe auch vorliegend der Fall gewesen

war –, weil dies nur zu einem vermeintlich positiven Ergebnis führen würde. Des Weiteren ermöglicht die Ertragswertmethode gerade die Verrechnung anfänglicher Verluste mit späteren Gewinnen, die auf das jeweilige wettbewerbswidrige Verhalten zurückzuführen sind, wovon im vorliegenden Fall ebenfalls auszugehen ist. Zudem verschleiert die Anwendung der Ertragswertmethode die Möglichkeit eines marktbeherrschenden Unternehmens, anfänglich hohe Verluste zu verbuchen und später auszugleichen, während die wirtschaftlich schwächeren Wettbewerber derartige Verluste über mehrere Jahre gerade nicht ausgleichen können, wie dies vorliegend auch der Fall gewesen ist. Insgesamt bleibt daher festzuhalten, dass durch die Anwendung der Ertragswertmethode ein wettbewerbswidriges Verhalten kaschiert werden kann. Ihre Anwendung als Rentabilitätsanalyse im Rahmen der Beurteilung einer Kosten-Preis-Schere ist daher grundsätzlich ausgeschlossen. Dies entspricht der EU-Wettbewerbspraxis (vgl. die Nachweise unter E. 455). Eine Anwendung ist daher nur dann angezeigt, wenn eine Rentabilitätsanalyse aufgrund des historischen Ansatzes nicht oder nicht sachgerecht durchgeführt werden kann und geeignete Sicherungen vorgesehen werden, um die strukturellen Mängel der Ertragswertanalyse auszuschliessen. Voraussetzung ist hierbei, dass die Profitabilität des Geschäftsbereichs auch von tatsächlich eintretenden Kostensenkungen in der Zukunft abhängt (vgl. Entscheidung 2008/C 83/05 Rn. 343). Zudem ist eine sachgerechte zeitliche Begrenzung des Betrachtungszeitraums vorzusehen (vgl. Entscheidung 2008/C 83/05 Rn. 351 f.; Urteil Telefónica SA Rn. 220). Für den Bereich von dynamischen Wachstumsmärkten in Netzwerkindustrien wurde vonseiten der EU-Wettbewerbspraxis mittlerweile eine ergänzende Anwendung der Ertragswertanalyse unter Berücksichtigung der notwendigen Voraussetzungen und bestimmten Annahmen vorgesehen, um auszuschliessen, dass der historische Ansatz aufgrund der linearen Abschreibung von anfänglich hohen Investitionskosten zu einer Verzerrung bei der Rechnungslegung führt (vgl. Entscheidung 2008/C 83/05 Rn. 349 f.; bestätigt durch Urteile Telefónica Rn. 212 f.; C–295/12 P Rn. 112). Dabei wurde der massgebliche Betrachtungszeitraum allerdings auf ein Zeitfenster von maximal fünf Jahren festgelegt (vgl. Entscheidung 2008/C 83/05 Rn. 355 f.; bestätigt durch Urteil Telefónica Rn. 213 und 218).

457 Der Nachweis einer Kosten-Preis-Schere ist grundsätzlich in folgenden Fällen erbracht: Soweit eine negative Preisdifferenz vorliegt und bereits der vom vertikal integrierten Unternehmen für das Vorprodukt angesetzte Preis den von der integrierten Einheit angesetzten Verkaufspreis

für das Endprodukt im nachgelagerten Markt übersteigt, liegt ein missbräuchliches Verhalten vor, ohne dass es einer genauen Ermittlung der Kosten für das Endprodukt auf dem nachgelagerten Markt bedarf, weil ein Wettbewerber im nachgelagerten Markt von vornherein nicht wettbewerbsfähig sein kann (vgl. FUCHS/MÖSCHEL, in: EU-KOMM, a.a.O., Art. 102 AEUV N. 357). Bei einer positiven Preisdifferenz ist eine Kosten-Preis-Schere jedenfalls dann gegeben, wenn die Summe aus dem Preis für das Vorprodukt und den produktspezifischen Kosten für das Endprodukt im nachgelagerten Markt gleich hoch oder höher ist als der Verkaufspreis für das Endprodukt (vgl. Entscheidung 2008/C 83/05 Rn. 322; FUCHS/MÖSCHEL, in: EU-KOMM, a.a.O., Art. 102 AEUV N. 357), weil auch in diesen Fällen zweifelsfrei keine ausreichende Marge zugunsten der Wettbewerber besteht. Soweit die jeweils erzielte Marge auch einen gewissen Gewinn umfasst (vgl. FUCHS/MÖSCHEL, in: EU-KOMM, a.a.O., Art. 102 AEUV N. 353; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rn. 2.652; die jeweils auf eine Gewinnspanne oder eine Gewinnmarge abstellen), hängt es von den konkreten Umständen des Einzelfalls (z.B. Höhe, Verhältnis zum Umsatz, Regelmässigkeit etc.) ab, ob das Preisverhältnis dennoch als missbräuchlich zu qualifizieren ist.

458–560 (…)

VII.3. Kausalität

561 Für die Verwirklichung einer Kosten-Preis-Schere ist allein das Auftreten einer unzureichenden Preisspanne nach der bisherigen EU-Wettbewerbspraxis nicht ausreichend. Vielmehr muss die wettbewerbswidrige Beeinträchtigung durch eine Analyse der einzelfallbezogenen Auswirkungen bestätigt werden, um ein solches Vorgehen als missbräuchlich zu qualifizieren (vgl. Urteile Konkurrensverket/TeliaSonera Rn. 61 und 63; C–295/12 P Rn. 124; Telefónica SA Rn. 270; EILMANNSBERGER/BIEN, a.a.O., Art. 102 AEUV N. 549; FUCHS/MÖSCHEL, in: EU-KOMM, a.a.O., Art. 102 AEUV N. 358).

562 Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen ist es für die Verwirklichung einer Kosten-Preis-Schere nicht erforderlich, dass den im Wettbewerb durch das marktmächtige Unternehmen beeinträchtigten Konkurrenten die Ausübung ihrer Geschäftstätigkeit völlig verunmöglicht oder in schwerwiegender Weise erschwert wird.

563 Im Übrigen ist es auch nicht erforderlich, im Einzelnen detailliert nachzuweisen, welcher Marktteilnehmer als Abnehmer des Vorprodukts

(i) in welcher Weise und in welchem Ausmass von der unzureichenden Preisspanne betroffen wurde und (ii) welche konkreten Massnahmen als Folge der unzureichenden Preisspanne er durchgeführt hat. Vielmehr ist es ausreichend, wenn bei einer Gesamtwürdigung aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls davon auszugehen ist, dass von der Preisgestaltung des marktbeherrschenden Unternehmens eine potenziell beeinträchtigende Wirkung für die Abnehmer des Vorprodukts ausging. Da der Schutz des Wettbewerbs gemäss Art. 7 KG nicht nur darauf ausgerichtet ist, Endverbraucher vor einem unmittelbaren Schaden durch ein missbräuchliches Verhalten zu bewahren, sondern auch darauf, angemessene Wettbewerbsstrukturen sicherzustellen, wird der verbliebene beziehungsweise der zumindest sich noch einstellende Wettbewerb bereits durch die nicht nur rein theoretische Möglichkeit einer Beeinträchtigung weiter gefährdet. Diese Einschätzung entspricht im Ergebnis auch der EU-Wettbewerbspraxis zur Kosten-Preis-Schere (vgl. Urteile C–295/12 P Rn. 124; Telefónica SA Rn. 270; Konkurrensverket/TeliaSonera Rn. 64). Aus diesem Grund erlangt der Aspekt, ob der Rückzug vom schweizerischen Markt durch Tele2 zumindest teilweise durch die von der Swisscom-Gruppe angewendeten Preis-Kosten-Schere verursacht wurde, keine Bedeutung und bedarf demzufolge auch keiner Abklärung.

564 Wie vorstehend dargelegt, hat die Swisscom-Gruppe die unzulässige Preisgestaltung auf dem Breitbandmarkt zulasten der anderen Internetdienstanbieter als Abnehmer ihres Grosshandelsprodukts im Zeitraum von April 2004 bis Dezember 2007 vorgenommen. Während dieses Zeitraums war es den anderen Internetdienstanbietern nicht möglich, angesichts der Grosshandelspreise, die sie an die Swisscom-Gruppe für die BBCS-Produkte bezahlt haben, und ihrem Einzelhandelspreis, den sie im Wettbewerb auf dem Einzelhandelsmarkt an demjenigen von Bluewin ausrichten mussten, eine ausreichende sachgerechte Marge zu erzielen. Angesichts dieser Umstände ist davon auszugehen, dass während des massgeblichen Zeitraums auch eine Beeinträchtigung der anderen Internetdienstanbieter im Wettbewerb stattgefunden hat, weil diese den Absatz des Vorprodukts nur unter Inanspruchnahme von Erträgen aus anderen Geschäften bewerkstelligen konnten.

VII.4. Rechtfertigungsgründe

565–569 (…)

570 Zunächst ist allgemein festzuhalten, dass die Wettbewerbsbehörden ungeachtet des Untersuchungsgrundsatzes nicht verpflichtet sind, nach Gründen zur Rechtfertigung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens zu forschen. Denn die Wettbewerbsbehörden haben einzig den entscheiderheblich erscheinenden Umständen im Rahmen des Zumutbaren nachzugehen (vgl. KRAUSKOPF/EMMENEGGER, in: Praxiskommentar, a.a.O., Art. 12 N. 27). Von Amtes wegen sind daher lediglich offensichtliche Aspekte, die eine solche sachliche Bedeutung aufweisen, dass sie als Rechtfertigung für das konkrete wettbewerbswidrige Verhalten dienen könnten, von den Wettbewerbsbehörden im Rahmen ihrer Prüfung abzuklären und für eine Entscheidung heranzuziehen. Andere Aspekte, die zur Rechtfertigung herangezogen werden sollen, sind vom betreffenden Unternehmen selbst darzulegen und zu begründen. Dies entspricht dem allgemeinen Grundsatz, wonach die Parteien in allen Verfahren, bei denen ihre Mitwirkung durch das öffentliche Interesse an einer umfassenden Sachverhaltsaufklärung geboten ist, nach Treu und Glauben die Ermittlung des Sachverhalts in angemessener Weise zu unterstützen haben, wobei sie alles Zumutbare zur Abwendung eines ihnen zum Nachteil gereichenden Verhaltens zu unternehmen haben (vgl. BGE 130 II 449, TV-Abo-Preise, E. 6.6.1; KRAUSKOPF/EMMENEGGER, in: Praxiskommentar, a.a.O., Art. 12 N. 54). Art. 30 Abs. 2 KG, der das Recht eines Verfahrensbeteiligten zur Abgabe einer Stellungnahme vorsieht und eine sachliche Erweiterung von dessen verwaltungsrechtlichem Anspruch auf rechtliches Gehör darstellt (vgl. Urteil 2A.492/2002 E. 3.4; BORER, a.a.O., Art. 30 N. 5; ROMINA CARCAGNI, in: SHK-KG, a.a.O., Art. 30 N. 7; ZIRLICK/TAGMANN, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 30 N. 15), verdeutlicht unzweifelhaft, dass im Rahmen des Kartellverfahrens ein öffentliches Interesse an einer umfassenden Sachverhaltsaufklärung besteht. Ein Unternehmen trifft daher nach Treu und Glauben eine Mitwirkungspflicht im Hinblick auf die Darstellung von Rechtfertigungsgründen, die sich für die Wettbewerbsbehörden nicht aufgrund des massgeblichen Sachverhalts offensichtlich ergeben und im Rahmen des Verfügungsantrags des WEKO-Sekretariats abgehandelt werden. Dies gilt unabhängig davon, dass einem Kartellsanktionsverfahren gemäss Art. 49*a* KG ein strafrechtsähnlicher Charakter im Sinne von Art. 6 EMRK beizumessen ist.

571 Allein aus dem Umstand, dass die Wettbewerbsbehörden im Rahmen des Antrags oder der Verfügung gar keine oder nur von dem Unternehmen geltend gemachte Rechtfertigungsgründe abgehandelt haben, ergibt sich noch keine unzureichende Abklärung von Rechtfertigungsgründen.

572 Wie bereits vorstehend vorgetragen wurde ([…]), führten die hohen Investitionen lediglich in den ersten Jahren zu einem negativen Ergebnis im Grosshandelsgeschäft. Bereits ab dem Jahr 2003 konnte ein positives Jahresergebnis erzielt werden. Die Profitabilität des Grosshandelsgeschäfts wurde spätestens im März 2004 dokumentiert. Im Laufe des Jahres 2005 wurden auf der Grosshandelsstufe sämtliche Verluste aus den Jahren 2001 bis 2003 durch entsprechende Gewinne wettgemacht. Die geltend gemachten Anfangsinvestitionen stellen daher keinen Rechtfertigungsgrund für die Weiterführung der Kosten-Preis-Schere im massgeblichen Zeitraum dar.

573 Die weitere Behauptung der Beschwerdeführerinnen, die Bedingtheit des Einzelhandelspreises sei der Preispolitik der Kabelnetzbetreiber geschuldet, stellt von vornherein keinen Rechtfertigungsgrund dar, weil sich dadurch der Verkaufspreis für das Grosshandelsprodukt nicht begründen lässt.

574 Weitere Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich, umso mehr, als von den Beschwerdeführerinnen keine solchen in substanziierter Weise vorgetragen wurden.

VII.5. Zwischenergebnis

575 Die Swisscom-Gruppe hat im Zeitraum zwischen April 2004 und Dezember 2007 durch die Ausgestaltung ihrer Grosshandelspreise für die Breitbandprodukte BBCS einerseits und ihrer Einzelhandelspreise für die Breitbandprodukte xDSL andererseits den Tatbestand einer Kosten-Preis-Schere gemäss Art. 7 Abs. 1 KG verwirklicht.

VIII. Sanktionen

576 Die Vorinstanz hat gegen die Beschwerdeführerinnen gemäss Art. 49*a* Abs. 1 KG eine Busse in der Höhe von CHF 219 861 720.– ausgesprochen.

VIII.1. Massgebende Sanktionsvorschriften

577 Art. 49*a* KG sieht vor, dass ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einer Sanktion belastet wird.

578 Die Zielgruppe der Sanktionen entspricht dabei dem Kreis der Kartellrechtssubjekte gemäss Art. 2 Abs. 1bis KG. Soweit eine natürliche Person als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren ist, wäre sie entsprechend den sonstigen Kartellrechtssubjekten zu behandeln (vgl. BORER, a.a.O., Art. 49*a* N. 6; TAGMANN, a.a.O., S. 13; WIPRÄCHTIGER/ZIMMERLIN, a.a.O., S. 207).

579 Im Gegensatz zu sonstigen, nicht in Art. 49*a* KG aufgeführten wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen ist jeder Missbrauch von Marktmacht gemäss Art. 7 KG unmittelbar sanktionierbar. Im vorliegenden Sachverhalt ist – wie vorstehend dargelegt – der Sachverhalt einer Preis-Kosten-Schere gemäss Art. 7 KG gegeben.

VIII.1.1. Unschuldsvermutung

580–581 (…)

582 Im Hinblick auf die Anforderungen an das Beweismass, das einem Entscheid zugrunde zu legen ist, ist auf die Ausführungen zur Kognition des Bundesverwaltungsgerichts als Beschwerdeinstanz zu verweisen (vgl. E. 146 ff.). Da die Ansicht der Beschwerdeführerinnen, im Kartellrecht müssten die Wettbewerbsbehörden beziehungsweise das Bundesverwaltungsgericht jedenfalls bei einer Sanktionierung gemäss Art. 49a KG mit Gewissheit sämtliche Tatbestandsmerkmale bejahen können, wie vorstehend dargelegt abzulehnen und einem Entscheid nicht zugrunde zu legen ist, ergibt sich nicht bereits aus der blossen Anwendung eines abweichenden Beweismasses ein Verstoss gegen die Unschuldsvermutung. Im Hinblick auf die einzelnen Tatbestandsmerkmale wurde bei deren Abhandlung dargelegt, dass diese von den Beschwerdeführerinnen erfüllt wurden. Aus diesem Grund ergeben sich weder eine allgemeine noch eine spezifische Verletzung der Unschuldsvermutung.

VIII.1.2. Bestimmtheit der Tatbestandsmässigkeit

583–590 (…)

591 Die Frage einer ausreichenden Bestimmtheit der Generalklausel des Art. 7 Abs. 1 KG wurde vom Bundesgericht (vgl. BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 8.2.2) unter Hinweis auf divergierende Ansichten in der Literatur (vgl. bejahend ANDREAS HEINEMANN, Direkte Sanktionen im Kartellrecht, Jusletter 21. Juni 2010, Rn. 24, nachfolgend: Sanktionen; ablehnend WILDHABER, a.a.O., Rn. 87) bislang ausdrücklich offengelassen.

592 Das Bestimmtheitsgebot bildet einen Teilgehalt des Legalitätsprinzips, welches verfassungs- und konventionsrechtlich allgemein für alle Rechtsgebiete in Art. 5 Abs. 1 BV und darüber hinaus für den Bereich des Strafrechts zusätzlich in Art. 7 EMRK verankert ist (vgl. BGE 138 IV 13 E. 4.1). Danach muss ein Rechtssatz, welcher die Grundlage für eine staatliche Massnahme bildet beziehungsweise bilden soll, hinreichend klar und bestimmt ausgestaltet sein. Hierzu muss die Norm so präzise formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten danach ausrichten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann (vgl. BGE 138 IV 13 E. 4.1; 119 IV 242 E. 1c; 117 Ia 472 E.3e) beziehungsweise dass er erkennen kann, welche Handlungen und Unterlassungen als Straftat qualifiziert werden und welche Sanktion für die Tat angedroht wird, damit er sein Verhalten entsprechend anpassen kann (vgl. Urteile des EGMR Ashlarba gegen Georgien vom 15. Juli 2014, 45554/08, Ziff. 33; Kafkaris gegen Zypern vom 12. Februar 2008, 21906/04, Ziff. 140). Der Zweck des Bestimmtheitsgebots besteht im Wesentlichen darin, Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit zu gewährleisten (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rn. 368 f.; POPP/BERKEMEIER, in: Basler Kommentar, Strafrecht I, 3. Aufl. 2013, Art. 1 N. 44; JOACHIM RENZIKOWSKI, in: Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, 2013, Art. 7 N. 52; GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl. 2011, § 4 Rn. 3 f.). Nach einhelliger Auffassung bezieht sich das Bestimmtheitsgebot sowohl auf den Tatbestand als auch auf die Rechtsfolgen, und es bindet nicht nur den Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Norm, sondern auch die Rechtsprechung bei deren Anwendung.

593 Während eine Gesetzesvorschrift im kodifizierten nationalen Recht primär als Befehl eines Gesetzgebers gegenüber den Behörden und Gerichten zur Anwendung des Rechts angesehen wird und die Beurteilung

der Gesetzesbestimmtheit daher auf eine richtige Umsetzung der inhaltlichen Vorgaben des Gesetzgebers durch die Rechtsprechung ausgerichtet ist, wird die Gesetzesbestimmtheit unter der Europäischen Menschenrechtskonvention angesichts des Einflusses des Common Law von vornherein als Einheit aus Gesetzesrecht und richterlicher Rechtsanwendung behandelt (vgl. RENZIKOWSKI, a.a.O., Art. 7 N. 53). Aus den unterschiedlichen Ansätzen ergeben sich aber keine beachtlichen und erkennbaren Unterschiede für die Beurteilung konkreter Rechtsfälle. Vielmehr sind sowohl der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte als auch das Bundesgericht äusserst zurückhaltend mit der Annahme einer Unbestimmtheit gesetzlicher Normen.

594 Das Bestimmtheitsgebot kann nämlich nicht in absoluter Weise verstanden werden. Denn es ist von vornherein ausgeschlossen, dass alle denkbaren Sachverhaltsvarianten, die rechtlich in spezifischer Weise erfasst werden sollen, in einer gesetzlichen Vorschrift auch ausdrücklich abgebildet werden können. Der Gesetzgeber kann daher gar nicht darauf verzichten, allgemeine sowie mehr oder weniger vage Begriffe zu verwenden, deren Auslegung und Anwendung der Rechtspraxis überlassen werden muss (vgl. BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 8.2.1; 138 IV 13 E. 4.1; Urteil Kafkaris Ziff. 141; Urteil des EGMR Kokkinakis gegen Griechenland vom 25. Mai 1993, 14307/88, Ziff. 40). Dabei kann der notwendige Grad der Bestimmtheit nicht abstrakt definiert werden, weshalb sich nicht einmal ein allgemeines Mindestmass an Bestimmtheit festlegen lässt (vgl. POPP/BERKEMEIER, a.a.O., Art. 1 N. 45; STRATENWERTH, a.a.O., § 4 Rn. 14). Zudem bedürfen Rechtsvorschriften angesichts der immerwährenden gesellschaftlichen Veränderungen auch einer inhaltlichen Fortschreibung und Anpassung, die durch die Rechtsprechung gewährleistet werden muss. Daher bildet die richterliche Interpretation von Rechtsvorschriften ein notwendiges und durch die Rechtstradition anerkanntes Element der Rechtsanwendung, um zweifelhafte Punkte zu klären und eine Anpassung an veränderte Verhältnisse vorzunehmen (vgl. Urteil Kafkaris Ziff. 141; Urteil des EGMR Jorgic gegen Deutschland vom 12. Juli 2007, 74613/01, Ziff. 101). Eine Rechtsfortbildung ist dabei immer dann zulässig – auch wenn es sich um den ersten Rechtsfall seiner Art handelt (vgl. Urteil Jorgic Ziff. 109; Urteil des EGMR Delbos u.a. gegen Frankreich vom 16. September 2004, 60819/00, S. 12) –, wenn das Ergebnis der Entwicklung mit dem Kern der Vorschrift in Einklang steht und vernünftigerweise vorherzusehen war (vgl. BGE 138 IV 13 E. 4.1; Urteile Ashlarba Ziff. 34; Kafkaris Ziff. 141; Jorgic Ziff. 101; Urteile des EGMR Eurofinacom gegen

Frankreich vom 7. September 2004, 58753/00, S. 22; Unterguggenberger gegen Österreich vom 25. September 2001, 34941/97, S. 13; Streletz, Kessler und Krenz gegen Deutschland vom 22. März 2001, 34044/96, Ziff. 50; S.W. gegen Grossbritannien vom 22. November 1995, 20166/92, Ziff. 36). Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist nur ausnahmsweise davon auszugehen, dass einer gesetzlichen Vorschrift eine ausreichende Bestimmtheit von vornherein abgesprochen werden kann.

595 Nach der Rechtsprechung sowohl des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte als auch des Bundesgerichts hängt das notwendige Mass der Bestimmtheit von einer ganzen Reihe an Kriterien ab, die im Rahmen einer einzelfallweisen Beurteilung zu berücksichtigen sind: (i) Komplexität der Regelungsmaterie und der dadurch bedingten Vielfalt an zu ordnenden Sachverhalten, (ii) Anzahl und Status der Normadressaten, (iii) Komplexität und Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidung, (iv) Schwere des Eingriffs in Verfassungsrechte oder sonstige Rechte, sowie (v) Sachgerechtigkeit der Entscheidung aufgrund der im Einzelfall notwendigen und möglichen Konkretisierung. Dabei sind im Rahmen der Beurteilung die nachfolgend aufgeführten Aspekte zu berücksichtigen.

596 Massgebend für die inhaltliche Verständlichkeit einer Norm ist das zu erwartende Verständnis des jeweiligen Adressatenkreises einer Vorschrift. So kommt technischen Begriffen und sonstigen Fachausdrücken nicht ein allgemeiner, sondern der jeweilige fachspezifische Inhalt zu, wenn als Normadressat nicht die Allgemeinheit, sondern Fachgruppen oder ausgewählte Mitglieder einer Berufsgruppe angesprochen werden (vgl. BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 8.2.1 [2. Abs.]; Urteile Delbos S. 11; Eurofinacom S. 23; Urteil des EGMR Groppera Radio AG u.a. gegen Schweiz vom 28. März 1990, 10890/84, Ziff. 68; RENZIKOWSKI, a.a.O., Art. 7 N. 53).

597 Grundsätzlich gilt in jedem Fall für alle Rechtssubjekte, dass sie in einem vernünftigen, den Umständen entsprechenden Masse rechtlichen Rat einholen müssen, um die möglichen Folgen eines bestimmten Handelns zu ermitteln (vgl. BGE 138 IV 13 E. 4.1; 132 I 49 E. 6.2; 128 I 327 E. 4.2, je m.w.H.; Urteil Eurofinacom S. 24; Urteile des EGMR Larissis u.a. gegen Griechenland vom 24. Februar 1998, 140/1996/759/958–960, Ziff. 34; Cantoni gegen Frankreich vom 15. November 1996, 17826/91, Ziff. 35). Dabei sind auch die Ansichten anderer Autoritäten als die nationalen Gerichte zu berücksichtigen (vgl. Urteil Jorgic Ziff. 107 und 113).

Zum einen sind Entscheide internationaler Gerichte oder Gremien, die in einem sachlichen Zusammenhang zum jeweiligen Rechtsfall stehen, als Autorität zu berücksichtigen (vgl. Urteil Jorgic Ziff. 107 und 112, wonach auch die Entscheide des Internationalen Strafgerichtshofs und Resolutionen der Vereinten Nationen für die Beurteilung heranzuziehen sind). Als zu beachtende Autorität gilt zum anderen das (rechts-)wissenschaftliche Schrifttum (vgl. Urteil Jorgic Ziff. 113; Urteil des EGMR Dragotoniu und Militaru-Pidhorni gegen Rumänien vom 24. Mai 2007, 77193/01, Ziff. 43; RENZIKOWSKI, a.a.O., Art. 7 N. 61). Dabei ist es für die Vorhersehbarkeit einer spezifischen Normauslegung durch das zuständige Gericht bereits ausreichend, dass mehrere Ansichten im Schrifttum für dieses Normverständnis plädieren, auch wenn demgegenüber eine grössere Anzahl von Ansichten ein gegenteiliges Normverständnis vertreten (vgl. Urteil Jorgic Ziff. 113). Im Hinblick auf die Abklärung von Risiken gelten für Rechtssubjekte, die im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeiten agieren und die gewohnt sind, dabei mit einem hohen Grad an Sorgfalt vorzugehen, strenge Anforderungen, weil von ihnen verlangt werden kann, dass sie besondere Sorgfalt bei einer Abwägung der Risiken, die in Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit stehen, walten lassen (vgl. Urteile Delbos S. 12; Eurofinacom S. 22; Cantoni Ziff. 35; Unterguggenberger S. 13; Urteil der Europäischen Kommission für Menschenrechte [EKMR] H.M.A gegen Spanien vom 9. April 1996, 25399/94, S. 124 und 125; Urteil des EGMR Klein Poelhuis gegen Niederlande vom 21. Mai 1997, 34970/97, Ziff. 2 am Ende; RENZIKOWSKI, a.a.O., Art. 7 N. 53).

598 Für eine Beurteilung der Bestimmtheit des Art. 7 KG ist unter Berücksichtigung der vorstehenden Aspekte zunächst in grundsätzlicher Weise zu beachten, dass es sich bei den zur Beschreibung des Tatbestands verwendeten Begriffen nicht nur um juristische Fachtermini eines rechtlich unzulässigen Verhaltens handelt, sondern auch um wirtschaftliche beziehungsweise wirtschaftswissenschaftliche Fachbegriffe, die ausserhalb rechtlicher Würdigungen nicht im Hinblick auf ihre rechtliche Relevanz, sondern im Hinblick auf ihre tatsächlichen wirtschaftlichen Auswirkungen, insbesondere jene auf den Wettbewerb, verwendet werden. Insoweit unterscheiden sie sich nicht von speziellen Begriffen, die in Fachgesetzen Verwendung finden und ebenfalls einer fachlichen Inhaltsbestimmung einerseits zugänglich und andererseits auch ausgesetzt sind. Diese fachspezifische Inhaltsbestimmung kumuliert etwa in Regelungen, wonach die vorgesehenen Massnahmen den « anerkannten Regeln der Technik » entsprechen müssen. Hierbei ergeben sich die jeweiligen Anforderungen an

die Handlungsausführung primär nicht aus rechtlichen Überlegungen, sondern aus den in der jeweiligen Berufsgruppe herrschenden Ansichten über die ordnungsgemässe Durchführung der vorgesehenen Massnahmen. Die in Art. 7 KG verwendeten Termini entsprechen daher nicht originären Begriffen des Strafrechts, wie etwa dem Erschleichen einer falschen Beurkundung, der Grenzverrückung, dem Schrecken der Bevölkerung oder der Irreführung der Rechtspflege, deren Bedeutungsgehalt im Wesentlichen durch das rechtswissenschaftliche Verständnis vorgegeben wird. Vielmehr ergibt sich der Bedeutungsgehalt der Begriffe von Art. 7 KG auch durch die fachspezifische, das heisst wirtschaftswissenschaftliche Inhaltsbestimmung. Im Rahmen der Rechtsanwendung ist demzufolge eine fachspezifische Inhaltsbestimmung zu berücksichtigen, auch wenn diese eine rechtliche Beurteilung nicht zwingend vorzugeben vermag.

599 Aufgrund dieser Ausgangskonstellation sind entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen nicht nur der Wortlaut von Art. 7 KG und bereits ergangene Entscheide der Rechtsprechung für dessen Bestimmtheit massgebend. Vielmehr sind auch wirtschaftswissenschaftliche Erkenntnisse und Ansichten zu berücksichtigen, die bei einer genügenden allgemeinen Anerkennung in der betroffenen Berufsgruppe auch eine ausreichende Bestimmtheit der Norm für einen speziellen Sachverhalt bewirken können. Die Bestimmtheit von Art. 7 KG ist somit auch durch die Fachliteratur im Bereich der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften sowie der tatsächlichen Fachpraxis zu beurteilen. Art. 7 KG kann somit nicht von vornherein prinzipiell eine ausreichende Bestimmtheit für die Beurteilung von einzelnen wirtschaftlichen Sachverhalten abgesprochen werden (vgl. BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 8.2.2 noch offengelassen; zustimmend HEINEMANN, Sanktionen, a.a.O., Rn. 24; HEIZMANN, a.a.O., Rn. 6; anderer Ansicht BORER, a.a.O., Art. 7 N. 2 und 7; LAURA JETZER, Das Bestimmtheitsgebot im Kartellstrafrecht, recht 2013 S. 174 f.; WILDHABER, a.a.O., Rn. 81 ff.). Vielmehr ist die Frage der Bestimmtheit entsprechend den vorstehend aufgeführten, von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien und Aspekten für jeden Einzelfall zu bestimmen.

600 Diese Einschätzung wird entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen auch nicht durch die Feststellung aufgehoben, dass « […] anerkanntermassen eine Vielfalt wirtschaftstheoretischer Erklärungsmodelle zur Verfügung stehen, die Lehrmeinungen zufolge beinahe jedes Ergebnis einer Kartellgesetzanwendung einer ökonomischen Rechtfertigung

zugänglich machen und deshalb den Rechtsanwender vor erhebliche methodische Probleme stellen » (BVGE 2011/32, Terminierung Mobilfunk, E. 4.5.1). Diese Begründung mag im Einzelfall aufgrund der konkreten wirtschaftlichen Problemstellung und den hierzu bestehenden Ansichten in der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur zutreffend sein. Sie schliesst aber gerade nicht aus, dass im Einzelfall für eine bestimmte Sachfrage auch eine ausreichende oder sogar ganz überwiegende Anerkennung einer bestimmten Sichtweise festgestellt werden kann. Im Übrigen werden auch zu den meisten juristischen Sachpunkten – insbesondere auch im Bereich des Strafrechts – praktisch alle denkbaren Standpunkte in der Rechtswissenschaft vertreten, weshalb die vorstehende Aussage mit leichten Abwandlungen auch für rechtliche Problemstellungen Gültigkeit besitzt. Würde man diese Ausgangslage zur Beurteilung der Bestimmtheit von Rechtsvorschriften heranziehen, könnte demzufolge für kaum eine gesetzliche Norm eine ausreichende inhaltliche Bestimmtheit festgestellt werden. Allein dieser Umstand hindert jedoch weder die Rechtsprechung noch die Rechtswissenschaft daran, unter Umständen sogar gegenüber einem mehrheitlich favorisierten Normverständnis eine bestimmte massgebliche Ansicht zu bilden, auf der die Beurteilung einzelner rechtlicher Standpunkte abgestützt wird. Das gleiche Vorgehen ist auch im Hinblick auf die wirtschaftswissenschaftlichen Inhalte der in Art. 7 KG verwendeten Begriffe vorzusehen.

601 Im Übrigen würde eine fehlende Anerkennung einer rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Beurteilung für die notwendige Qualifizierung dazu führen, dass ein bestimmtes wirtschaftliches Verhalten, welches in der Literatur durchgehend als schädliche Wettbewerbsbeschränkung qualifiziert und demzufolge in der Praxis von der überwiegenden Mehrheit der Wirtschaftsteilnehmer auch gar nicht erst durchgeführt wird, bei der ersten kartellverfahrensrechtlichen Behandlung aufgrund des Aspekts der Bestimmtheit der Norm nicht sanktioniert werden könnte. Dass eine Sanktion in derartigen Fällen ausgeschlossen sein soll, wird aber weder durch den Zweck des Bestimmtheitsgebots noch durch die bestehenden Anforderungen an eine zulässige Rechtsfortbildung vorgegeben.

602 Für die Beurteilung der Bestimmtheit von Art. 7 KG ist in grundsätzlicher Hinsicht überdies zu beachten, dass es sich bei dessen Abs. 1 und Abs. 2 nicht um zwei voneinander unabhängige Normen, sondern um eine einheitliche Vorschrift handelt (in diesem Sinne bereits BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 8.2.2). Dies ergibt sich zum einen schon aus dem Wortlaut,

wonach in Abs. 2 eine Reihe von entsprechenden Verhaltensweisen als Tatbestandsvarianten beispielhaft aufgeführt werden (vgl. E. 388), und zum anderen aus dem Umstand, dass Abs. 2 gar keinen vollständigen eigenen Tatbestand aufweist, der unabhängig von Abs. 1 Anwendung finden könnte. Wenn aber Abs. 2 nicht ohne Abs. 1 anwendbar ist, dann kann auch Abs. 1 nicht ohne Berücksichtigung von Abs. 2 beurteilt werden. Abs. 1 erfährt demzufolge im Hinblick auf die Tatbestandsmerkmale des Missbrauchs, der Behinderung und der Benachteiligung eine inhaltliche Konkretisierung durch die Auflistung von Beispielfällen in Abs. 2 (in diesem Sinne bereits BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 8.2.2). Da sonstige Sachverhaltskonstellationen von mehreren Tatbestandsbeispielen des Abs. 2 erfasst werden können und eine zwingende Zuordnung vom Gesetzgeber nicht vorgesehen ist, ergibt sich daraus auch ohne Weiteres, dass derartige Sachverhaltskonstellationen letztlich Art. 7 Abs. 1 KG zuzuordnen sind. Gleiches gilt auch für sonstige Sachverhaltskonstellationen, die aufgrund ihrer nachteiligen Auswirkungen auf den Markt den Tatbestandsvarianten in Abs. 2 entsprechen, allerdings von deren Tatbestandsmerkmalen von vornherein nicht erfasst werden. Art. 7 Abs. 1 KG weist daher für sonstige Sachverhaltskonstellationen eine eigenständige Bedeutung auf (in diesem Sinne bereits BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 8.2.2).

603 Die von den Beschwerdeführerinnen hiergegen vorgebrachte Behauptung, Art. 7 Abs. 1 KG sei in jedem Falle zu unbestimmt, weshalb eine Sanktionierung im Einzelfall nicht darauf abgestützt werden könne, widerspricht ganz offensichtlich der vorgesehenen Normkonstruktion des Gesetzgebers. Dies würde nämlich dazu führen, dass die vom Gesetzgeber lediglich als Beispiele vorgesehenen Tatbestandsvarianten als abschliessend qualifiziert werden müssten, weil sonstige Sachverhaltskonstellationen selbst dann, wenn sie aufgrund eines vorgängigen Entscheids und damit einer bestehenden Rechtsprechungspraxis unzweifelhaft als wettbewerbswidrig zu qualifizieren wären, nicht unter Art. 7 Abs. 1 KG subsumiert werden könnten (vgl. auch REINERT, in: CH-EU-Wettbewerbsrecht, a.a.O., Rn. 4.110).

604 Im vorliegenden Fall ist zu beachten, dass eine Wettbewerbsbeschränkung in Gestalt einer Kosten-Preis-Schere sowohl in der rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Literatur als auch in der Rechtsprechung eine lange Tradition aufweist (vgl. E. 389 f.). Denn der erste Sachverhalt einer Kosten-Preis-Schere ist mit dem Urteil in Sachen Alcoa bereits im Jahr 1945 bekannt geworden. Auch in der EU-Wettbewerbspraxis wurde –

nachdem bereits im Jahr 1975 ein Entscheid in Sachen National Carbonising Company ergangen war (Entscheidung 76/185/EGKS der Kommission vom 29. Oktober 1975, National Carbonising Company Limited u.a., ABl. L 35/6 vom 10.2.1976) – spätestens mit den Verfahren Napier Brown im Jahr 1988 (vgl. E. 390) und Industrie poudres sphériques im Jahr 2000 (vgl. E. 391) die Missbräuchlichkeit einer Kosten-Preise-Schere durch ein marktmächtiges Unternehmen lange vor dem beanstandeten Verhalten der Swisscom-Gruppe festgestellt. Mit dem Entscheid Deutsche Telekom im Jahr 2003 ([…]) wurde der Tatbestand der Kosten-Preis-Schere dann sogar ausdrücklich auch für den Bereich der Telekommunikationsdienstleistungen als massgeblich qualifiziert.

605 Die grundsätzliche Beachtung von Entscheiden der EU-Wettbewerbspraxis im Rahmen des schweizerischen Kartellrechts obliegt sowohl den schweizerischen Wettbewerbsinstanzen als auch den schweizerischen Unternehmen (vgl. E. 167 f.). Für die Beurteilung einer ausreichenden Bestimmtheit von Art. 7 KG ist demzufolge auch die EU-Wettbewerbspraxis heranzuziehen. Die Beschwerdeführerinnen tragen im Übrigen keinerlei konkrete Gründe vor, warum die im Rahmen der bestehenden EU-Wettbewerbspraxis entwickelten Beurteilungskriterien zwar für eine Kosten-Preis-Schere in verschiedenen EU-Mitgliedstaaten, nicht aber auch im vorliegenden Fall für eine Kosten-Preis-Schere in der Schweiz zur Anwendung gelangen sollten.

606 Unter Berücksichtigung der vorstehend dargestellten Grundsätze zur Ermittlung der ausreichenden Bestimmtheit einer Gesetzesvorschrift können die Beschwerdeführerinnen daher nicht geltend machen, ihnen sei die Möglichkeit eines wettbewerbswidrigen Verhaltens infolge einer Kosten-Preis-Schere gemäss Art. 7 KG ab dem Jahr 2003 nicht bekannt und die Norm daher zu unbestimmt gewesen (so auch Urteil C–295/12 P Rn. 149 für die entsprechende Vorschrift des Art. 102 AEUV im EU-Wettbewerbsrecht). Zudem wurde die Swisscom-Gruppe durch das Sekretariat der Wettbewerbskommission mit dem Schlussbericht in Sachen Talk & Surf vom Februar 2004 ausdrücklich auf die entsprechende Beurteilung einer Kosten-Preis-Schere im Rahmen der EU-Wettbewerbspraxis und die Berücksichtigung dieser Praxis in der Schweiz aufmerksam gemacht. Dies gilt umso mehr, als die Beschwerdeführerinnen nach eigenen Angaben eine eigene Rechtsabteilung eingerichtet haben, welche kartellrechtliche Angelegenheiten in Eigenregie abwickelt und daher über ausreichendes Fachwissen zur Beurteilung von entsprechenden Entscheiden verfügt.

607 Ob eine Kosten-Preis-Schere der Tatbestandsvariante eines Erzwingens wie bei dem Entscheid der EU-Kommission in Sachen Deutsche Telekom, einer Diskriminierung wie beim vorinstanzlichen Entscheid oder der Generalklausel wie im vorliegenden Beschwerdeentscheid und den Entscheiden der EU-Wettbewerbspraxis in Sachen Telefónica und Telia-Sonera zugeordnet wird, ist entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen letztlich unbeachtlich. Denn die Bestimmtheit der Vorschrift war durch die vorgängige Rechtsprechungspraxis zu Kosten-Preis-Scheren und insbesondere durch den Entscheid Deutsche Telekom der EU-Kommission in ausreichender Weise gegeben. Sie wurde nicht dadurch wieder aufgehoben, weil in einem nächsten Fall eine andere rechtliche Zuordnung zu einer der möglichen Tatbestandsvarianten vorgenommen wurde beziehungsweise wird. Dies gilt umso mehr, als im Rahmen der vorinstanzlichen Verfügung und der Beschwerdeentscheidung die gleichen Prüfungskriterien für die Beurteilung einer Kosten-Preis-Schere herangezogen wurden. Aber auch wenn nunmehr abweichende oder ergänzende Prüfungskriterien herangezogen werden, hält sich diese Veränderung im Rahmen einer zulässigen Rechtsfortbildung und stellt keinen Verstoss gegen das Bestimmtheitsgebot dar.

608 Art. 4 Abs. 2 KG statuiert eine Bestimmung, wonach ein Unternehmen als marktbeherrschend zu qualifizieren ist, wenn es sich gegenüber anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten kann. Für die Beurteilung einer Möglichkeit zu einem unabhängigen Verhalten wurden von der Rechtspraxis unter Berücksichtigung von Art. 11 Abs. 3 VKU bereits verschiedenste Kriterien für die Bestimmung und Prüfung der Marktstellung im jeweils sachlich, räumlich und zeitlich relevanten Markt entwickelt. Das Kriterium der marktbeherrschenden Stellung in Art. 7 KG ist demzufolge entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen in allgemeiner Hinsicht ausreichend bestimmt (so bereits BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 8.2.3). Die Beschwerdeführerinnen tragen im Übrigen auch keine Gründe vor, warum im vorliegenden Sachverhalt die Anwendung dieser Kriterien nicht ausreichend vorhersehbar gewesen sein sollte.

609 Des Weiteren sind verschiedene von den Beschwerdeführerinnen vorgetragene Einwendungen von vornherein unbeachtlich, weil sie keine ausreichende Begründung für das Vorliegen der Unbestimmtheit einer Gesetzesvorschrift darstellen oder enthalten.

610 Wenn die Entstehung einer Fallpraxis in Bezug auf eine gesetzliche Vorschrift dazu geführt hat, dass unterschiedliche Voraussetzungen alternativ das Vorliegen des jeweiligen Tatbestands begründen, dann resultiert daraus nicht die Unbestimmtheit der jeweiligen Vorschrift. Vielmehr hat ein betroffenes Rechtssubjekt alle diese unterschiedlichen Varianten einer Erfüllung des gesetzlichen Tatbestands zu beachten und zu vermeiden, um sich rechtmässig zu verhalten. Ein Unternehmen hat keinen Anspruch darauf, dass ausschliesslich nur eine mögliche Variante der Tatbegehung als kartellrechtswidrig qualifiziert wird.

611 Auch wenn kartellrechtliche Entscheide immer einen Bezug zu einem bestimmten Wirtschaftsbereich aufweisen, weil es sich um konkrete Einzelfallentscheidungen handelt, so sind die allgemeinen Feststellungen zu den Voraussetzungen der einzelnen Tatbestandsmerkmale unzweifelhaft allgemein gültig und gelten grundsätzlich für alle Wirtschaftsbereiche, weshalb sie grundsätzlich auch von allen Unternehmen in allen Wirtschaftsbereichen zu beachten sind. Soweit ein Unternehmen diese Voraussetzungen nicht einhält, weil es diese für den entsprechenden Wirtschaftsbereich nicht für anwendbar hält, erfolgt diese Missachtung auf eigenes Risiko. Die Behauptung der Beschwerdeführerinnen, eine gesetzliche Vorschrift sei erst dann ausreichend bestimmt, wenn auch für den jeweiligen Wirtschaftsbereich bereits ein Entscheid ergangen sei, trifft demnach nicht zu. Im Übrigen ist diese Behauptung gerade der Beleg dafür, dass sich entsprechende Anforderungen nicht als taugliche Voraussetzungen für die Beurteilung der Bestimmtheit von gesetzlichen Vorschriften eignen. Denn rechtliche Vorschriften können von vornherein nicht so ausgestaltet werden, dass sie die notwendigen spezifischen Formulierungen aufweisen, welche unzweifelhaft sämtliche Wirtschaftsbranchen – und alle sonstigen Varianten, die sich aufgrund entsprechender Kriterien ergeben – umfassen.

612 Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen ist ein Vergleich mit inhaltlich weit gefassten Straftatbeständen im Kernstrafrecht durchaus angebracht, um die angebliche Unbestimmtheit von Art. 7 KG zu relativieren. Wenn bereits im Kernstrafrecht derart weit gefasste Tatbestände offensichtlich zulässig sind, so bestehen grundsätzlich noch weniger Bedenken, auch verwaltungsrechtliche Sanktionsvorschriften mit lediglich strafrechtsähnlichem Charakter in gleicher Weise mit einem inhaltlich weiten Anwendungsbereich auszugestalten (in diesem Sinne bereits BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 8.2.2, 8.2.3, mit Verweis auf ver-

schiedene strafrechtliche Bestimmungen). Der Verweis der Beschwerdeführerinnen auf die bestehende reichhaltige Fallpraxis zu den Strafrechtsvorschriften und dem Fehlen einer äquivalenten Praxis im Kartellrecht geht von vornherein ins Leere. Ganz offensichtlich beruht eine reichhaltige Fallpraxis zu einer Vorschrift in jedem Rechtsgebiet auf dem ersten Entscheid, der hierzu ergangen ist; und dieser Entscheid konnte aufgrund des Fehlens der sich erst später entwickelten Fallpraxis auch nur an dem unbestimmten, weit gefassten (Straf-)Tatbestand ausgerichtet werden. Die grundsätzliche Zulässigkeit einer richterlichen Rechtsfortbildung wird von Rechtsprechung und Lehre – wie vorstehend dargelegt – auch bereits beim ersten Fall anerkannt.

613 Dass kartellrechtliche Bestimmungen im Gegensatz zu strafrechtlichen Vorschriften zumindest teilweise ein ökonomisches Fachwissen und einen ökonomischen Sachverstand voraussetzen, stellt keine prinzipielle Einschränkung, sondern eine Milderung ihrer Bestimmtheit dar. Denn die kartellrechtlichen Bestimmungen finden gemäss Art. 2 Abs. 1bis KG ausschliesslich auf Unternehmen und damit auf Rechtssubjekte, die sich in besonderer Weise, nämlich eigenverantwortlich wirtschaftlich betätigen, Anwendung. Der Inhalt des Bestimmtheitsgrundsatzes sieht – wie vorstehend ausführlich dargelegt – für eine hinreichende Erfassung des Bedeutungsgehalts der Sanktionsnorm vor, dass sowohl das besondere Fachwissen von betroffenen Rechtssubjekten zu berücksichtigen ist als auch von betroffenen Rechtssubjekten entsprechender Rechtsrat eingeholt werden muss; zudem sind bei Fachpersonen besondere Anforderungen an die auszuübende Sorgfalt zu stellen. Im Regelfall verfügen Kartellrechtssubjekte daher über die notwendigen ökonomischen Kenntnisse als allfällige implizite Voraussetzung einer Verwirklichung von kartellrechtlichen Tatbeständen. Andernfalls haben sie sich diese Kenntnis im Rahmen ihrer Sorgfaltspflichten selbst zu verschaffen.

614 Dass durch die Wettbewerbsbehörden und die Beschwerdeinstanz kein individualisierter Preis oder eine spezifische Marge für die Zulässigkeit einer Kosten-Preis-Schere angegeben wird, ist auf die Wettbewerbskomplexität (vgl. E. 80) und den Beurteilungsspielraum, der im Hinblick auf die Adäquanz von Preis oder Marge besteht, zurückzuführen. Daraus kann entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen jedoch nicht auf die mangelnde Bestimmtheit von Art. 7 KG geschlossen werden. Denn solange sich der vom Unternehmen angewendete Preis oder die erzielte Marge in einem Bereich bewegt, der aufgrund der konkreten Umstände

offensichtlich als übermässig und damit als wettbewerbswidrig zu qualifizieren ist, können sich keine Zweifel an der Unzulässigkeit ergeben. Dies entspricht auch der Rechtsprechung im Strafrecht. So wird dort für den Tatbestand des Wuchers festgehalten, dass je nach Geschäftsbereich und Umständen des Einzelfalls die Unzulässigkeit der Höhe der Zinsen zum Teil bereits bei 18 %, zum Teil erst bei 25 % beginnt; in jedem Fall wird der Tatbestand aber bei Zinsen ab einer Höhe von 35 % verwirklicht (vgl. BGE 92 IV 132 E. 1; PHILIPPE WEISSENBERGER, in: Basler Kommentar, Strafrecht II, 3. Aufl. 2013, Art. 157 N. 32, nachfolgend: BSK-StGB-II; TRECHSEL/CRAMERI, in: Praxiskommentar StGB, 2. Aufl. 2013, Art. 157 N. 10, nachfolgend: PK-StGB).

615 Die von den Beschwerdeführerinnen vorgebrachten Einwendungen gegen die Subsumtion einer indirekten Diskriminierung unter die Tatbestandsvariante der Diskriminierung gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG und eine sich daraus ergebende Unbestimmtheit der Norm sind unbeachtlich, weil der Sachverhalt einer Kosten-Preis-Schere – wie vorstehend ausführlich dargelegt (vgl. E. 436 f.) – als eigenständige Tatbestandsvariante zu qualifizieren und keiner der in Art. 7 Abs. 2 KG ausdrücklich aufgeführten Tatbestandsvarianten zuzuordnen ist.

616 Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die inhaltliche Bestimmtheit des Tatbestands von Art. 7 KG für dessen Anwendung auf den Sachverhalt einer Kosten-Preis-Schere im massgeblichen Zeitraum in ausreichender Weise gegeben ist. Die von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachten Rügen wegen einer mangelnden Bestimmtheit des Tatbestands sind daher unbegründet.

VIII.1.3. Bestimmtheit der Rechtsfolge

617–618 (…)

619 Das Bestimmtheitsgebot ergibt sich – wie bereits ausgeführt (vgl. E. 592) – aus dem Gebot der Rechtssicherheit und dem Legalitätsprinzip gemäss Art. 5 Abs. 1 BV und Art. 7 EMRK. Die Anforderung einer ausreichenden Bestimmtheit findet auch auf die Rechtsfolge einer Vorschrift Anwendung (vgl. POPP/BERKEMEIER, a.a.O., Art. 1 N. 48; RENZIKOWSKI, a.a.O., Art. 7 N. 52; STRATENWERTH, a.a.O., § 4 Rn. 14; FROWEIN/PEUKERT, a.a.O., Art. 7 N. 4).

620 Sinn und Zweck des Bestimmtheitsgebots in Bezug auf die Rechtsfolgen besteht zum einen darin, dass die Rechtsunterworfenen erkennen können, welche Auswirkungen ein rechtswidriges Verhalten nach

sich zieht. Zum anderen bietet eine ausreichende Bestimmtheit die Gewähr, dass den zuständigen Behörden und Gerichten durch den Gesetzgeber ein Rahmen vorgegeben wird, in dem sich die im Einzelfall verhängten Sanktionen zu bewegen haben, wodurch die prinzipielle Angemessenheit im Verhältnis zu sonstigen Rechtsbereichen sichergestellt und eine Verhängung von völlig willkürlichen Sanktionen verhindert wird.

621 Die Sanktionierung eines kartellrechtswidrigen Verhaltens ergibt sich aus Art. 49*a* KG sowie den Bestimmungen der KG-Sanktionsverordnung vom 12. März 2004 (SVKG, SR 251.5), welche der Bundesrat gestützt auf die in Art. 60 KG verankerte Kompetenz zum Erlass von Ausführungsvorschriften erlassen hat. Die Sanktionsvorschriften beruhen demzufolge auf einer ausreichenden formalen Rechtsgrundlage.

622 Gemäss Art. 49*a* Abs. 1 KG (Art. 7 SVKG) wird ein Unternehmen, das sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, bis zu einem Betrag in der Höhe von 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Dieser Sanktionsbetrag bemisst sich unter Berücksichtigung des in Art. 2 Abs. 2 SVKG ausdrücklich statuierten Verhältnismässigkeitsgrundsatzes nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Gemäss Art. 3 SVKG wird der relevante Ausgangsbetrag als sogenannter Basisbetrag auf den Umsatz bezogen, den das Unternehmen auf den jeweiligen relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat. Die Sanktionierung knüpft demzufolge ausnahmslos an das vorhandene kartellrechtswidrige Verhalten an. Dieser Basisbetrag wird gemäss Art. 4 SVKG je nach Dauer des unzulässigen Verhaltens um 50 % bis 100 % erhöht. Gleiches gilt gemäss Art. 5 SVKG bei bestimmten erschwerenden Umständen. Der Betrag ist gemäss Art. 6 SVKG bei Vorliegen von mildernden Umständen zu reduzieren. Gemäss Art. 7 SVKG bildet die in Art. 49*a* KG festgelegte Umsatzschwelle von 10 % in Bezug auf die gesamte wirtschaftliche Tätigkeit des betroffenen Unternehmens auf allen – und nicht nur auf den relevanten – Märkten in der Schweiz die absolute Obergrenze einer Sanktion.

623 Die Bemessung der Sanktion entspricht strukturell den Vorschriften des EU-Wettbewerbsrechts, wie sie in der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. L 1/1 vom 4.1.2003 (nachfolgend: VO 1/2003) und den Leitlinien der EU-Kommission für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen gemäss Art. 23 Abs. 2 Bst. a der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, ABl. C 210/2 vom

1.9.2006 (nachfolgend: EU-Leitlinien Bussgeldfestsetzung) niedergelegt worden waren. Aufgrund der im Jahr 2006 geänderten Anwendungspraxis durch die EU-Wettbewerbsbehörde ergeben sich allerdings wesentliche Unterschiede bei einer konkreten Berechnung einer Sanktion.

624 Angesichts der bestehenden Vorschriften ist eine eindeutig definierte Obergrenze für die Bestimmung des Sanktionsbetrages gegeben (so im Ergebnis auch BORER, a.a.O., Art. 49*a* N. 2; REINERT, in: SHK-KG, a.a.O., Art. 49*a* N. 9; ZIRLICK/TAGMANN, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 49*a* N. 11; WIPRÄCHTIGER/ZIMMERLIN, a.a.O., S. 210; anderer Ansicht JETZER, a.a.O., S. 177; NIGGLI/RIEDO, in: BSK-KG, a.a.O., Vor Art. 49*a*–53 N. 85). Diese beläuft sich auf 10 % des Umsatzes, der in den vergangenen drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielt wurde. Der Umsatz eines Geschäftsjahres wird nachträglich innerhalb einer statutarisch oder gesetzlich vorgegebenen spezifischen, kalendermässig festgelegten Frist von einem Unternehmen in eigener Verantwortung nach handelsrechtlichen Regeln selbst festgestellt und in vielen Fällen sogar durch Revisionsstellen als besondere Fachpersonen überprüft und testiert. Da die Untersuchung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens erfahrungsgemäss über die gesetzlich zulässigen Fristen zur Erstellung eines jährlichen Geschäftsabschlusses hinausgehen, sind die massgeblichen Geschäftszahlen spätestens bei Erlass einer Verfügung durch die Vorinstanz bekannt und verfügbar. Von diesen massgeblichen Geschäftszahlen lässt sich der maximale Sanktionsbetrag ohne Weiteres durch eine einfache Berechnung ermitteln. Die Ansicht der Beschwerdeführerinnen, es bestünde eine betragsmässig nicht begrenzte und nach oben offene Sanktion, ist daher nicht zutreffend.

625 Die Beschwerdeführerinnen unterstellen mit ihrer Argumentation, dass dem Bestimmtheitsgebot nur dann Genüge getan sei, wenn das Gesetz als Obergrenze einer Sanktionierung (zusätzlich) einen genau bezifferten Geldbetrag im Gesetz vorsieht. Es sind jedoch keine Gründe ersichtlich, warum nur die Statuierung eines zahlenmässig festgelegten Sanktionsbetrags als Obergrenze dem Bestimmtheitsgebot in ausreichender Weise entsprechen soll. Sinn und Zweck des Bestimmtheitsgebots erfüllt vielmehr auch eine Variante, bei der – wie im vorliegenden Fall – auf eine definierte Referenzgrösse abgestellt wird, auf welche die verfügende Behörde keinen Einfluss nehmen kann. Umgekehrt würde die Festlegung einer für alle Sachverhalte geltenden Kennzahl nur zu einer Plafonierung führen, welche Unternehmen mit darüber hinausgehenden Umsätzen gegenüber solchen mit kleineren Umsätzen bevorteilen würde, ohne dass

hierfür eine sachliche Begründung ersichtlich wäre. Auch in anderen Sachbereichen werden Sanktionen an solche Referenzgrössen angeknüpft, ohne zusätzlich einen bestimmten Geldbetrag als Obergrenze festzulegen. So kann etwa im Steuerstrafrecht gemäss Art. 175 Abs. 2 DBG (SR 642.11) als Sanktion eine Geldstrafe bis zum Dreifachen des nicht entrichteten Steuerbetrags verhängt werden. Selbst im Strafrecht werden Sanktionen ohne bestimmte Grenzen oder Vorgaben statuiert (vgl. POPP/BERKEMEIER, a.a.O., Art. 1 N. 48; STRATENWERTH, a.a.O., § 4 Rn. 14). Weder durch das Bundesgericht noch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte wurde denn auch ein zahlenmässig genau festgelegter absoluter Geldbetrag als zwingende Anforderung einer strafrechtlichen Sanktionierung statuiert (darauf weist auch JETZER, a.a.O., S. 177, ausdrücklich hin). Vielmehr wurde die Ausgestaltung der Rechtsfolge durch die Angabe eines Vielfachen von einem spezifischen, aufgrund von speziellen Umständen zu berechnenden oder sich ergebenden Betrags für ausreichend angesehen (vgl. Urteile der EKMR H.B. gegen Schweiz vom 5. April 1995, 17951/91, Ziff. 6; H.B. gegen Schweiz vom 14. Januar 1998, 28332/95, Ziff. 2). So wurde denn auch der Höchstbetrag einer kartellrechtlichen Sanktion in der Höhe von 10 % des Umsatzes vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Sachen Menarini nicht beanstandet (Urteil Menarini Ziff. 24 und 41).

626 Die Sanktionsvorschriften sind entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen auch nicht deshalb zu unbestimmt, weil der Umsatz für das jeweilige Geschäftsjahr erst nachträglich festgestellt wird und der Sanktionsbetrag zum Zeitpunkt der Durchführung des kartellrechtswidrigen Verhaltens demzufolge noch gar nicht bekannt sein kann. Denn die Unternehmen werden nicht mit höheren Sanktionsbeträgen als vorhersehbar konfrontiert. Zum einen verändern sich die Umsätze eines Unternehmens im Regelfall nicht kurzfristig in einem ungeahnten Ausmass. Zum anderen steht einem Unternehmen – ungeachtet etwaiger überraschender erheblicher Umsatzschwankungen – angesichts der heutzutage zur Verfügung stehenden elektronischen Datenverarbeitung die Möglichkeit offen, jederzeit seine Umsätze aggregiert für bestimmte Perioden sowohl für seine gesamte Geschäftstätigkeit als auch für einzelne Produkte für die gesamte Schweiz oder einzelne spezifische Gebiete festzustellen. Daher kann ein Unternehmen anhand der gesetzlich vorgesehenen maximalen Koeffizienten von 10 % des Umsatzes auf dem relevanten Markt bezie-

hungsweise in der Schweiz zu jedem Zeitpunkt selbst die finanzielle Obergrenze eines kartellrechtlichen Sanktionsbetrags zumindest annähernd ermitteln.

627 Die durch das Kartellgesetz festgelegte Sanktionierung stellt entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen auch keine exorbitante, völlig unverhältnismässige Sanktion dar, die aufgrund der möglichen Bandbreite als zu unbestimmt zu qualifizieren wäre. Der Sanktionsbetrag knüpft vielmehr zwingend an den tatsächlich erzielten Umsatz eines kartellrechtswidrig handelnden Unternehmens auf dem relevanten Markt an, weshalb er ausnahmslos in einem konkreten Verhältnis zum wettbewerbswidrigen Verhalten steht. Eine Berücksichtigung des Gesamtumsatzes als maximale Obergrenze der Sanktion ist zudem gerechtfertigt, weil der Gesamtumsatz die Wirtschaftskraft eines Unternehmens widerspiegelt, welche wiederum die Möglichkeit des Unternehmens bestimmt, ein wettbewerbswidriges Verhalten im Markt tatsächlich auszuüben. Ein sehr hoher Sanktionsbetrag ist demzufolge von vornherein überhaupt nur dann möglich, wenn auch sehr hohe Umsätze des Unternehmens vorliegen. Es sind deshalb keine Gründe ersichtlich, warum in derartigen Fällen eine andere Gewichtung vorgenommen werden sollte, die im Ergebnis auf eine Bevorzugung von Unternehmen mit sehr hohen Umsätzen hinauslaufen würde. Dies entspricht auch der Wettbewerbspraxis in der Europäischen Union sowie internationalen Ansichten (vgl. E. 630 f.).

628 Im Hinblick auf die Verhältnismässigkeit der Sanktionen gemäss Art. 49*a* KG ist zudem auf Folgendes hinzuweisen. Gemäss Art. 40 StGB beträgt die Höchstdauer einer zu verhängenden Freiheitsstrafe 20 Jahre. Bei den Straftatbeständen, die zwingend eine Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr vorsehen, beläuft sich der Strafrahmen demnach auf 20 Jahre. Wenn das Gesetz sogar bei Verhängung einer Freiheitsstrafe einen 20-fachen Sanktionsrahmen vorsieht, ist kein Grund ersichtlich, warum ein 10-facher Sanktionsrahmen für die Feststellung des kartellrechtlichen Basisbetrags per se unverhältnismässig sein soll. Im Übrigen reicht der Strafrahmen im Bereich des Strafrechts sogar noch weiter, weil in bestimmten Fällen mögliche Strafen von einem Tagessatz Geldstrafe bis hin zu lebenslanger Freiheitsstrafe zur Wahl stehen (vgl. STRATENWERTH, a.a.O., § 4 Rn. 16). Die Beschwerdeführerinnen legen denn auch nicht dar, aufgrund welcher konkreten Umstände sich die Unverhältnismässigkeit der Sanktion ergeben soll.

629 Aus praktischer Sicht sind verschiedene Aspekte zu ergänzen, die allesamt ein unverhältnismässiges oder exorbitantes Ausmass der in Art. 49*a* KG statuierten Sanktionen widerlegen.

630 Ein wesentlicher Zweck der Sanktionierung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens besteht darin, die sogenannte Kartellrente, das heisst den durch das wettbewerbswidrige Verhalten erzielten Gewinn, abzuschöpfen, um dadurch die Unternehmen zu veranlassen, derartige Verhaltensweisen zu unterlassen. Dieser Zweck wurde durch den Gesetzgeber vorgegeben (Botschaft KG 2004, BBl 2002 2022, 2033 und 2037 f.). Die präventive Wirkung des Kartellgesetzes verlangt daher, dass die zu erwartende Sanktion höher ausfällt als die Kartellrente, weshalb der Nettonutzen aus einem Kartellrechtsverstoss negativ sein muss (vgl. BORER, a.a.O., Art. 49*a* N. 15; REINERT, in: SHK-KG, a.a.O., Art. 49*a* N. 16; ROTH/BOVET, in: CR-Concurrence, a.a.O., Art. 49*a* N. 19; ZIRLICK/TAGMANN, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 49*a* N. 11; WIPRÄCHTIGER/ZIMMERLIN, a.a.O., S. 211). Dieser Ansatz wird durch Art. 49*a* KG, Art. 2 SVKG ausdrücklich berücksichtigt und umgesetzt. Dieser Ausrichtung der Sanktionen entsprechen auch internationalen Ansichten und Praktiken. So hält etwa die Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) aufgrund verschiedener Untersuchungen und einem internationalen Vergleich fest, dass die Sanktionierung eines kartellrechtswidrigen Verhaltens mindestens zu einer Abschöpfung des unrechtmässig erzielten Gewinns führen sollte, für eine ausreichende Abschreckung aber am besten ein Mehrfaches dieses Betrags aufweisen sollte (Studie der OECD, Fighting hard core cartels – harm, effective sanctions and leniency programmes, Paris 2002, S. 80 f. und 90, < www.oecd.orgcompetition/cartels/1841891.pdf >, abgerufen am 27.8.2015, nachfolgend: Effective Sanctions).

631 Einer Gewinnabschöpfung sind in der Praxis enge Grenzen gesetzt, weil die Ermittlung des tatsächlichen Gewinns durch die Wettbewerbsbehörden im Einzelfall regelmässig grosse Schwierigkeiten bereitet. Daher ist es sinnvoll und angemessen, eine Sanktionierung nicht (nur) auf der Grundlage der Kartellrendite, welche zumindest das Dreifache betragen sollte, sondern (auch) anhand des Umsatzes vorzunehmen (vgl. OECD, Effective Sanctions, S. 85), wie dies neben dem schweizerischen Kartellgesetz eine Vielzahl weiterer Kartellrechtsordnungen vorsieht.

632 Der Basisbetrag von maximal 10 % als Anknüpfungspunkt entspricht nach empirischen Kenntnissen der OECD einem unterdurchschnittlichen Gewinn, weil bei entsprechend bekannt gewordenen Daten der Median des wettbewerbswidrigen Gewinns bei 15 % bis 20 % liegt, wobei die darüber hinausgehenden Schäden bei der Marktgegenseite und den Konsumenten in diesem Zusammenhang noch nicht einmal berücksichtigt sind (vgl. OECD, Effective Sanctions, S. 80 f.; zustimmend WIPRÄCHTIGER/ZIMMERLIN, a.a.O., S. 211). Die Sanktion gemäss Art. 49*a* KG stellt im internationalen Vergleich somit keine auffallend schwerwiegende Massnahme dar (vgl. DÄHLER/KRAUSKOPF/STREBEL, Aufbau und Nutzung von Marktpositionen, in: CH-EU-Wettbewerbsrecht, a.a.O., Rn. 8.119 und 8.129).

633 Der Basisbetrag knüpft gemäss Art. 3 SVKG auch nur an diejenigen Umsätze an, die auf dem relevanten Markt in der Schweiz erzielt wurden, während Umsätze auf relevanten Märkten im Ausland nicht berücksichtigt werden. Dies stellt denn auch eine Abweichung zur Wettbewerbspraxis in der Europäischen Union dar, wonach gemäss Ziffer 18 der EU-Leitlinien Bussgeldfestsetzung auch die Umsätze auf ausländischen Märkten als Grundlage der Bemessung heranzuziehen sind (vgl. DANNECKER/BIERMANN, in: EU-KOMM, a.a.O., Art. 23 VO 1/2003 N. 168).

634 Für den maximalen Gesamtbetrag einer Sanktion ist gemäss Art. 7 SVKG ausschliesslich der Gesamtumsatz massgebend, den das Unternehmen in der Schweiz erzielt hat. Auch dies stellt eine deutliche Abweichung zur Wettbewerbspraxis in der Europäischen Union dar, weil gemäss Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003 der weltweit generierte Gesamtumsatz des Unternehmens die massgebliche Obergrenze bildet (vgl. DANNECKER/BIERMANN, in: EU-KOMM, a.a.O., Art. 23 VO 1/2009 N. 116). Allerdings wird der Sanktionsbemessung nach dem Kartellgesetz der Umsatz der letzten drei Jahre zugrunde gelegt, während nach den EU-Wettbewerbsregeln nur der Umsatz des letzten Geschäftsjahres heranzuziehen ist.

635 Demzufolge weist das Kartellgesetz sowohl mildere als auch schärfere Bemessungsgrundlagen als die EU-Wettbewerbsregeln auf, weshalb sich im Einzelfall niedrigere oder höhere Sanktionsbeträge als in der Europäischen Union ergeben können. Im Vergleich zum EU-Wettbewerbsrecht weist das schweizerische Kartellgesetz jedoch keine prinzipiell unangemessenen Belastungen auf.

636 Bei Unternehmen, bei denen das Umsatz-Gewinn-Verhältnis über 10 % liegt, können durch den maximalen Basisbetrag von 10 % des Umsatzes noch nicht einmal die durch ein wettbewerbswidriges Verhalten erzielten Gewinne vollständig abgeschöpft werden. Selbst wenn vonseiten der Kartellbehörden nachgewiesen werden kann, dass darüber hinausgehende Gewinne erzielt wurden, lässt sich der Sanktionsbetrag gemäss Art. 5 SVKG maximal verdoppeln. Daher kann ein Unternehmen je nach konkreter Konstellation trotz einer Sanktionierung gemäss Art. 49*a* KG noch Gewinne aus seinem wettbewerbswidrigen Verhalten erzielen. In derartigen Fällen weist die Sanktionsvorschrift noch nicht einmal eine abschreckende Wirkung auf.

637 Angesichts der vorstehend genannten Umstände ist die von Art. 49*a* KG vorgesehe Sanktionierung als verhältnismässig zu betrachten (vgl. ZIRLICK/TAGMANN, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 49*a* N. 11). Im Übrigen ist es einem Unternehmen ohne Weiteres möglich, sowohl den maximalen Basisbetrag als auch den maximalen Gesamtbetrag einer Sanktionierung gemäss Art. 49*a* KG selbst zu ermitteln.

638 Der zu verhängende genaue Sanktionsbetrag ergibt sich aufgrund einer wertenden Entscheidung der Wettbewerbsbehörde aufgrund der konkreten Umstände des wettbewerbswidrigen Verhaltens unter Berücksichtigung von dessen Dauer sowie erschwerender und mildernder Umstände. Zwar besteht aufgrund dieser Bestimmungskriterien ein erheblicher Ermessensspielraum der Wettbewerbsbehörden in Bezug auf die genaue Höhe der Sanktion innerhalb des Bezugsrahmens von maximalem Basisbetrag und maximalem Gesamtbetrag, den die Wettbewerbsbehörden unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeits- und des Gleichbehandlungsgrundsatzes nutzen können. Allerdings kommt auch einem Strafrichter bei der Bemessung einer Geldstrafe ein erheblicher Ermessensspielraum in Bezug auf die Anzahl der Tagessätze zu. Deshalb besteht auch für einen Straftäter trotz der ihm bekannten Bezugspunkte des Tagessatzes und der maximalen Geldstrafe eine Ungewissheit über die genaue Höhe einer Geldstrafe. Den Strafzumessungsregeln des Strafrechts kommt auch nicht die Aufgabe zu, dass ein Straftäter die ihn treffende Geldstrafe bereits vor Begehung einer Straftat genauestens bestimmen könnte. Gleiches gilt für die Bestimmung der kartellrechtlichen Sanktion. Die Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes gehen jedenfalls nicht so weit, dass eine ausreichende Bestimmtheit der Rechtsfolge von Art. 49*a* KG erst dann gegeben wäre, wenn ein Unternehmen bereits im Voraus die Höhe der Sanktion

exakt ermitteln könnte, um daraufhin zu entscheiden, ob es das kartellrechtswidrige Verhalten tatsächlich umsetzt oder nicht (vgl. ZIRLICK/TAGMANN, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 49*a* N. 22). Andernfalls würde die präventive Wirkung völlig verloren gehen, weil ein Unternehmen in diesen Fällen durch die vorgesehene Sanktionierung gerade nicht mehr von einem wettbewerbswidrigen Verhalten abgehalten würde.

639 Da die Rechtsfolgen eines kartellrechtswidrigen Verhaltens gemäss Art. 49*a* KG, Art. 2 ff. SVKG – wie vorstehend dargestellt – in ausreichender Weise inhaltlich bestimmt sind, ist das Mass der Bestimmtheit des Tatbestands entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen für die Beurteilung nicht (mehr) von Bedeutung.

640 Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die inhaltliche Bestimmtheit der sich aus Art. 49*a* KG ergebenden Rechtsfolgen für ein Unternehmen als Kartellrechtssubjekt gemäss Art. 2 Abs. 1bis KG in ausreichender Weise gegeben ist. Die von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachten Rügen wegen einer mangelnden Bestimmtheit der Rechtsfolgen sind daher abzuweisen.

VIII.2. Verschulden

VIII.2.1. Sanktionscharakter des Art. 49*a* KG

641–642 (…)

643 Das Schuldprinzip besagt, dass in Strafverfahren ein Beschuldigter nur dann verurteilt werden darf, wenn ein Verschulden und damit eine persönliche Verantwortlichkeit für die Tat gegeben ist (« nulla poena sine culpa »). Es wird nach überwiegender Auffassung aus der Unschuldsvermutung in Art. 31 Abs. 2 BV und Art. 6 Abs. 2 EMRK abgeleitet (vgl. ESTHER TOPHINKE, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2011, Art. 10 N. 19). Als Ausprägung des Schuldprinzips ist Art. 12 StGB zu verstehen, wonach nur ein vorsätzliches oder allenfalls ein fahrlässiges Handeln eine Ahndung wegen einer Straftat zulässt. Art. 333 Abs. 7 StGB erweitert diese Regelung auf Taten, die in anderen Bundesgesetzen mit Strafe bedroht sind, wobei prinzipiell eine fahrlässige neben eine vorsätzliche Begehung tritt.

644 Das Schuldprinzip beeinflusst nicht nur einzelne strafrechtliche Verfahren, sondern wirkt sich auch auf die Gesetzgebung aus. Demzufolge dürfen Straftatbestände durch den Gesetzgeber grundsätzlich nicht in einer solchen Weise ausgestaltet werden, dass dadurch die Notwendigkeit einer

Feststellung an persönlicher Verantwortlichkeit des Täters ausgeschlossen würde. Nicht vereinbar mit dem Schuldprinzip ist es daher, (i) eine schlichte Erfolgshaftung zu statuieren, bei der aus dem blossen Eintritt eines Erfolgs auf die Schuld des Betroffenen geschlossen wird (vgl. TOPHINKE, a.a.O., Art. 10 N. 22; a.M. WALTER GOLLWITZER, Menschenrechte im Strafverfahren, Berlin 2005, Art. 6 [E]MRK N. 138), (ii) einen blossen Verdacht als Grundlage für eine Strafbarkeit genügen zu lassen, (iii) im Rahmen eines Tatbestands unwiderlegbare Vermutungen zulasten des Betroffenen vorzusehen, oder (iv) eine Haftung für fremde Schuld zu statuieren. Allerdings werden auch gewisse Einschränkungen des Schuldprinzips anerkannt. So wird es als zulässig erachtet, die Strafbarkeit durch abstrakte Gefährdungsdelikte vorzuverlegen (vgl. TOPHINKE, a.a.O., Art. 10 N. 22 m.w.H.). Gesetzliche Rechts- und Tatsachenvermutungen werden anerkannt, wenn sie sich innerhalb vernünftiger Grenzen halten und die Rechte der Verteidigung wahren (vgl. Urteile des EGMR Salabiaku gegen Frankreich vom 7. Oktober 1988, 10519/83, Ziff. 28; Pham Hoang gegen Frankreich vom 25. September 1992, 13191/87, Ziff. 33; kritisch MÜLLER/SCHEFER, a.a.O., S. 984). Aus diesem Grund sind Beweislastumkehrungen grundsätzlich möglich, wenn sie dem Betroffenen die Möglichkeit eröffnen, den Gegenbeweis zu erbringen. Dies gilt insbesondere für Beweislastverschiebungen bei entlastenden Tatsachen (vgl. WASER, a.a.O., S. 157; WIPRÄCHTIGER/ZIMMERLIN, a.a.O., S. 228). Bei schwerwiegenden Sanktionen muss dem Betroffenen jedenfalls die Möglichkeit offenstehen, durch geeignete Massnahmen den Nachweis zu erbringen, dass die einem Entscheid zugrunde liegenden Tatsachen nicht zutreffend sind (vgl. WASER, a.a.O., S. 161 f.; WIPRÄCHTIGER/ZIMMERLIN, a.a.O., S. 228).

645 Des Weiteren ist zu beachten, dass die bestehenden inhaltlichen Voraussetzungen und Schranken zum Schuldprinzip ausschliesslich für natürliche Personen entwickelt wurden. Ein Entscheid zur Geltung und konkreten Ausgestaltung des Schuldprinzips für juristische Personen sowie nicht rechtsfähige Rechtsgemeinschaften oder einfache Wirtschaftsgemeinschaften besteht – soweit ersichtlich – bislang nicht.

646 Zur Geltung des Schuldprinzips bei den durch Art. 49*a* KG mit Sanktionen belegten Kartellrechtstatbeständen gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 sowie Art. 7 KG bestehen in Rechtsprechung und Literatur unterschiedliche Ansichten.

647 Auf der einen Seite wird die Ansicht vertreten, dass die Verwaltungssanktionen verschuldensunabhängig ausgefällt werden können (vgl. DÄHLER/KRAUSKOPF, Die Sanktionsbemessung und die Bonusregelung, in: KG-Revision, a.a.O., S. 139; ZINON KOUMBARAKIS, Die Kronzeugenregelung im schweizerischen Strafprozess de lege ferenda, 2007, Rn. 114; CHRISTOPH LÜSCHER, Der Ruf nach einem wirksameren und gerechteren Kartellstrafrecht – Ein irritierender Ruf?, Jusletter 15. März 2010, Rn. 45; WASER, a.a.O., S. 162, entnimmt Art. 49*a* KG eine objektive Schuldvermutung, die im Einzelfall durch das Unternehmen widerlegt werden kann; allgemein zu Verwaltungssanktionen vor der Revision des Kartellgesetzes im Jahr 2004 vgl. PATRICK DUCREY, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 1996, Vorb. Art. 50–57 N. 18; PHILIPP ZURKINDEN, Sanktionen, in: SIWR V/2, a.a.O., S. 520; ZÄCH/WICKY, Die Bemessung von Verwaltungssanktionen im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen nach schweizerischem Kartellrecht [Art. 51 KG], in: Festschrift für Niklaus Schmid […], 2001, S. 589 und 596). Begründet wird dies im Wesentlichen unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte damit, dass der Gesetzgeber mit Art. 49*a* KG eine vom StGB abweichende Regelung getroffen habe. Dies werde auch durch die Ausgestaltung der Strafsanktionen in den Art. 54 und Art. 55 KG belegt, welche die vorsätzliche Verwirklichung des Tatbestands unter Strafe stellen und somit ausdrücklich ein Verschulden vorsehen würden.

648 Andererseits wird die Ansicht vertreten, dass das Schuldprinzip uneingeschränkt auch für Kartellsanktionen zur Anwendung gelangen müsse (vgl. NIGGLI/RIEDO, in: BSK-KG, a.a.O., Vor Art. 49*a*–53 N. 106 f.; REINERT, in: SHK-KG, a.a.O., Art. 49*a* N. 5; WIPRÄCHTIGER/ZIMMERLIN, a.a.O., S. 209). Denn das Kartellgesetz stelle gegenüber den massgeblichen Vorschriften des StGB keine Sonderregelung auf, weshalb der aus Art. 333 Abs. 7 StGB ersichtliche Grundsatz, wonach eine schuldunabhängige Strafe ausgeschlossen sei, Beachtung finden müsse (vgl. NIGGLI/RIEDO, in: BSK-KG, a.a.O., Vor Art. 49*a*–53 N. 108).

649 Aufgrund der Entstehungsgeschichte ist ersichtlich, dass der Gesetzgeber die Sanktionen gemäss Art. 49*a* KG ausdrücklich als Verwaltungssanktionen zur Durchsetzung von verwaltungsrechtlichen Pflichten qualifiziert und eindeutig von einer Strafsanktion abgegrenzt hat. Dabei wird für eine Verwirklichung aufseiten der rechtswidrig handelnden Wirtschaftsteilnehmer auch kein strafrechtlich vorwerfbares Verhalten vorausgesetzt (vgl. Botschaft KG 2004, BBl 2002 2022, 2034: « Mit Art. 49*a*

wird das Kartellgesetz durch eine Verwaltungssanktion ergänzt. Als solche dient sie der Durchsetzung verwaltungsrechtlicher Pflichten [...]. Die Verwaltungssanktion setzt – im Gegensatz zu einer Strafsanktion – kein Verschulden voraus, d.h. sie kann ohne den Nachweis eines strafrechtlich vorwerfbaren Verhaltens einer natürlichen Person verhängt werden [...]. Subjektive Aspekte, die im Zusammenhang mit dem strafrechtlichen Verschuldensbegriff [insbesondere Vorwerfbarkeit, besondere Skrupellosigkeit, usw.] von Bedeutung sind und die in erster Linie mit der Persönlichkeit des Täters zusammenhängen, können demnach nicht berücksichtigt werden. » Ein Antrag im Rahmen der Beratungen des Nationalrats auf Berücksichtigung des Verschuldens im Rahmen von Art. 49*a* KG wurde durch Mehrheitsentscheidung ausdrücklich abgelehnt, vgl. AB 2002 N 1449, 1453). Diese Qualifizierung wird dadurch bestätigt, dass der Wortlaut von Art. 49*a* KG für die Bezeichnung der Sanktion den neutralen Begriff « Belastung » und nicht die entsprechenden strafrechtlichen Fachbegriffe « Geldstrafe » oder « Busse » verwendet. Die Sanktionsregelung wurde zudem als Art. 49*a* KG im 6. Abschn. über die Verwaltungssanktionen des 4. Kap. über das verwaltungsrechtliche Verfahren und nicht im 5. Kap. über die Strafsanktionen eingefügt. Damit knüpft die Vorschrift an die Vorstellung des Gesetzgebers im Rahmen der Kartellgesetzrevision von 1995 an (vgl. Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468, 493, Ziff. 123 am Ende). Der Gesetzgeber hat mit Art. 49*a* KG somit implizit eine Sonderregelung geschaffen, die nicht von den allgemeinen strafrechtlichen Vorschriften einschliesslich des Art. 333 Abs. 7 StGB erfasst wird, sondern diesen als lex specialis vorgeht (im Ergebnis ebenso HEINE/ROTH, Rechtsgutachten zur Sanktionierung natürlicher Personen / Unternehmen im Zuge der Schweizer Kartellrechtsrevision, 2010/2011, S. 15; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rn. 3.218; vgl. allgemein zu Sonderregelungen BGE 83 IV 121 E. 1; TRECHSEL/PIETH, in: PK-StGB, a.a.O., Art. 333 N. 4; HANS WIPRÄCHTIGER, in: BSK-StGB-II, a.a.O., Art. 333 N. 10).

650 Dabei kann offen bleiben, ob der Gesetzgeber diesbezüglich tatsächlich einem Irrtum über die Deliktsfähigkeit von juristischen Personen unterlegen ist, wie dies in der Literatur teilweise angenommen wird (vgl. HEINE, Quasi-Strafrecht, a.a.O., S. 116; NIGGLI/RIEDO, in: BSK-KG, a.a.O., Vor Art. 49*a*–53 N. 109), ob er eine (zusätzliche) ausdrückliche Statuierung der Abweichung von strafrechtlichen Verfahren im Kartellgesetz für unnötig gehalten oder vergessen hat, oder ob er – wenn auch ohne nähere Begründung – gegebenenfalls bewusst rechtsdogmatisch neue Wege einleiten wollte. Denn im Rahmen der angestrebten Revision des

Kartellgesetzes im Jahr 2012 wurde trotz einer Änderung der Entscheidpraxis zum Verschulden sowie des zwischenzeitlich konsolidierten Meinungsstands in der Literatur (vgl. E. 656) erneut klargestellt, dass an der Sanktionsordnung der Kartellgesetzrevision von 2004 festzuhalten sei (vgl. Botschaft KG 2012, BBl 2012 3905, 3931, Ziff. 1.3.6). Demgemäss wurden im Rahmen der angestrebten Revision auch keine Anpassungen des Art. 49*a* KG im Hinblick auf eine Qualifizierung der Massnahme als Verwaltungssanktion und eine nähere Qualifizierung des Verschuldens vorgesehen (vgl. Botschaft KG 2012, BBl 2012 3905, 3959, Ziff. 2.1.5.5). Zudem wurde auch kein Verweis auf das Verwaltungsstrafrecht aufgenommen, woraus ersichtlich ist, dass der Gesetzgeber die bisherige Praxis übernehmen wollte, die eine Anwendung des Verwaltungsstrafrechts aufgrund des Fehlens eines entsprechenden ausdrücklichen oder impliziten Verweises in den Art. 49*a* f. KG über die Verwaltungssanktionen ausgeschlossen hat (im Ergebnis so bereits HANGARTNER, in: KG-Revision, a.a.O., S. 277). Im Hinblick auf eine Feststellung der Intention des Gesetzgebers sind diese Aspekte zu berücksichtigen, auch wenn die im Jahr 2012 eingeleitete Revision des Kartellgesetzes wegen eines Beschlusses des Nationalrats vom 17. September 2014 auf Nichteintreten auf die gesetzliche Vorlage nicht umgesetzt wurde, weil dies gemäss den parlamentarischen Debatten letztlich auf sonstigen Umständen beruhte.

651 Diese grundlegende Entscheidung des Gesetzgebers hat zum einen zur Folge, dass bei Kartellsanktionen strafrechtliche und strafprozessuale Vorschriften grundsätzlich keine direkte Anwendung finden und strafrechtliche Grundsätze nur – aber immerhin – insoweit zu berücksichtigen sind, als ihre Anwendung aufgrund höherrangigen Rechts im Rahmen einer verfassungs- beziehungsweise konventionskonformen Auslegung zwingend geboten ist. Daher scheidet auch – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen – eine Abstützung auf Art. 333 Abs. 7 StGB aus (vgl. HEINE/ROTH, a.a.O., S. 14). Umgekehrt wird dadurch allerdings nicht gänzlich ausgeschlossen, dass bei Anwendung der kartell- und verwaltungsrechtlichen Verfahrensvorschriften im Rahmen einer notwendigen Ausfüllung von vorhandenen Lücken indirekt per Analogie auf strafrechtliche Vorschriften und Prinzipien zurückgegriffen wird, soweit dies sachgerecht ist (vgl. HANGARTNER, in: KG-Revision, a.a.O., S. 277 Fn. 104).

652 Zum anderen hat die gesetzgeberische Entscheidung zur Folge, dass eine Beurteilung von wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen ausschliesslich im Rahmen der vom Kartellgesetz vorgesehenen Verwaltungs- und Rechtsmittelverfahren zu erfolgen hat, weshalb auch Sachverhalte, die zu Verwaltungssanktionen gemäss Art. 49*a* KG führen beziehungsweise führen können, nicht strafprozessualen oder verwaltungsstrafrechtlichen Verfahren unterstehen (vgl. HANGARTNER, in: KG-Revision, a.a.O., S. 277; WIPRÄCHTIGER/ZIMMERLIN, a.a.O., S. 238; anderer Ansicht NIGGLI/RIEDO, in: BSK-KG, a.a.O., Vor Art. 49*a*–53 N. 105 f.). Diese formale Betrachtung wird auch durch Aspekte der Praktikabilität und der Sachgerechtigkeit bestätigt. Denn eine Differenzierung in Bezug auf die Zuweisung von Rechtsmittelverfahren anhand des Umstands, ob die streitgegenständliche Verfügung eine Sanktion gemäss Art. 49*a* KG statuiert oder nicht, würde letztlich zu einer Aufspaltung des Rechtswegs in Kartellrechtsangelegenheiten führen (vgl. WIPRÄCHTIGER/ZIMMERLIN, a.a.O., S. 237). Während Verfügungen mit Sanktionen gemäss Art. 49*a* KG durch Strafgerichte zu beurteilen wären, würden sämtliche sonstigen Rechtsmittelverfahren auch weiterhin durch das Bundesverwaltungsgericht behandelt werden. Dadurch würde die Einheitlichkeit der materiellen Beurteilung von Kartellrechtssachverhalten, die angesichts von deren Bedeutung und nationalen Auswirkungen sowie der erforderlichen Fachkompetenz zu deren Beurteilung unabdingbar ist, erheblich erschwert. Dies gilt auch unter Berücksichtigung des Umstands, dass gemäss Art. 57 KG die Verfolgung von Strafsanktionen nach Art. 54 und Art. 55 KG dem verwaltungsstrafrechtlichen Verfahren nach dem Bundesgesetz vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR, SR 313.0) untersteht. Bei diesen Tatbeständen handelt es sich nicht um Verstösse gegen materielle Kartellrechtstatbestände, sondern entweder um Zuwiderhandlungen gegen bestehende Entscheide und Urteile der Wettbewerbsbehörden und Rechtsmittelinstanzen oder um Zuwiderhandlungen gegen formale Meldepflichten. Dabei liegt entweder eine materielle kartellrechtliche Beurteilung bereits vor oder eine solche ist nicht erforderlich. Die im verwaltungsstrafrechtlichen Verfahren als Rechtsmittelinstanzen zuständigen Strafgerichte haben denn auch regelmässig keine materiellen Kartellrechtsfragen zu beantworten.

653 Ungeachtet der ausdrücklichen Intention des Gesetzgebers erfüllt die Sanktion des Art. 49*a* KG aber die für strafrechtliche (Anklage-)Verfahren im Sinne von Art. 6 EMRK vorausgesetzten Kriterien ([…]). Denn auch wenn die Verwaltungssanktion als Massnahme zur Durchsetzung von

verwaltungsrechtlichen Pflichten konzipiert wurde und ihr dadurch nach Ansicht des Gesetzgebers unter Umständen ein anderes Unwerturteil und auch eine andere Rechtskonzeption als eigentlichen Strafrechtstatbeständen beizumessen ist, kommt ihr damit zumindest ein strafrechtsähnlicher Charakter zu, der eine analoge Anwendung von strafrechtlichen Grundsätzen mit verfassungs- beziehungsweise konventionsrechtlicher Grundlage zur Folge hat. Aufgrund von Art. 5 Abs. 4 und Art. 35 BV sind verfassungs- und konventionsrechtlich gewährleistete Grund- und Menschenrechte im Falle eines Normenkonflikts grundsätzlich vorrangig zu beachten (vgl. BGE 139 I 16 E. 5.1; 138 II 524 E. 5.1; 135 II 243 E. 3.1; 131 II 352 E. 1.3.1; 125 II 417 E. 4d; ASTRID EPINEY, in: Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2015, Art. 5 N. 76 ff. und 84 ff., nachfolgend: BSK-BV; RAINER J. SCHWEIZER, in: SGK-BV, a.a.O., Art. 35 N. 1 ff.; TSCHUMI/SCHINDLER, in: SGK-BV, a.a.O., Art. 5 N. 71 ff.; BERNHARD WALDMANN, in: BSK-BV, a.a.O., Art. 35 N. 1 ff.), wobei dies regelmässig im Wege einer verfassungs- und konventionskonformen Auslegung bei Anwendung der jeweiligen Rechtsvorschrift umgesetzt wird. Dabei können sich angesichts von Anwendungsbereich und Zielsetzung der jeweiligen Tatbestände im Einzelfall inhaltliche Anpassungen der strafrechtlichen Grundsätze auf verwaltungsrechtliche Sachverhalte ergeben, soweit dies sachlich gerechtfertigt ist und die strafrechtliche Garantie nicht vollständig ihres Inhalts beraubt wird (vgl. hierzu z.B. die inhaltliche Anpassung des verfassungs- und konventionsrechtlich geschützten Gerichtsvorbehalts, E. 58). Dies ist unter Berücksichtigung eines Verfassungsrangs verwaltungsrechtlicher Zielsetzungen auch rechtsdogmatisch vertretbar (vgl. E. 0). Eine völlige Negierung derartiger strafrechtlicher Grundsätze ist jedoch von vornherein ausgeschlossen.

654 Im Hinblick auf den Aspekt der Verantwortlichkeit eines kartellrechtswidrigen Verhaltens als Voraussetzung einer Sanktionierung schliesst das durch die Europäische Menschenrechtskonvention statuierte strafrechtliche Schuldprinzip demnach eine völlig verschuldensunabhängige Verantwortung des jeweiligen Wirtschaftsteilnehmers aus. Vielmehr ist auch im Rahmen von Sanktionsverfahren gemäss Art. 49*a* KG davon auszugehen, dass die Wettbewerbsbehörden dem jeweiligen Wirtschaftsteilnehmer eine bestimmte Verantwortung für das inkriminierte Verhalten im Einzelfall nachzuweisen haben (vgl. Urteile B–8399/2010 E. 4.4.28 f. und 6.4.3 ff.; B–8404/2010 E. 5.3.10.15 ff.; B–8430/2010 E. 5.4.28 f. und 7.4.3 ff.).

655 Die Praxis hat bereits vor Einführung der direkten Sanktionen gemäss Art. 49*a* KG für die Zulässigkeit von indirekten Sanktionen gemäss Art. 51 KG festgestellt, dass allein die Erfüllung des objektiven Tatbestands für die Verwirklichung eines Kartellrechtstatbestands nicht ausreichend sei; vielmehr müsse eine subjektive Verantwortlichkeit des betreffenden Wirtschaftsteilnehmers hinzutreten. Seit einem Urteil der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen im Jahr 2002 (vgl. Entscheid der REKO/WEF FB-002 vom 7. März 2002 E. 3.3, in: RPW 2002/2 S. 386) wurde in der Folge in den Entscheiden der Wettbewerbskommission, der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesgerichts grundsätzlich unter dem Begriff der Vorwerfbarkeit das subjektive Verschulden als Voraussetzung einer verwaltungsrechtlichen oder strafrechtlichen Sanktionierung eines Kartellrechtsverstosses geprüft (vgl. E. 674).

656 Die heute herrschende Ansicht in der Literatur setzt – insbesondere wegen der verfassungs- und konventionsrechtlichen Garantie der Unschuldsvermutung – ebenfalls eine subjektive Verantwortlichkeit für die Sanktionierung eines Kartellrechtsverstosses voraus (vgl. BORER, a.a.O., Art. 49*a* N. 11; DAVID/JACOBS, a.a.O., Rn. 769; HANGARTNER, in: KG-Revision, a.a.O., S. 274 ff.; NIGGLI/RIEDO, in: BSK-KG, a.a.O., Vor Art. 49*a*–53 N. 105 f.; SPITZ, a.a.O., S. 564 f.; REINERT, in: SHK-KG, a.a.O., Art. 49*a* N. 5; ROTH, in: CR-Concurrence, a.a.O., Rem. art. 49*a*–53 N. 39 ff.; TAGMANN, a.a.O., S. 72; ZIRLICK/TAGMANN, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 49*a* N. 10; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rn. 3.220).

657 Auch die EU-Wettbewerbspraxis setzt für die Verhängung von Geldbussen ein Verschulden in Form der Fahrlässigkeit oder des Vorsatzes der jeweiligen Wirtschaftsteilnehmer voraus. Dies wird in Art. 23 der VO 1/2003 ausdrücklich vorgesehen.

658 Unter Berücksichtigung der Intention des Gesetzgebers sowie der Praxis und der heute herrschenden Literatur steht demzufolge nicht mehr infrage, ob überhaupt ein Verschulden gegeben sein muss, sondern lediglich der Aspekt, welche materiell- und verwaltungsrechtlichen Kriterien und Voraussetzungen des Verschuldens für die unterschiedlichen Fallgestaltungen einer Verwirklichung von kartellrechtlichen Tatbeständen zur Anwendung gelangen.

VIII.2.2. Nachweis des Verschuldens

659–673 (…)

VIII.2.2.1. Ausgangslage

674 Die Rechtsprechung hat für die Beurteilung der Vorwerfbarkeit im Bereich des Kartellrechts bislang auf ein wettbewerbswidriges Handeln oder auf ein Organisationsverschulden vonseiten des betroffenen Unternehmens abgestellt. So ist die Vorwerfbarkeit zum einen dann gegeben, wenn ein Mitarbeiter des Unternehmens wissentlich handelt oder Handlungen nicht vornimmt, die man von einer vernünftigen, mit den entsprechenden Fachkenntnissen ausgestatteten Person in einer entsprechenden Situation hätte erwarten können beziehungsweise müssen (vgl. Urteil des BVGer B–2157/2006 vom 3. Oktober 2007 E. 4.2.6, in: RPW 2007/4 S. 653, wobei das wettbewerbswidrige Verhalten ausdrücklich als Ausfluss einer Verdrängungsabsicht und weniger als Ausfluss eines Organisationsverschuldens des Unternehmens bewertet wurde; Urteil B–8115/2008 E. 5.4.9, in: RPW 2010/1, S. 190, wobei nicht nur ein einfacher Organisationsmangel, sondern ein bewusstes Fehlverhalten festgestellt wurde). Zum anderen wird die Vorwerfbarkeit durch einen objektiven Sorgfaltsmangel im Sinne eines Organisationsverschuldens begründet (vgl. Urteile 2C_484/2010 E. 12.2.2 [nicht publ. in: BGE 139 I 72, Publigroupe]; B–2977/2007, Publigroupe, E. 8.2.2.1). In einem jüngeren Entscheid wurde die Vorwerfbarkeit mit Bezug auf eine Gebietsklausel mit der offensichtlichen Kartellrechtswidrigkeit der fraglichen vertraglichen Regelung begründet, ohne näher zu konkretisieren, ob die Vorwerfbarkeit im Sinne eines aktiven Verhaltens auf der Herbeiführung der kartellrechtswidrigen Vertragslage oder dem Unterlassen geeigneter Änderungen dieser Vertragslage oder im Sinne eines Organisationsverschuldens auf einer fehlenden allgemeinen oder konkreten Überprüfung entsprechender Vertragsabschlüsse oder sogar auf mehreren dieser Aspekte beruhte (Urteil B–506/2010, Gaba, E. 14.3.5). In allen Fällen wurde ohne Weiteres eine Zuordnung des Fehlverhaltens zum jeweiligen Unternehmen ungeachtet dessen vorgenommen, ob es in Bezug zu einem aktiven Handeln oder einem Organisationsverschulden gesetzt wurde.

675 In der Literatur ist diese Ausgestaltung der kartellrechtlichen Vorwerfbarkeit einerseits auf Zustimmung (vgl. BORER, a.a.O., Art. 49*a* N. 11 f.; HEINE, Quasi-Strafrecht, a.a.O., S. 107; CHRISTOPH G. LANG, Die Sanktionierung von unzulässigem Wettbewerbsverhalten nach dem neuen

Kartellrecht, in: Neuere Entwicklungen im schweizerischen und internationalen Wirtschaftsstrafrecht, 2007, S. 120; ZIRLICK/TAGMANN, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 49*a* N. 10; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rn. 3.220; WIPRÄCHTIGER/ZIMMERLIN, a.a.O., S. 209 f.; weiter differenzierend REINERT, in: SHK-KG, a.a.O., Art. 49*a* N. 5; vgl. die zusammenfassende Darstellung von Rechtsprechung und Literatur bei KUBLI, a.a.O., S. 149 ff.) und andererseits wegen der fehlenden Anwendung von bestehenden strafrechtlichen Grundsätzen und der damit einhergehenden Unklarheit, welche konkreten Auswirkungen sich aus einer Berücksichtigung dieses subjektiven Elements ergeben, auf Ablehnung gestossen (vgl. NIGGLI/RIEDO, in: BSK-KG, a.a.O., Vor Art. 49*a*–53 N. 124 f.). Dabei wird auch eine funktionsgerechte Übertragung der strafrechtlichen Grundsätze unter Berücksichtigung von Zweck und Wirkungsweise des Kartellrechts eingefordert (vgl. HEINE, Quasi-Strafrecht, a.a.O., S. 118; HEINE/ROTH, a.a.O., S. 14 f.).

676 Ungeachtet der bestehenden Differenzen ist nach überwiegender Ansicht für die Vorwerfbarkeit eines wettbewerbswidrigen Verhaltens jedenfalls das Vorliegen eines Organisationsverschuldens aufseiten des Unternehmens prinzipiell ausreichend. Dies wird auch von den Beschwerdeführerinnen ausdrücklich anerkannt. Soweit ein solches Organisationsverschulden im Einzelfall nachgewiesen wird, bedarf es demzufolge auch keiner weiteren Abklärungen vonseiten der Wettbewerbsbehörden oder der Gerichte im Hinblick auf die Verwirklichung des Verschuldens aufgrund eines sonstigen aktiven oder passiven Verhaltens. Gleichfalls bedarf es keiner Abklärungen im Hinblick auf eine vorsätzliche Begehung des wettbewerbswidrigen Verhaltens, soweit die Umstände einer fahrlässigen Begehung dargelegt werden.

677 Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen und verschiedenen Ansichten in der Literatur (vgl. DAVID et al., a.a.O., Rn. 1330; NIGGLI/RIEDO, in: BSK-KG, a.a.O., Vor Art. 49*a*–53 N. 134; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rn. 3.223) führt die Feststellung eines Organisationsverschuldens aufseiten des Unternehmens auch nicht unzulässigerweise zu einer verschuldensunabhängigen Bestrafung, weil dadurch aus dem objektiven Tatbestand eines bestimmten wirtschaftlichen Verhaltens automatisch die Fahrlässigkeit eines organisatorisch unzureichenden Verhaltens abgeleitet werde. Denn hinsichtlich der Sorgfaltsanforderungen, denen ein jedenfalls wie im vorliegenden Fall ausgestaltetes Unternehmen bei

seinem wirtschaftlichen Verhalten im Rahmen seiner Teilnahme am Wettbewerb zu genügen hat, ist Folgendes zu beachten: Den gesetzlichen oder gesellschaftsintern vorgesehenen Mitgliedern der Führungsgremien von Gesellschaften als juristische Personen einschliesslich von Gruppengesellschaften eines Konzerns kommt im Hinblick auf die gesamte Geschäftstätigkeit des Unternehmens aufgrund von gesellschaftsrechtlichen Vorschriften wie etwa Art. 717 Abs. 1 und Art. 812 Abs. 1 OR die Verpflichtung zu, die Geschäftstätigkeit sorgfaltsgemäss auszugestalten und im laufenden Geschäftsbetrieb umzusetzen, was etwa gemäss Art. 716*a* Abs. 1 Ziff. 5 und Art. 810 Abs. 2 Ziff. 4 OR die Beachtung aller einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen einschliesst (vgl. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, § 13 Rn. 378 ff. und 563 ff.; spezifisch zur Oberaufsichtspflicht hinsichtlich der Befolgung von Gesetzen im Konzern vgl. *derselbe*, Die Stellung des Verwaltungsrates einer in den Konzern eingeordneten Untergesellschaft, in: Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, 2000, S. 37 f., 54 f. und 78 f.; HERBERT BUFF, Compliance, 2000, Rn. 132 und 137 f.; ALEXANDER VOGEL, Neuere Tendenzen im Konzern(haftungs)recht, in: Festschrift für Jean Nicolas Druey […], 2002, S. 618 f.; VON BÜREN, a.a.O., S. 63). Den Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe kommt somit die Verpflichtung zu, einen rechtmässigen Geschäftsbetrieb sicherzustellen. Diese Verpflichtung umfasst auch die Beachtung der Wettbewerbsvorschriften durch die Umsetzung eines dauerhaft wettbewerbskonformen Verhaltens (vgl. BORER, a.a.O., Art. 49*a* N. 11 f.). Grundsätzlich kann unterstellt werden, dass ein Unternehmen zur Verfolgung seiner geschäftlichen Aktivitäten auf den jeweiligen Positionen innerhalb seines Geschäftsbetriebs nur Mitarbeiter einsetzt, welche aufgrund ihrer individuellen Persönlichkeit in der Lage sind, bei Ausübung der entsprechenden Tätigkeiten jedenfalls diejenige Sorgfalt anzuwenden, die aus objektiver Sicht für eine ordnungsgemässe Behandlung der hierbei regelmässig anfallenden Sachverhalte sachlich notwendig ist und angesichts der Umstände des Einzelfalls üblicherweise erwartet werden kann. Wenn dies nicht gewährleistet wäre, müsste nämlich andernfalls davon ausgegangen werden, dass bereits ein Organisationsmangel aufseiten des Unternehmens vorliegt, weil es Mitarbeiter für Tätigkeiten einsetzen würde, welche den sich daraus ergebenden Anforderungen von vornherein nicht gewachsen wären. Diese übliche angemessene Sorgfalt ist demzufolge der grundlegende Bezugspunkt der Sorgfaltsbeurteilung. Und diese Sorgfaltsanforderung wird bei der Verwirklichung eines wettbewerbswidrigen objektiven Tatbestands regelmässig – wenn auch nicht zwingend –

verletzt worden sein. Soweit keine gegenteiligen Umstände, wie etwa auf eigene Rechnung arbeitende Mitarbeiter, für die Wettbewerbsbehörden im Rahmen der Untersuchung ersichtlich oder durch das Unternehmen belegt werden, hat das Unternehmen für diese Sorgfaltspflichtverletzung einzustehen. Diese Zuweisung von Verantwortlichkeit entspricht auch den Anforderungen des Schuldprinzips, weil Beweislastverschiebungen zulässigerweise eingesetzt werden können (vgl. E. 644).

678 Soweit ein Konzern als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1bis KG zu qualifizieren ist, sind Sorgfaltspflichtverletzungen, die innerhalb des Konzerns eintreten, ohne Weiteres auch diesem als massgeblichem Kartellrechtssubjekt zuzurechnen (vgl. E. 29; im Ergebnis so bereits Urteil 2C_484/2010 E. 3.4 [nicht publ. in: BGE 139 I 72, Publigroupe]).

VIII.2.2.2. Umstände des Einzelfalls

679 Für die Beurteilung der Vorwerfbarkeit sind im vorliegenden Fall die folgenden Aspekte von Bedeutung:

680 Zunächst ist im Hinblick auf die Zuordnung des massgeblichen Verhaltens einzelner Personen zur Swisscom-Gruppe im vorliegenden Fall zu beachten, dass die Beschwerdeführerinnen nicht geltend machen, die wettbewerbswidrigen Handlungen seien von anderen Personen vorgenommen worden als von den Mitarbeitern, die im Rahmen der geschäftlichen Tätigkeiten zur Durchführung derartiger Massnahmen berechtigt waren. Auch die Feststellungen und Ausführungen der Wettbewerbsbehörden lassen keinen begründeten Rückschluss auf ein anderes Szenario zu, auch wenn eine Identifikation dieser Personen im Rahmen des Kartellverwaltungsverfahrens nicht vorgenommen wurde. Daher ist davon auszugehen, dass das wettbewerbswidrige Verhalten – einschliesslich von dessen Kontrolle – von denjenigen Personen vorgenommen wurde, die in der Swisscom-Gruppe mit der Entscheidung und Umsetzung der entsprechenden Angelegenheiten ordnungsgemäss betraut waren. Einer Zuordnung des wettbewerbswidrigen Verhaltens einzelner Mitarbeiter zur Swisscom-Gruppe stehen daher von vornherein keine beachtenswerten Gründe entgegen.

681 Die Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe kannten unbestrittenermassen die geschäftliche Entwicklung sowohl auf der Grosshandels- als auch auf der Einzelhandelsstufe ([…]). Dabei konnten sie feststellen, dass auf der Grosshandelsstufe nach anfänglichen Verlusten aufgrund der vorgenommenen Investitionen ab dem Jahr 2003 erhebliche Gewinne

erwirtschaftet wurden, während auf der Einzelhandelsstufe dauerhaft massive Verluste aus der Geschäftstätigkeit resultierten. Zudem war für sie auch ohne Weiteres erkennbar, dass aufgrund der grossen Gewinnsteigerungen auf Grosshandelsstufe die Kosten der anfänglichen Investitionen relativ schnell wieder erwirtschaftet werden konnten. Ungeachtet dessen wurde die Preisgestaltung des Grosshandelsprodukts BBCS unverändert auch in den weiteren Jahren beibehalten. Insgesamt ergab sich bis Ende des Jahres 2007 auf der Grosshandelsstufe ein Gewinn in der Höhe von rund (…) Mio. CHF, während auf Einzelhandelsstufe ein Verlust in der Höhe von (…) Mio. CHF resultierte. Der Überschuss aus den Ergebnissen von Grosshandels- und Einzelhandelsgeschäft bis zum Jahr 2007 betrug rund (…) Mio. CHF. Bereits ab dem Jahr 2004 hätten deshalb die Verluste auf der Einzelhandelsstufe ohne Schwierigkeiten jeweils aus den Gewinnen auf der Grosshandelsstufe beglichen werden können. Ab diesem Jahr nahm auch der bisherige negative Gesamtsaldo des gesamten Breitbandgeschäfts auf Gross- und Einzelhandelsstufe erstmals deutlich ab. Aufgrund der weiter ansteigenden Gewinne im Grosshandelsgeschäft wurde der bisherige negative Gesamtsaldo im Jahr 2005 vollständig abgebaut, das heisst bis zum Jahr 2005 konnten nicht nur die Anfangsverluste der Jahre 2000 bis 2002 im Grosshandelsgeschäft, sondern darüber hinaus auch sämtliche Verluste des Einzelhandelsgeschäfts in den Jahren 2001 bis 2005 ausgeglichen werden. Im Jahr 2006 wurde der positive Gesamtsaldo ganz erheblich ausgebaut und im Jahr 2007 dann sogar nochmals ungefähr verdoppelt. Die vorstehend geschilderte Entwicklung war dabei spätestens ab dem 22. März 2004 mit Freigabe der Konzernrechnung für das Jahr 2003 durch den Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin 1 ohne Weiteres erkennbar. Trotz der dokumentierten positiven Gesamtentwicklung wurde die Preisstrategie von der Swisscom-Gruppe in den folgenden Jahren 2005 bis 2007 aber beibehalten.

682 Aufgrund dieses jahrelangen Verhaltens ergibt sich unzweifelhaft, dass die Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe ganz offensichtlich kein Interesse daran hatten, durch eine Preisreduzierung für das Vorprodukt BBCS den Gewinn auf der Grosshandelsstufe abzusenken, um dadurch die Rentabilität auf der Einzelhandelsstufe zugunsten von Bluewin – und damit zwangsläufig auch für die anderen Internetdienstanbieter – zu gewährleisten. Vielmehr haben sie die offen zutage tretenden Verluste im Einzelhandelsgeschäft über Jahre hinweg hingenommen.

683 Die Ausarbeitung und Einräumung des Wachstumsrabatts für das Jahr 2007 zeigt auf, dass den Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe im Jahr 2006 bewusst sein musste, dass die wirtschaftlichen Verhältnisse auf Gross- und Einzelhandelstufe unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten nicht akzeptabel waren. Es ist kein Grund ersichtlich, warum ansonsten ein Rabatt hätte gewährt werden sollen, bei dem von vornherein ersichtlich war, dass er vor allem der eigenen Vertriebseinheit Bluewin und nur sehr eingeschränkt den Konkurrenten zugutekam. Die Rabattgewährung ist demzufolge auch nur als Versuch zu qualifizieren, das vorliegende Missverhältnis zu kaschieren.

684 Wie die Beschwerdeführerinnen im Rahmen ihrer Ausführungen zur Marktstellung selbst geltend machen, war vorhersehbar, dass die gesetzlich vorgesehene Einführung der Bereitstellungsprodukte schneller Bitstrom und TAL im Rahmen der Liberalisierung des schweizerischen Telekommunikationsmarkts zu einer Reduzierung des Geschäftsvolumens mit dem Vorprodukt BBCS führen würde. Denn durch deren Einführung ergaben sich für ihre Konkurrenten als Abnehmer des Vorprodukts BBCS Alternativen für den Bezug eines notwendigen Bereitstellungsprodukts für Breitbanddienstleistungen. Dadurch war auch absehbar, dass die Preisfestsetzung der Swisscom-Gruppe im Grosshandelsgeschäft eine Änderung erfahren würde und nicht mehr in gleicher Weise vorgenommen werden konnte. Die Änderungen des Fernmeldegesetzes traten am 1. April 2007 in Kraft. Ab dem 1. Januar 2008 hat die Beschwerdeführerin 2 die Preise für das Vorprodukt BBCS dann auch nachhaltig gesenkt. Diese Liberalisierung des schweizerischen Telekommunikationsmarkts war bereits lange vor der gesetzlichen Änderung vorhersehbar. Die Telekommunikationsmärkte in der Europäischen Union wurden bereits auf die Jahrtausendwende hin auch für Breitbanddienste vollständig liberalisiert. Bereits zu diesem Zeitpunkt begannen entsprechende Diskussionen auch in der Schweiz. Die notwendigen gesetzlichen Massnahmen zur entsprechenden Änderung des Fernmeldegesetzes wurden mit der Botschaft FMG im Jahr 2003 eingeleitet ([…]). Spätestens von diesem Zeitpunkt an, zu dem im Breitbandgeschäft der Swisscom-Gruppe gleichzeitig die Gewinnschwelle auf der Grosshandelsstufe erreicht wurde, mussten die Verantwortlichen demnach davon ausgehen, dass die völlig selbstbestimmte Festsetzung der Preise und die sich daraus ergebenden enormen Gewinne auf der Grosshandelsstufe nur noch für einen begrenzten Zeitraum sichergestellt waren.

685 Wie die Beschwerdeführerinnen selbst geltend machen, war bekannt, dass durch die Bündelangebote eine Quersubventionierung durch andere Produkte erfolgen würde. Den Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe war demzufolge bewusst, dass eine Quersubventionierung durch das Grosshandelsgeschäft erforderlich war, um die fehlende Rentabilität des Einzelhandelsgeschäfts auszugleichen. Aufgrund ihrer im vorliegenden Verfahren behaupteten und dokumentierten Kenntnisse über die Preisstruktur der Wettbewerber in Bezug auf ihre Bündelangebote musste ihnen auch bekannt sein, dass die Konkurrenten auf der Einzelhandelsstufe ihre Breitbandangebote durch den Ertrag aus anderen Produktbereichen quersubventionieren mussten. Die Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe wussten somit, dass aufgrund der notwendigen Quersubventionierung die Konkurrenten bei diesen anderen Produkten ebenfalls Gewinneinbussen hatten, wodurch nicht nur deren Wettbewerbsfähigkeit auf dem Breitbandmarkt, sondern auch deren grundsätzliche Wettbewerbsfähigkeit in anderen Märkten herabgesetzt wurde. Den Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe war demnach bewusst, dass sie durch die Fortführung des Missverhältnisses bei der Preisgestaltung für ihre Breitbandprodukte die Wettbewerbsfähigkeit ihrer Konkurrenten insgesamt schwächen würden.

686 Die Beschwerdeführerinnen haben zwar geltend gemacht, dass die EU-Wettbewerbspraxis in der Schweiz keine Berücksichtigung finden könne; die Kenntnis über diese Rechtslage haben sie allerdings nicht bestritten. Aufgrund der ausdrücklichen Ausführungen im Abschlussbericht des Wettbewerbssekretariats in der Angelegenheit Talk & Surf vom 12. Februar 2004 ([…]) ist denn auch nachgewiesen, dass den Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe spätestens ab diesem Zeitpunkt sowohl die Rechtsentwicklung der EU-Wettbewerbspraxis als auch die Haltung der Wettbewerbsbehörden, zur Beurteilung von entsprechenden Sachverhalten auf die EU-Wettbewerbspraxis zurückzugreifen, bekannt war. Dabei war sogar ausdrücklich auf den Entscheid der EU-Kommission in Sachen Deutsche Telekom vom 21. Mai 2003 hingewiesen worden, wonach für Telekommunikationsunternehmen eine missbräuchliche Preisgestaltung in Gestalt einer Kosten-Preis-Schere vorliegt, wenn sich ein Missverhältnis zwischen den Preisen für Vorprodukte auf der Grosshandelsstufe und den Preisen für Breitbandleistungen auf der Einzelhandelsstufe einstellt und als Folge davon das Einzelhandelsgeschäft nicht mehr profitabel betrieben werden kann. Für die Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe hatte daher unzweifelhaft dazu Anlass bestanden, die gesamte eigene wirtschaftliche Tätigkeit regelmässig anhand der massgeblichen Prüfungskriterien einer

eingehenden internen Untersuchung zu unterziehen. Eine entsprechende Prüfung hätte zur Feststellung geführt, dass der Tatbestand einer Preis-Kosten-Schere verwirklicht wurde.

687 Diese Einschätzung wird noch durch die Behauptung der Beschwerdeführerinnen verstärkt, dass die Swisscom-Gruppe eine besondere Kartellrechtsabteilung unterhält, die sämtliche vertriebenen Produkte der Gruppe einschliesslich der vorliegend infrage stehenden Breitbandprodukte auf ihre kartellrechtliche Zulässigkeit hin überprüft. Angesichts des Bestehens einer entsprechenden Compliance-Abteilung hätte bei einer ordnungsgemässen Bearbeitung nicht unentdeckt bleiben können, dass die eigene Preisgestaltung im Breitbandmarkt als wettbewerbswidrig zu qualifizieren ist.

688 Dass aufseiten der Swisscom-Gruppe zum damaligen Zeitpunkt eine eingehende Auseinandersetzung mit der EU-Wettbewerbspraxis stattgefunden hat, ergibt sich nicht zuletzt aus der Einwendung der Beschwerdeführerinnen im Hinblick auf die fehlende ausreichende Bestimmtheit des gesetzlichen Tatbestands. Nach deren Ansicht liegt ein Verstoss gegen das Gesetzmässigkeitsprinzip vor, weil die Vorinstanz die Kosten-Preis-Schere unter den Diskriminierungstatbestand gemäss Art. 7 Abs. 2Bst. b KG subsumiert habe und damit von der rechtlichen Einschätzung der EU-Wettbewerbspraxis im Fall Deutsche Telekom abgewichen sei, welche die Kosten-Preis-Schwere als Anwendungsfall des Erzwingungstatbestands im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG qualifiziert habe. Aufgrund dieser Behauptung ist davon auszugehen, dass sich die Swisscom-Gruppe detailliert mit der Kosten-Preis-Schere unter dem Gesichtspunkt einer Erzwingung von unangemessenen Preisen auseinandergesetzt haben muss, weil sie nachträglich bereits eine Subsumtion der Kosten-Preis-Schere unter den Diskriminierungstatbestand als unvorhersehbar und damit als unrechtmässig qualifiziert hat. Andernfalls wäre bei einer nachträglichen Beurteilung die abweichende Zuordnung zu den verschiedenen Tatbestandsvarianten angesichts der identischen Rechtsfolgen nämlich als unerheblich zu beurteilen gewesen.

689 Insgesamt haben die Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe somit spätestens ab dem 1. April 2004 und bis Dezember 2007 an den bestehenden Preisen und den sich daraus ergebenden beachtlichen Gewinnmargen auf der Grosshandelsstufe festgehalten, obwohl erkennbar war, dass unter diesen Umständen das eigene Einzelhandelsgeschäft nicht profitabel betrieben wurde und dadurch die Konkurrenten, die noch auf

absehbare Zeit auf den Bezug des Vorprodukts BBCS angewiesen waren, behindert und benachteiligt wurden.

690 Angesichts der vorstehend dargestellten Umstände, insbesondere auch der geltend gemachten zwingenden konzerninternen kartellrechtlichen Prüfung der Breitbandprodukte, liegt es auf der Hand, dass das wettbewerbswidrige Verhalten von den Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe zumindest billigend in Kauf genommen und demzufolge mit Eventualvorsatz begangen wurde. Allerdings hat die Vorinstanz hierzu keinerlei tatsächliche Feststellungen getroffen, welche einen entsprechenden Vorwurf im vorliegenden Fall ausreichend dokumentieren. Der blosse Verweis darauf, dass die Beschwerdeführerinnen ihr Verhalten auch nach der Eröffnung des Kartellverfahrens fortgeführt hätten, ist hierfür im vorliegenden Fall nicht ausreichend. Denn die Eröffnung eines Kartellverfahrens kann angesichts der bisherigen Prüfungs- und Entscheidpraxis der Wettbewerbsbehörden nicht mit einer Untersagung des betreffenden wirtschaftlichen Verhaltens gleichgesetzt werden. Vonseiten des Gerichts erscheint es unter Berücksichtigung des notwendigen Aufwands vorliegend allerdings nicht aussichtsreich zu sein, hierzu nachträglich mit einem ganz erheblichen zeitlichen Abstand noch verwertbare rechtsbeständige Feststellungen treffen zu können. Zugunsten der Swisscom-Gruppe ist daher davon auszugehen, dass kein vorsätzliches Verhalten vorgelegen hat.

691 Ungeachtet dessen steht jedoch eine fahrlässige Tatbestandsverwirklichung des Art. 7 Abs. 1 KG angesichts der vorstehend dargestellten Umstände ausser Frage. Dabei kann letztlich dahin gestellt bleiben, ob die Verwirklichung des Tatbestands auf ein aktives Verhalten der Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe oder auf Organisationsmängel in der kartellrechtlichen Überprüfung von Produkten und Vertriebsmodalitäten der Swisscom-Gruppe zurückzuführen ist.

692 Denn bei einer ordnungsgemässen Ausführung der kartellrechtlichen Überprüfung des Breitbandgeschäfts durch die konzerninterne Kartellrechtsabteilung hätte diese bei Anwendung der üblichen angemessenen Sorgfalt insbesondere angesichts der bereits seit Jahrzehnten bestehenden negativen wettbewerbsrechtlichen Bewertung einer Kosten-Preis-Schere durch europäische und US-amerikanische Gerichte, der Bejahung einer Kosten-Preis-Schere für den Telekommunikationsbereich durch die EU-Kommission bei Vorliegen eines Missverhältnisses zwischen den Preisen für die Gross- und Einzelhandelsprodukte im Jahr 2003, des ausdrücklichen Hinweises der Wettbewerbsbehörden auf die Anwendung dieser

Rechtsprechung auf entsprechende Sachverhalte auch in der Schweiz sowie des offensichtlich bestehenden Missverhältnisses zwischen den Ergebnissen auf Gross- und Einzelhandelsstufe im Breitbandgeschäft der Swisscom-Gruppe feststellen müssen, dass im konkreten Sachverhalt der Tatbestand einer Kosten-Preis-Schere erfüllt war. Daher bedarf auch die Frage, ob die Einrichtung einer ordnungsgemässen Kartellrechts-Compliance überhaupt sanktionsausschliessend wirken kann, vorliegend keiner abschliessenden Beantwortung.

693 In entsprechender Weise hätten die Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe bei einer Anwendung der üblichen angemessenen Sorgfalt insbesondere angesichts der ausdrücklichen Hinweise der Wettbewerbsbehörden auf die bestehende Rechtslage bei Kosten-Preis-Scheren im Allgemeinen und im Telekommunikationsbereich im Besonderen, des offensichtlich bestehenden Missverhältnisses zwischen den Ergebnissen auf Gross- und Einzelhandelsstufe im Breitbandgeschäft, des Wissens um die Notwendigkeit einer Quersubventionierung des Breitbandprodukts auf Einzelhandelsstufe durch andere Produkte, der sich aufgrund der notwendigen Quersubventionierung ergebenden Einschränkung der allgemeinen Wettbewerbsfähigkeit der anderen Konkurrenten sowie eines entsprechenden Hinweises der konzerninternen Kartellrechtsabteilung feststellen müssen, dass im konkreten Sachverhalt ein wettbewerbswidriges Verhalten in Gestalt einer Kosten-Preis-Schere gegeben war.

694 Die Anwendung der üblichen angemessenen Sorgfalt wäre dabei angesichts der Schwere des wettbewerbsrechtlichen Vorwurfs einer Kosten-Preis-Schere, der Grösse und Ausstattung der Swisscom-Gruppe, der Bedeutung der Swisscom-Gruppe auf dem Telekommunikationsmarkt und dem Breitbandmarkt, der Bedeutung des Breitbandmarkts und der auf dem Breitbandmarkt erzielten Umsätze sowie der erkennbaren Auswirkungen des eigenen wettbewerbswidrigen Verhaltens auf die Wettbewerbsfähigkeit der anderen Internetdienstanbieter ohne Weiteres zu erwarten gewesen. Im Übrigen haben die Beschwerdeführerinnen auch nicht geltend gemacht, dass die Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe, einschliesslich derjenigen der Kartellrechtsabteilung, aufgrund ihrer individuellen Persönlichkeit gar nicht zu einer notwendigen Einhaltung der üblichen angemessenen Sorgfaltspflichten in der Lage gewesen wären.

695 Dabei kann vorliegend offengelassen werden, welche der Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe im Rahmen einer mangelnden Erfüllung

der üblichen angemessenen Sorgfaltspflichten im Einzelnen welche genauen Handlungen tatsächlich vorgenommen oder vorzunehmen unterlassen haben. Wenn die Swisscom-Gruppe als Unternehmen und Kartellrechtssubjekt im Sinne von Art. 2 Abs. 1bis KG die Geschäftstätigkeiten und Verantwortlichkeiten im Rahmen einer arbeitsteiligen Ausgestaltung des Geschäftsbetriebs auf mehrere unterschiedliche Personen aufgeteilt hatte, so muss sie sich im Hinblick auf ihre eigene wettbewerbsrechtliche Verantwortlichkeit die arbeitsteiligen Beiträge der einzelnen Mitarbeiter auch insgesamt an- und zurechnen lassen. Im Übrigen lag die Gesamtverantwortung für eine ordnungsgemässe Ausgestaltung der Organisation bei den Mitgliedern des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung der Beschwerdeführerinnen 1 und 2, deren Mitglieder im massgeblichen Zeitraum durch das Handelsregister dokumentiert werden.

696 Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen kann diese offensichtliche Verletzung der Sorgfaltspflicht nicht mit dem Hinweis gerechtfertigt werden, die Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe hätten aufgrund ihrer Businesspläne für die Jahre 2002 bis 2005 und der mengenmässigen Entwicklung des Einzelhandelsgeschäfts immer davon ausgehen dürfen, dass das Einzelhandelsgeschäft profitabel betrieben werden könne. Den Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe kommt – wie vorstehend dargelegt – die Verpflichtung zu, einen rechtmässigen Geschäftsbetrieb einschliesslich eines dauerhaft wettbewerbskonformen Verhaltens sicherzustellen. Daher können die Anforderungen an ein wettbewerbskonformes Verhalten, die sich aus der tatsächlichen aktuellen wirtschaftlichen Lage oder Entwicklung eines Unternehmens ergeben, nicht einfach deshalb negiert oder ausser Acht gelassen werden, weil sich bestimmte Erwartungen in einzelnen Businessplänen als unrichtig herausstellen oder sich bestimmte geschäftliche Erwartungen nicht bestätigen. Letztlich ist vorliegend auch nicht ersichtlich, warum die tatsächlich vorhandene jahrelange Verlustsituation des Einzelhandelsgeschäfts und die sich daraus ergebenden Folgen in Bezug auf die Verwirklichung einer Kosten-Preis-Schere von den Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe unter Hinweis auf eine in der Zukunft liegende, aber nicht einmal genau zu prognostizierende Profitabilität des Einzelhandelsgeschäfts und offensichtlich überholten Businessplänen hätte ausgeblendet werden dürfen. Dass die Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe ihrer Profitabilitätsbetrachtung eine Amortisationszeit zugrunde gelegt haben, die angesichts der Umstände des vorliegenden Sachverhalts nicht sachgerecht und deshalb auch nicht haltbar war, wurde bereits im Rahmen der Prüfung des objektiven Tatbestands festgestellt

([…]). Sie scheidet daher auch als ausreichende Begründung im Rahmen des subjektiven Tatbestands aus. In gleicher Weise ist es für die Beurteilung des massgeblichen Zeitraums zwischen April 2004 und Dezember 2007 auch unerheblich, dass die Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe in den Jahren 2008 und 2009 gewusst haben, dass das Einzelhandelsgeschäft profitabel betrieben werden könne.

697 Gleiches gilt für die Behauptung, dass sich der bisherigen Wettbewerbspraxis nicht entnehmen lasse, unter welchen Voraussetzungen eine Marge als ausreichend oder als unzulässige Kosten-Preis-Schere zu qualifizieren sei. Jedenfalls im Hinblick auf den vorliegenden Sachverhalt war unzweifelhaft feststellbar, dass das Einzelhandelsgeschäft der Swisscom-Gruppe keine ausreichende Marge aufwies, weil während des massgeblichen Zeitraums nur Verluste und keine Gewinne erzielt wurden, während auf der Grosshandelsstufe aufgrund der gewählten Preisansetzung deutliche Gewinne anfielen, welche die Verluste auf der Einzelhandelsstufe ohne Probleme kompensiert hatten.

VIII.3. Sachverhalts- und Rechtsirrtum

698–699 (…)

700 Im Hinblick auf die Beurteilung eines Sachverhalts- oder Rechtsirrtums im Rahmen des Kartellrechts ist zu beachten, dass bislang keine anerkannten Grundsätze bestehen, ob sich ein Unternehmen im Hinblick auf seine grundsätzlich bestehende Sorgfaltspflicht überhaupt, und allenfalls unter welchen Voraussetzungen, auf falsche Vorstellungen über den Sachverhalt oder die Rechtslage berufen kann. Insbesondere ist unklar, ob und inwieweit allenfalls strafrechtliche Grundsätze für die Beurteilung herangezogen werden können (so aber NIGGLI/RIEDO, in: BSK-KG, a.a.O., Vor Art. 49*a*–53 N. 149). Vorliegend bedarf es jedoch keiner Beantwortung dieser Aspekte, weil angesichts der dargelegten Umstände zur Vorwerfbarkeit des Verhaltens aufseiten der Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe im massgeblichen Zeitraum keine solchen Fehlvorstellungen bestanden.

701 Ein Sachverhaltsirrtum würde voraussetzen, dass bei den Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe eine Fehlvorstellung über relevante Aspekte des Sachverhalts bestanden hätte. Die Beschwerdeführerinnen behaupten zwar, dass solche Fehlvorstellungen vorgelegen hätten, allerdings wird von ihnen keine ausreichende Erklärung hierfür vorgetragen. Denn

die relevanten Sachpunkte, welche die tatsächliche Grundlage für die Beurteilung des wirtschaftlichen Verhaltens als Kosten-Preis-Schere bilden, wie etwa das Vorhandensein eines Konkurrenzprodukts, die Marktanteile der Swisscom-Gruppe, der festgesetzte Preis für das Grosshandelsprodukt BBCS und die erzielten Gewinne im Grosshandelsgeschäft, der festgesetzte Preis für die xDSL-Produkte und die erzielten Verluste im Einzelhandelsgeschäft, die jeweilige Dauer für die Abschreibung der Akquisitionskosten oder die Amortisation, werden von den Beschwerdeführerinnen inhaltlich selbst ausdrücklich bestätigt. Die Beschwerdeführerinnen machen letztlich geltend, dass die Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe im Hinblick auf eine Beurteilung der Wirtschaftlichkeit des Breitbandgeschäfts aus den verschiedenen Tatsachen andere Schlüsse ziehen und eine abweichende Bewertung dieser Tatsachen vornehmen durften, ungeachtet dessen, dass sie bei Anwendung der üblichen Sorgfalt zu einem anderen Ergebnis hätten gelangen müssen. Dabei handelt es sich jedoch von vornherein nicht um einen Sachverhaltsirrtum.

702 Ein Rechtsirrtum würde voraussetzen, dass bei den Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe eine Fehlvorstellung über die Wettbewerbswidrigkeit im Hinblick auf die Wirtschaftlichkeit des Breitbandgeschäfts vorgelegen hätte. Auch hier behaupten die Beschwerdeführerinnen das Vorhandensein entsprechender Fehlvorstellungen, ohne dass hierfür eine ausreichende Erklärung vorgebracht wird. Vielmehr machen die Beschwerdeführerinnen die gleichen Gründe geltend, die nach ihrer Ansicht bereits einen Verstoss gegen den Vertrauensgrundsatz darstellen. Wie vorstehend ausführlich erläutert ([…]), sind diese Gründe jedoch keine Rechtfertigung für einen Verstoss gegen den Vertrauensgrundsatz. Gleiches gilt auch im Hinblick auf das Bestehen eines Rechtsirrtums. Insbesondere der Umstand, dass die Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe vonseiten der Vorinstanz ausdrücklich auf den Tatbestand der Kosten-Preis-Schere und entsprechende Urteile einschliesslich des Entscheids in Sachen Deutsche Telekom hingewiesen wurden, schliesst vorliegend unter Berücksichtigung der Sorgfaltspflichten zu einem rechtstreuen Verhalten, welche den Verantwortlichen von Unternehmen von Gesetzes wegen auferlegt werden, und den Möglichkeiten der Swisscom-Gruppe zur Abklärung von entsprechenden Sach- und Rechtsfragen, einen Rechtsirrtum in jedem Fall aus.

VIII.4. Verjährung

703 Art. 49*a* Abs. 3 KG sieht vor, dass die Belastung entfällt, wenn die Wettbewerbsbeschränkung bei Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist. In der Literatur ist umstritten, welcher Inhalt dieser Vorschrift beizumessen ist und wie die Verjährung eines kartellrechtswidrigen Verhaltens aufgrund welcher rechtlicher Vorschriften zu bestimmen ist (für die Massgeblichkeit von Art. 49*a* Abs. 3 Bst. b KG vgl. BORER, a.a.O., Art. 49*a* N. 31; DÄHLER/KRAUSKOPF/STREBEL, in: CH-EU-Wettbewerbsrecht, a.a.O., Rn. 8.129; DAVID/JACOBS, a.a.O., Rn. 796; RICHARD KUSTER, in: SHK-KG, a.a.O., Art. 53 N. 6; SPITZ, a.a.O., S. 564; ZIRLICK/TAGMANN, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 49 N. 241; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rn. 3.314; für einen entsprechenden Rückgriff im Rahmen von Art. 53 KG vgl. MOREILLON, in: CR-Concurrence, a.a.O., Art. 53 N. 17; für die Massgeblichkeit der [verwaltungs-]strafrechtlichen Vorschriften vgl. NIGGLI/RIEDO, in: BSK-KG, a.a.O., Vor Art. 49*a*–53 N. 171; ZURKINDEN/TRÜEB, a.a.O., Art. 53 N. 3).

704 Vorliegend ist zu beachten, dass das wettbewerbswidrige Verhalten bis zum Dezember 2007 andauerte und erst ab Anfang 2008 beendet wurde. Das kartellrechtliche Verfahren der Wettbewerbsbehörde wurde noch während der Umsetzung des wettbewerbswidrigen Verhaltens eröffnet und durch die Verfügung der Vorinstanz vom 19. Oktober 2009 abgeschlossen. Eine Verjährung ist demzufolge unter keinem Gesichtspunkt gegeben.

VIII.5. Sanktionsbemessung

705 Die Vorinstanz hat das wettbewerbswidrige Verhalten der Beschwerdeführerinnen gemäss Art. 49*a* KG aufgrund des Umsatzes in der Schweiz in den Jahren 2005 bis 2007 mit einem Betrag in der Höhe von CHF 219 861 720.– sanktioniert. Grundlage dieser Sanktion bildete ein massgeblicher Gesamtumsatz in der Höhe von CHF 1 691 244 000.–. Als Basisbetrag wurden 10 % dieses Gesamtumsatzes und damit ein Betrag in der Höhe von CHF 169 124 400.– festgelegt. Aufgrund der zeitlichen Dauer der Wettbewerbsbeschränkung wurde der Basisbetrag um 30 % und damit um einen Betrag in der Höhe von CHF 50 737 320.– erhöht.

VIII.5.1. Allgemeine Aspekte

706–707 (…)

708 Die Bemessung der Sanktion für ein wettbewerbswidriges Verhalten gemäss Art. 49*a* KG ist anhand der Regelungen der Art. 2–7 SVKG vorzunehmen (vgl. E. 621 f.).

709 Art. 49*a* KG sieht dabei nicht vor, dass die Ausfällung von Sanktionen im (Entschliessungs-)Ermessen der Wettbewerbsinstanzen steht (vgl. Urteil 2C_484/2010 E. 7.4.5.4 [nicht publ. in: BGE 139 I 72, Publigroupe]; BORER, a.a.O., Art. 49*a* N. 17; DAVID/JACOBS, a.a.O., Rn. 765; ZIRLICK/TAGMANN, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 49*a* N. 16 f.; TAGMANN, a.a.O., S. 161, 171 f. und 180 f.; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rn. 3.209). Gemäss dieser Bestimmung haben die Wettbewerbsinstanzen vielmehr Sanktionen auszusprechen, wenn die entsprechenden materiellen Kartellrechtstatbestände verwirklicht wurden. Dies gilt in gleicher Weise für die Berücksichtigung von Dauer sowie Erhöhungs- und Milderungsgründen. Liegen die entsprechenden Voraussetzungen vor, dann haben die Wettbewerbsinstanzen eine Erhöhung oder eine Milderung der Sanktion vorzunehmen. Den Wettbewerbsinstanzen kommt aber ein erheblicher Ermessensspielraum in Bezug auf die konkrete Festlegung der einzelnen Sanktionskomponenten des Basisbetrags, der Dauer sowie der Erhöhungs- und Milderungsgründe zu (vgl. Urteil 2C_484/2010 E. 7.4.5.4 [nicht publ. in: BGE 139 I 72, Publigroupe]; BORER, a.a.O., Art. 49*a* N. 17; ROTH/BOVET, in: CR-Concurrence, a.a.O., Art. 49*a* N. 17; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rn. 3.231). Dieser Ermessensspielraum wird wiederum durch den Verhältnismässigkeitsgrundsatz und den Gleichheitsgrundsatz eingeschränkt (vgl. Urteil 2C_484/2010 E. 7.4.5.4 [nicht publ. in: BGE 139 I 72, Publigroupe]; BORER, a.a.O., Art. 49*a* N. 15; ROTH/BOVET, in: CR-Concurrence, Art. 49*a* N. 15 und 28 ff.; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rn. 3.231). Art. 2 Abs. 2 SVKG sieht denn auch ausdrücklich vor, dass bei der Festsetzung der Sanktion das Prinzip der Verhältnismässigkeit zu berücksichtigen ist.

710 Die Regelungen der Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 f. SVKG stellen dabei 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 im Einzelfall auch bei der konkreten

Festlegung der Sanktion im Rahmen der ihr zustehenden Wertungsspielräume den Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu beachten. Dieser ist allerdings nicht bereits dann verletzt, wenn die Verfügung keine weiterführenden Erläuterungen zur Festlegung des Basisbetrags aufweist.

711 Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen ergibt sich daher vorliegend kein Verstoss gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip. Im Übrigen führen sie auch keine sachlichen Gründe an, warum die vorgesehene Sanktion bei einer angenommenen Wettbewerbswidrigkeit ihres Verhaltens als unverhältnismässig zu qualifizieren wäre. Daher ist dieser Einwand nicht ausreichend substanziiert.

712 Art. 3 SVKG sieht vor, dass der Basisbetrag nach Art und Schwere des Verstosses festzulegen ist. Dabei gibt er einen Rahmen von 10 % eines bestimmten Umsatzes vor, innerhalb dessen die Festlegung vorgenommen werden kann. Dadurch ist eine sachgerechte Ahndung von geringfügigen bis schwerwiegenden Missbrauchsfällen möglich (vgl. Botschaft KG 2004, BBl 2002 2022, 2037; DÄHLER/KRAUSKOPF/STREBEL, in: CH-EU-Wettbewerbsrecht, a.a.O., Rn. 8.126; ROTH/BOVET, in: CR-Concurrence, a.a.O., Art. 49*a* N. 25; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rn. 3.231).

713 Angesichts des gesetzlich vorgegebenen Sanktionsrahmens können die Wettbewerbsbehörden zweifellos ein grundsätzliches Schema entwickeln, anhand dessen die Sanktionsbemessung regelmässig auszurichten ist. Dabei entspricht es gerade sachlichen Erwägungen, Bagatellfälle dem unteren Bereich des Sanktionsrahmens und schwerwiegende Fälle dem oberen Bereich des Sanktionsrahmens zuzuordnen. Zudem ist es auch nicht bereits von vornherein unsachlich, bestimmten Wettbewerbsbeschränkungen grundsätzlich einen gewissen Schweregrad beizumessen. Überdies kann auch eine gewisse schematische Differenzierung aufgrund der Unterscheidung zwischen einem vorsätzlichen und einem fahrlässigen Verhalten vorgenommen werden. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen ergibt sich dadurch nicht eine undifferenzierte Gleichbehandlung aller Tatbestandsvarianten des Art. 7 KG. Denn ungeachtet einer entsprechenden abstrakten Festlegung hat die Wettbewerbsbehörde im Einzelfall eine individuelle Zuweisung aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls vorzunehmen. Entgegen der weiteren Behauptung der Beschwerdeführerinnen unterbleibt eine solche individuelle Zuweisung nicht bereits aus dem Grund, weil ein abstrakter, allgemein gültiger Bewertungskanon bekannt gegeben wurde. In der vorinstanzlichen Verfügung sind

denn auch entsprechende Aussagen zur konkreten Festlegung der Sanktion enthalten.

714 Im Hinblick auf die Behauptung der Beschwerdeführerinnen, wonach gemäss der Intention des Gesetzgebers der Höchstsatz nur in seltenen (krassen) Fällen erreicht werden solle, ist festzuhalten, dass es sich hierbei nicht um eine regulatorische Anordnung, sondern nur um eine Einschätzung mit Bezug auf die zukünftig anfallenden Kartellrechtsfälle handeln konnte. Denn letztlich kann der Gesetzgeber anstelle einer Statuierung von detaillierten gesetzlichen Sanktionsbeträgen für bestimmte Wettbewerbsverstösse keine zwingenden Anweisungen für die spezifische Ausübung eines behördlichen oder gerichtlichen Sanktionierungsermessens im Hinblick auf ihm unbekannte, in der Zukunft eintretende Sachverhalte vorgeben.

VIII.5.2. Ermittlung des massgeblichen Umsatzes

715–718 (…)

719 Gemäss Art. 49*a* Abs. 1 KG und Art. 3 SVKG ist der Basisbetrag anhand des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten erzielt hat, festzulegen. Dieser Umsatz bildet somit die Grund- und Ausgangslage für die Festlegung der Sanktion.

720 Allerdings sehen weder Art. 49*a* Abs. 1 KG noch Art. 3 SVKG spezifische Regelungen für die konkrete Ermittlung des Umsatzes im Einzelfall vor. Für Unternehmenszusammenschlüsse statuieren die Art. 4 und Art. 5 VKU Regelungen zur Ermittlung des massgeblichen Umsatzes. Grundsätzlich können diese Regelungen sinngemäss herangezogen werden, soweit ihr Regelungsgehalt sachlich auch auf den jeweiligen Missbrauchstatbestand gemäss Art. 7 KG angewendet werden kann (vgl. Urteil 2C_484/2010 E. 12.3.2 [nicht publ. in: BGE 139 I 72, Publigroupe], jedoch ohne nähere Darlegung; ZIRLICK/TAGMANN, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 49*a* N. 45; ROTH/BOVET, in: CR-Concurrence, a.a.O., Art. 49*a* N. 26; DAVID MAMANE, Neue EG-Leitlinien zur Festsetzung von Geldbussen bei Wettbewerbsbeschränkungen, Jusletter 17. Juli 2006, Rn. 10). Ansonsten ist der massgebliche Umsatz unter Berücksichtigung der jeweiligen konkreten Umstände zu bestimmen.

721 Grundlage für die Feststellung des massgeblichen Umsatzes bildet in der Regel die jeweilige Jahresrechnung des Unternehmens, aus der die entsprechenden Daten zu entnehmen oder abzuleiten sind ([…]). Bei

Konzernsachverhalten ist der jeweilige Konzernumsatz massgebend, der sich grundsätzlich aus der Konzernrechnung ergibt (DAVID et al., a.a.O., Rn. 1328; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rn. 3.233; ebenso für eine Unternehmensvereinigung ZIRLICK/TAGMANN, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 49*a* N. 47; anderer Ansicht BORER, a.a.O., Art. 49*a* N. 15; REINERT, in: SHK-KG, a.a.O., Art. 49*a* N. 12), weil der Konzern, und nicht nur eine einzelne Gruppengesellschaft, als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1bis KG und damit als Kartellrechtssubjekt zu qualifizieren ist (vgl. E. 29). Dies ist unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Wirtschaftskraft des Konzerns gerade für die Umsetzung eines missbräuchlichen Verhaltens von entscheidender Bedeutung sein kann, auch unter sachlichen Gesichtspunkten gerechtfertigt.

722 Art. 3 SVKG statuiert als Bemessungsgrundlage des Basisbetrags den Umsatz, den das betreffende Unternehmen auf den jeweils relevanten Märkten erzielt hat, und nicht den Umsatz, der mit dem wettbewerbswidrigen Verhalten erzielt wurde. Die Vorschrift sieht dabei keine Differenzierung hinsichtlich des auf den relevanten Märkten erzielten Umsatzes vor. Daher ist auch keine Unterscheidung danach vorzunehmen, welcher Anteil dieses Umsatzes durch ein wettbewerbswidriges Verhalten erzielt wurde und ob allenfalls ein Anteil nicht in Verbindung mit einem wettbewerbswidrigen Verhalten steht. Eine solche Differenzierung ergibt sich auch nicht aus Sinn und Zweck der Vorschrift. Ungeachtet des Umstands, dass mit der Sanktionierung gemäss Art. 49*a* KG ein wettbewerbswidriges Verhalten erfasst werden soll, kann als Bemessungsgrundlage für die Sanktionierung eine wirtschaftliche Unternehmenskennziffer herangezogen werden, die nicht ausschliesslich auf das entsprechende wettbewerbswidrige Verhalten ausgerichtet ist. In ähnlicher Weise wird auch im Rahmen des Strafrechts für die Bemessung einer Geldstrafe gemäss Art. 34 StGB auf das (gesamte) Einkommen und Vermögen des Täters, und demzufolge nicht nur auf einen durch das kriminelle Verhalten erlangten Vorteil, abgestellt. Durch die Zuordnung wird auch kein unzulässiger Bezug vorgenommen. Denn die Sanktionsbemessung ergibt sich immer aufgrund einer Gesamtbeziehung zwischen dem Umsatz als Bemessungsgrundlage und dem gesetzlich vorgesehenen Koeffizienten. Da die Sanktionsbemessung in einem angemessenen Verhältnis zum Gesamtrahmen stehen muss (vgl. E. 626 f.), kann die Bezugnahme auf eine unter Umständen nicht ausschliesslich mit dem wettbewerbswidrigen Verhalten in Zusammenhang stehende wirtschaftliche Kennziffer nicht unzulässig sein. Auch eine systematische und eine historische Auslegung der Vorschrift ergeben keinerlei

Hinweise für eine solche Differenzierung. Die entsprechende Rüge der Beschwerdeführerinnen ist daher unbegründet.

723 Art. 49*a* KG sieht keine gesonderte Regelung zur Bestimmung des relevanten Markts für die Bemessung einer Sanktionierung vor. Für eine Sanktionierung eines Marktmissbrauchs sind vielmehr diejenigen Märkte relevant, auf die das marktbeherrschende Unternehmen mit seiner wettbewerbswidrigen Verhaltenweise einwirkt. Grundsätzlich entspricht der für die Sanktionierung massgebliche relevante Markt dem sachlich und räumlich relevanten Markt (vgl. DÄHLER/KRAUSKOPF/STREBEL, in: CH-EU-Wettbewerbsrecht, a.a.O., Rn. 8.124). Für die Sanktionsbemessung ist daher regelmässig keine erneute Marktabgrenzung vorzunehmen; vielmehr ist diesbezüglich auf die Marktabgrenzung zum sachlich und räumlich relevanten Markt abzustellen (vgl. E. 256 ff.). Soweit der zeitlich relevante Markt Bedeutung erlangt, ist dieser ebenfalls zu berücksichtigen. Wirkt das marktbeherrschende Unternehmen darüber hinaus mit seiner wettbewerbswidrigen Verhaltensweise auf sonstige Märkte ein, so sind diese ebenfalls in die Sanktionsbemessung mit einzubeziehen.

724 Bei einer Kosten-Preis-Schere sind als relevante Märkte für eine Sanktionsbemessung gemäss Art. 49*a* Abs. 1 KG und Art. 3 SVKG sowohl der Grosshandelsmarkt als auch der Einzelhandelsmarkt zu berücksichtigen. Denn bei einer Kosten-Preis-Schere handelt es sich um ein zweidimensionales Wettbewerbsverhalten, welches direkte Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation von anderen Marktteilnehmern als Abnehmer auf dem Grosshandelsmarkt sowie als Konkurrenten auf dem Einzelhandelsmarkt zeitigt. Das Schädigungspotenzial einer Kosten-Preis-Schere ergibt sich demzufolge nicht nur aus der Betrachtung eines einzelnen Markts; vielmehr ermöglicht erst das strategische Zusammenwirken von vertikaler Ausbeutung und horizontaler Behinderung die besondere Beeinträchtigungswirkung einer Kosten-Preis-Schere (vgl. E. 417 f.). Dabei bilden die Umsätze zwischen der Obergesellschaft und dem vertikal integrierten Unternehmen gerade den Hebel für diese Beschränkung. Je höher diese gruppeninternen Umsätze sind, umso grösser ist der Anteil der Unternehmensgruppe am Einzelhandelsmarkt und umso stärker ist der Behinderungseffekt für die Konkurrenten im Einzelhandelsgeschäft und damit das gesamtwirtschaftliche Schädigungspotenzial der jeweiligen Kosten-Preis-Schere. Mithin handelt es sich bei den berücksichtigten Umsätzen um solche, die in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der

Wettbewerbsbeeinträchtigung stehen und nicht um sonstige konzerninterne Umsätze, die keinen Bezug zum Missbrauchsverhalten aufweisen. Daher ist es erforderlich und sachgerecht, diese konzerninternen Umsätze bei der Sanktionsbemessung zu berücksichtigen. Soweit die Preise für die xDSL-Produkte im Einzelhandelsgeschäft noch unter den Preisen für die BBCS-Produkte im Grosshandelsgeschäft angesetzt sind und deshalb die schädlichste Form einer Kosten-Preis-Schere vorliegt, wird durch die Bezugnahme auf den gesamten Grosshandelsumsatz sichergestellt, dass eine Sanktionierung auch alle wettbewerbswidrigen Vorteile erfasst. Soweit die Preise für die BBCS-Produkte im Grosshandelsgeschäft über denjenigen der xDSL-Produkte im Einzelhandelsgeschäft angesetzt sind, führt die Bezugnahme auf die Grosshandelspreise zugunsten des marktbeherrschenden Unternehmens sogar zu einem geringeren Umsatzbetrag als bei einer gemischten Heranziehung der jeweils externen Umsätze auf Gross- und Einzelhandelsstufe. Massgebend für die Ermittlung des Umsatzes ist demzufolge der gesamte Umsatz, der auf dem jeweiligen Grosshandelsmarkt erzielt wurde.

725 Entgegen der Rüge der Beschwerdeführerinnen steht diesem Vorgehen nicht entgegen, dass konzerninterne Transaktionen aufgrund des Konzernprivilegs nicht als wettbewerbswidrig zu qualifizieren sind (vgl. Verfügung Tarifverträge Zusatzversicherung Kt. LU, E. 77; BORER, a.a.O., Art. 2 N. 11; HEINEMANN, Konzerne, a.a.O., S. 53; LEHNE, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 2 N. 27; LANG/JENNY, a.a.O., S. 300; MARTENET/KILLIAS, in: CR-Concurrence, a.a.O., Art. 2 N. 31; RUBIN/COURVOISIER, in: SHK-KG, a.a.O., Art. 3 N. 12 f.; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rn. 1.61) und Art. 5 Abs. 2 VKU vorsieht, dass konzerninterne Umsätze nicht zu berücksichtigen sind. Denn die Frage der wettbewerbsrechtlichen Qualifizierung konzerninterner Transaktionen steht in keinem sachlich zwingenden Zusammenhang mit der Berücksichtigung von konzerninternen Umsätzen im Rahmen der Sanktionsbemessung. Wie bereits dargestellt (vgl. E. 722), werden nicht nur im Kartellrecht, sondern auch im Strafrecht Umsätze und sonstige wirtschaftliche Aspekte ohne unmittelbaren Bezug zu einem rechtswidrigen Verhalten zur Ermittlung einer Sanktionierung herangezogen. Eine sinngemässe Heranziehung von Art. 5 Abs. 2 VKU ist schon deshalb ausgeschlossen, weil die konzerninternen Umsätze bei der Wettbewerbsbeschränkung einer Kosten-Preis-Schere gerade einen Faktor für die wettbewerbswidrigen Auswirkungen darstellen, während dies bei der Wettbewerbsbeschränkung eines Unternehmenszusammenschlusses nicht der Fall ist. Eine gegenteilige Einschätzung in Bezug auf den Tatbestand

der Kosten-Preis-Schere wird auch nicht durch die von den Beschwerdeführerinnen bezeichneten Ansichten in der Literatur vertreten. Demzufolge ergibt sich entgegen der Rüge der Beschwerdeführerinnen durch die Berücksichtigung konzerninterner Umsätze bei einer Kosten-Preis-Schere weder im Verhältnis zu Unternehmenszusammenschlüssen gemäss Art. 9 KG noch im Verhältnis zu sonstigen Missbrauchstatbeständen gemäss Art. 7 KG ein Verstoss gegen das Willkürverbot gemäss Art. 9 BV oder das Gleichbehandlungsgebot gemäss Art. 8 BV. Gleiches gilt auch für einen Verstoss gegen Art. 7 Abs. 1 EMRK, weil die Rechtsfolgen – wie vorstehend dargestellt (vgl. E. 619) – ausreichend bestimmt sind. Diese Bestimmtheit wird auch nicht dadurch beeinträchtigt, dass – nach der unzutreffenden Ansicht der Beschwerdeführerinnen – die vorstehende Beurteilung auf alle anderen Arten einer Wettbewerbsbeschränkung ausgedehnt werden müsste.

726 Als massgeblich für die Ermittlung des Basisbetrags werden die letzten drei Geschäftsjahre statuiert. Der Zeitraum wurde durch den Gesetzgeber mit drei Geschäftsjahren festgelegt, um zu verhindern, dass Unternehmen mittels geeigneter Massnahmen kurzfristig den Umsatz verringern, um in den Genuss einer geringeren Sanktion zu gelangen (vgl. Botschaft KG 2004, BBl 2002 2022, 2037; DÄHLER/KRAUSKOPF/STREBEL, in: CH-EU-Wettbewerbsrecht, a.a.O., Rn. 8.119).

727 Weder das Kartellgesetz noch die KG-Sanktionsverordnung sehen eine ausdrückliche Regelung über den Anknüpfungspunkt der massgeblichen Geschäftsjahre vor. Die Anknüpfung der letzten drei Geschäftsjahre könnte demzufolge entweder an die Beendigung des wettbewerbswidrigen Verhaltens oder an die Einleitung oder den Abschluss eines Kartellsanktionsverfahrens anknüpfen. Aus der Entstehungsgeschichte ergeben sich keine Präferenzen für eine dieser Varianten. Nach Sinn und Zweck der Regelung sollte eine Sanktionierung an den Umsatz anknüpfen, der mit dem wettbewerbswidrigen Verhalten am engsten in Zusammenhang steht. Dabei handelt es sich regelmässig um den Umsatz, der bei Beendigung des jeweils untersuchten wettbewerbswidrigen Verhaltens erzielt wurde. Dadurch wird prinzipiell sichergestellt, dass angesichts der üblicherweise längeren Dauer von Kartellverwaltungsverfahren eine Beeinflussung des Umsatzes aufgrund sonstiger Umstände keine Berücksichtigung findet. So kommt dem Unternehmen einerseits keine Möglichkeit zu, den Umsatz zwischen einer Beendigung der wettbewerbswidrigen Verhaltensweise und dem Abschluss des Kartellsanktionsverfahrens durch

geeignete Massnahmen zu vermindern, um eine Busse möglichst gering zu halten. Andererseits erlangt ein Umsatzwachstum, das auf anderen Gründen als einem bereits vergangenen wettbewerbswidrigen Verhalten beruht, keine sanktionsverschärfende Wirkung. Soweit die wettbewerbswidrige Verhaltensweise daher vor oder während der Durchführung eines Kartellsanktionsverfahrens durch ein Unternehmen vollständig beendet wurde, ist prinzipiell weder auf die Einleitung noch auf den Abschluss eines Kartellverfahrens durch die Wettbewerbsbehörden als Anknüpfungspunkt für die Sanktionsbemessung abzustellen (anderer Ansicht REINERT, in: SHK-KG, a.a.O., Art. 49*a* N. 10; ZIRLICK/TAGMANN, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 49*a* N. 48; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rn. 3.233).

728 Auf andere Zeiträume ist dann abzustellen, wenn die besonderen Umstände des Einzelfalls dies nahelegen. So wäre der Abschluss des Beschwerdeverfahrens als massgeblicher Zeitpunkt zu qualifizieren, wenn ein Unternehmen angesichts der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde das wettbewerbswidrige Verhalten während des Beschwerdeverfahrens fortgeführt hat, um die sich aus der wettbewerbswidrigen Verhaltensweise ergebenden Vorteile maximal auszunutzen. Zeiträume nach Beendigung des wettbewerbswidrigen Verhaltens wären etwa dann zu berücksichtigen, soweit einem Unternehmen in den Folgejahren durch das frühere wettbewerbswidrige Verhalten auch weiterhin dokumentierte umsatzrelevante Vorteile in gesteigertem Ausmass zukommen.

729 Da die Beendigung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens nicht zwangsläufig mit dem Ende eines kalendarischen oder statutarischen Geschäftsjahres zusammenfällt, ist zur Ermittlung des massgeblichen Umsatzes entweder der Jahresabschluss, in dem das wettbewerbswidrige Verhalten beendet wurde, oder der Jahresabschluss des vorhergehenden Jahres heranzuziehen, je nachdem, welcher Abschluss einen engeren Zusammenhang zwischen wettbewerbswidrigem Verhalten und dem im Abschluss ausgewiesenen Umsatz aufweist.

730 Im vorliegenden Fall wurde das wettbewerbswidrige Verhalten spätestens im Jahr 2004 begonnen und am 31. Dezember 2007 beendet. Massgebend ist deshalb der Umsatz, den die Swisscom-Gruppe auf dem Grosshandelsmarkt für Breitbanddienstleistungen jeweils in den Jahren 2005, 2006 und 2007 erzielt hat. Diese Umsätze beliefen sich auf (…) Mio. CHF, (…) Mio. CHF und (…) Mio. CHF ([…]), woraus als Sanktionsgrundlage ein Gesamtumsatz in der Höhe von 1 691 244 Mio. CHF resultiert.

VIII.5.3. Festlegung des Basisbetrags

731–739 (…)

740 Gemäss Art. 49*a* Abs. 1 KG und Art. 3 SVKG ist der Basisbetrag als Koeffizient des massgeblichen Umsatzes aufgrund der Art und Schwere des Verstosses festzulegen, wobei die maximale Obergrenze des Basisbetrags 10 % des Umsatzes beträgt.

741 Weder das Kartellgesetz noch die KG-Sanktionsverordnung enthalten nähere Regelungen dazu, welche Aspekte unter den Kriterien « Art und Schwere des Verstosses » zu subsumieren sind. Hierzu bestehen auch noch keine detaillierten und übereinstimmenden Ansichten (vgl. REINERT, in: SHK-KG, a.a.O., Art. 49*a* N. 14; ROTH/BOVET, in: CR-Concurrence, a.a.O., Art. 49*a* N. 27 ff.; ZIRLICK/TAGMANN, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 49*a* N. 50 f.; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rn. 3.236). Da bestimmte Aspekte als erschwerende Umstände gemäss Art. 5 SVKG qualifiziert werden, bedarf es einer Abgrenzung, welche Aspekte im Rahmen von Art. 3 SVKG und welche im Rahmen von Art. 5 SVKG zu berücksichtigen sind.

742 Da es sich bei Art. 49*a* KG um eine Vorschrift mit strafrechtsähnlichem Charakter, nicht aber um eine strafrechtliche Vorschrift handelt (vgl. E. 649), findet Art. 47 StGB jedenfalls keine Anwendung.

743 Mit dem Verweis auf die Art des Verstosses wird der Gegenstand des wettbewerbswidrigen Verhaltens angesprochen. Dabei handelt es sich insbesondere um die konkrete Form der Wettbewerbsbeschränkung und ihr abstraktes Gefährdungspotenzial. Der Verweis auf die Schwere des Verstosses bezieht sich zunächst auf die grundlegenden objektiven Modalitäten des wettbewerbswidrigen Verhaltens. Dabei werden im Rahmen des Basisbetrags die üblichen Umstände und Auswirkungen, die mit einer entsprechenden Wettbewerbsbeeinträchtigung einhergehen, anhand ihres jeweiligen Bedeutungsgehalts gewertet. Soweit aussergewöhnliche Umstände und Auswirkungen auftreten, sind diese als erschwerende Umstände gemäss Art. 5 SVKG oder als mildernde Umstände gemäss Art. 6 SVKG zu qualifizieren. Mit dem Verweis auf die Schwere des Verstosses werden darüber hinaus das Verschulden und damit die subjektive Komponente eines wettbewerbswidrigen Verhaltens angesprochen. Dadurch wird eine differenzierte Berücksichtigung von Fahrlässigkeit und Vorsatz vorgegeben (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rn. 1179; anderer Ansicht DÄHLER/KRAUSKOPF/STREBEL, in: CH-EU-Wettbewerbsrecht,

a.a.O., Rn. 8.122, wonach die subjektiven Aspekte als erschwerende Umstände zu berücksichtigen seien). Mit der Einbeziehung der objektiven Modalitäten und der subjektiven Komponente wird bei Kartellsanktionsverfahren dem Grundsatz entsprochen, dass verwaltungsrechtliche Sanktionen der objektiven und subjektiven Schwere der Pflichtverletzung entsprechend angemessen und aus Präventionsgründen gerechtfertigt sein müssen (vgl. BGE 108 Ib 162 E. 5b).

744 Den Wettbewerbsbehörden steht bei der Gewichtung der verschiedenen Kriterien zur Festlegung des Basisbetrags allerdings ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Wenn selbst dem Strafrichter im Rahmen der Strafzumessung eines strafrechtlichen Verfahrens dieser Entscheidungsspielraum zukommt (vgl. BGE 118 IV 342 E. 2a), dann besteht kein Grund, die Wettbewerbsbehörden in einem verwaltungsrechtlichen Kartellsanktionserfahren mit strafrechtsähnlichem Charakter einem strengeren Entscheidungsspielraum zu unterstellen.

745 Die von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachten Rügen wegen einer fehlerhaften Berücksichtigung der mangelnden Bestimmtheit, der Prokompetitivität ihres Grosshandelsangebots, der Ambivalenz von Eingriffen wegen Kosten-Preis-Scheren sowie der Unverhältnismässigkeit angesichts der unklaren Rechtslage, sind unbeachtlich, weil ihnen – wie dargestellt – bereits keine sachliche Berechtigung zukommt. Gleiches gilt im Ergebnis für das Merkmal der fehlenden Ausweichmöglichkeiten, weil dieser Aspekt bei einer Kosten-Preis-Schere gerade kein Tatbestandsmerkmal darstellt.

746 Im vorliegenden Fall beläuft sich die Obergrenze des Basisbetrags angesichts des massgeblichen Umsatzes auf einen Betrag in der Höhe von CHF 169 024 400.–. Der Sanktionsrahmen wurde durch die Vorinstanz mit einer Ansetzung des Basisbetrags bei 10 % vollständig ausgeschöpft.

747 Da vorliegend von einer fahrlässigen Begehung einer Wettbewerbsbeschränkung, die auch vorsätzlich hätte begangen werden können, auszugehen ist, kann entgegen der Festlegung der Vorinstanz nicht die Maximalsanktion verhängt werden. Allerdings handelt es sich bei der Kosten-Preis-Schere eines marktbeherrschenden Unternehmens nicht nur um ein wettbewerbsrechtliches Bagatelldelikt, sondern um ein schwerwiegendes Fehlverhalten. Angesichts der konkreten Umstände des Sachverhalts wird diese prinzipielle Einschätzung bestätigt, und auch das Verschulden der

Swisscom-Gruppe wiegt schwer. Auch wenn zugunsten der Swisscom-Gruppe nicht von einem vorsätzlichen Verhalten auszugehen ist, stellt die Missachtung der ausdrücklichen Hinweise der Wettbewerbsbehörden auf den Tatbestand der Kosten-Preis-Schere und dessen Anwendung in der Schweiz, das offensichtliche Missverhältnis zwischen den Gross- und Einzelhandelspreisen für die jeweiligen Breitbandprodukte und die sich daraus ergebenden unterschiedlichen Resultate, die erkennbaren erheblichen Auswirkungen auf die Wettbewerbsfähigkeit der Konkurrenten auf dem Einzelhandelsmarkt für Breitbandprodukte sowie die allgemeine Wettbewerbsfähigkeit der Konkurrenten auf dem Telekommunikationsmarkt eine grobe Fahrlässigkeit dar.

748 Unter Berücksichtigung der vorstehend dargestellten Aspekte ist nach Ansicht des Gerichts die sachlich gerechtfertigte Sanktion mit 8 % des massgeblichen Umsatzes anzusetzen, wodurch sich ein Basisbetrag in der Höhe von CHF 135 299 520.– ergibt.

VIII.5.4. Erhöhungen des Basisbetrags

749 Vorliegend sind allfällige Erhöhungen wegen der Dauer des wettbewerbswidrigen Verhaltens und wegen einer angemessenen Berücksichtigung des mutmasslichen Gewinns zu berücksichtigen.

VIII.5.4.1. Dauer des wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens

750–752 (…)

753 Gemäss Art. 49*a* Abs. 1 KG bemisst sich die Sanktion auch nach der Dauer des unzulässigen Verhaltens. Art. 4 SVKG konkretisiert diese Erhöhung dahingehend, dass der Basisbetrag bei einer Dauer zwischen einem und fünf Jahren um bis zu 50 % und bei einer Dauer von mehr als fünf Jahren für jedes weitere angefangene Jahr um bis zu 10 % zu erhöhen ist.

754 Die Ausgestaltung des zeitlichen Erhöhungsgrunds führt zu unterschiedlichen Auffassungen über dessen konkrete Umsetzung im Einzelfall. Ganz überwiegend wird angenommen, dass eine Dauer unter einem Jahr keinen Erhöhungsgrund darstelle, sondern vom Basisbetrag erfasst werde (vgl. DÄHLER/KRAUSKOPF/STREBEL, in: CH-EU-Wettbewerbsrecht, a.a.O., Rn. 8.127; DAVID/JACOBS, a.a.O., Rn. 779; ROTH/BOVET, in: CR-Concurrence, a.a.O., Art. 49*a* N. 38; ZIRLICK/TAGMANN, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 49*a* N. 59; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rn. 3.238; anderer Ansicht HOFFET/NEFF, Ausgewählte Fragen zum revidierten

Kartellgesetz und zur KG-Sanktionsverordnung, Anwaltsrevue 4/2004 S. 130, wonach dies ein Milderungsgrund darstellen soll). Bei einer Dauer von einem bis fünf Jahren wird im Anschluss an die Praxis (vgl. Verfügung der WEKO vom 2. November 2009 Ziff. 372 f., Hors-Liste Medikamente, in: RPW 2010/4 S. 649) überwiegend die Ansicht vertreten, dass auch in diesem Bereich für jedes vollendete Jahr der Basisbetrag um bis zu 10 % zu erhöhen sei (vgl. DAVID/JACOBS, a.a.O., Rn. 779; ROTH/BOVET, in: CR-Concurrence, a.a.O., Art. 49*a* N. 38; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rn. 3.238, wobei in Ausnahmefällen ein anderer Ansatz zulässig sein soll), weil eine Differenzierung zwischen den ersten und den zweiten fünf Jahren sachlich nicht gerechtfertigt sei (vgl. ZIRLICK/TAGMANN, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 49*a* N. 59). Nach anderer Ansicht kann der Basisbetrag während der ersten fünf Jahre unabhängig von der genauen Dauer um jeden angemessenen Ansatz zwischen 0 % und 50 % erhöht werden (vgl. DÄHLER/KRAUSKOPF/STREBEL, in: CH-EU-Wettbewerbsrecht, a.a.O., Rn. 8.127; REINERT, in: SHK-KG, a.a.O., Art. 49*a* N. 15). Bei einer Dauer von mehr als fünf Jahren erhöht sich der Basisbetrag nach allgemeiner Ansicht entsprechend dem Wortlaut der Regelung für jedes weitere Jahr um bis zu 10 % (vgl. DÄHLER/KRAUSKOPF/STREBEL, in: CH-EU-Wettbewerbsrecht, a.a.O., Rn. 8.127; DAVID/JACOBS, a.a.O., Rn. 779; REINERT, in: SHK-KG, a.a.O., Art. 49*a* N. 15; ROTH/BOVET, in: CR-Concurrence, a.a.O., Art. 49*a* N. 38; ZIRLICK/TAGMANN, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 49*a* N. 59; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rn. 3.238).

755 Mit der differenzierten Regelung gibt der Verordnungsgeber zu erkennen, dass ein Wettbewerbsverstoss in zeitlicher Hinsicht unterschiedliche Auswirkungen aufweisen kann, die im Rahmen der Erhöhung auch Berücksichtigung finden sollten. Je nach Art und Inhalt der Wettbewerbsbeschränkung können die nachteiligen Auswirkungen zum einen gleichmässig über die gesamte Zeitdauer oder verstärkt während bestimmter Phasen auftreten. So kann eine Wettbewerbsbeschränkung gerade in den Anfangsjahren die grössten Auswirkungen auf den Markt aufweisen und etwa eine Marktbereinigung herbeiführen, während in den Folgejahren der dadurch geschaffene Zustand nur noch aufrechterhalten wird. Durch die flexible Verknüpfung einer ersten Teildauer von fünf Jahren mit dem Teilkoeffizienten von 50 % kann diesen Unterschieden bei einer Sanktionierung Rechnung getragen werden. Zum Beispiel kann für ein wettbewerbswidriges Verhalten mit einer kürzeren Laufzeit als fünf Jahren dennoch eine Erhöhung um 50 % vorgesehen werden, wenn der dadurch intendierte

Zweck in Form der Verdrängung eines Konkurrenten in dieser Zeit vollständig erreicht wurde. Dauert ein Wettbewerbsverstoss demgegenüber bereits länger als fünf Jahre an, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Auswirkungen mittlerweile auch gleichmässig beziehungsweise wiederkehrend über die Zeitachse auftreten und dementsprechend auch linear zu sanktionieren sind. Bei einem Wettbewerbsverstoss mit Dauercharakter, dem bei Fehlen von besonderen Umständen von Anfang an über die jeweilige Zeitdauer im Wesentlichen die gleichen Wirkungen zuzusprechen sind, ist unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes bereits während der ersten fünf Jahre eine stufenweise Erhöhung um 0,8333 % je angefangenem Monat, seitdem das wettbewerbswidrige Verhalten durchgeführt wurde, vorzunehmen.

756 Im vorliegenden Fall wurde das wettbewerbswidrige Verhalten von der Swisscom-Gruppe spätestens seit dem 1. April 2004 begonnen und mindestens bis zum 31. Dezember 2007 fortgeführt ([…]). Die massgebliche Dauer beträgt somit drei Jahre und neun Monate.

757 Entgegen der kaum begründeten Ansicht der Vorinstanz ergibt sich für das Jahr 2007 keine signifikante Änderung in der Beurteilung des missbräuchlichen Verhaltens aufgrund der zeitlichen Komponente. Die von der Vorinstanz vorgenommene Kürzung des Erhöhungsbetrages weist insbesondere keinen Bezug zur zeitlichen Komponente auf. Sie wäre allenfalls als Milderungsgrund zu berücksichtigen.

758 Der Basisbetrag ist demzufolge aufgrund der Dauer von 45 Monaten um 37,5 % und damit um einen Betrag in der Höhe von CHF 50 737 320.– zu erhöhen.

759 Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen ergibt sich zum einen aus der Dauer des Kartellverwaltungsverfahrens keine Beschränkung für die Erhöhung der Sanktion, unabhängig davon, wie lange das Verfahren angedauert hat. Denn sowohl die Entscheidung über eine Durchführung des wettbewerbswidrigen Verhaltens als auch die Entscheidung über dessen Fortführung nach Einleitung einer Untersuchung durch die Wettbewerbsbehörden werden ausschliesslich von dem jeweiligen Unternehmen getroffen, weshalb dieses auch die volle Verantwortung für die zeitliche Dauer des Wettbewerbsverstosses zu tragen hat. Zum anderen ergibt sich auch weder aus dem Beschleunigungsgebot noch aus dem Grundsatz von Treu und Glauben eine Beschränkung für die Erhöhung der Sanktion, weil eine Verletzung dieser Grundsätze nicht vorliegt ([…]).

760 Die Einwendung der Beschwerdeführerinnen, der Wettbewerbsverstoss könne erst mit Übersendung der Fragebögen durch die Wettbewerbsbehörde oder sogar erst mit Übersendung des Antrags zur Stellungnahme begonnen haben, weil sich erst zu diesem Zeitpunkt der Vorwurf zulasten der Beschwerdeführerinnen ausreichend konkretisiert habe, ist sachlich nicht begründet. Gleiches gilt für den Verweis auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen Marktzugang schneller Bitstrom aus dem Jahr 2009 ([…]). Massgeblich für den Beginn eines Wettbewerbsverstosses ist der Zeitpunkt, in dem die wettbewerbswidrige Verhaltensweise verwirklicht wird, indem das Unternehmen durch sein Verhalten einzelne Tatbestandselemente erfüllt. Hierzu ist ausschliesslich das Verhalten des Unternehmens zu beurteilen. Die Massnahmen der Wettbewerbsbehörden oder sogar eine gerichtliche Feststellung der Marktbeherrschung stellen keine konstitutive Voraussetzung für die Verwirklichung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens gemäss Art. 7 KG dar.

761 Bei den von den Beschwerdeführerinnen darüber hinaus angeführten Aspekten einer angeblich gegebenen Profitabilität des Einzelhandelsgeschäfts seit dem Jahr 2003 und der fehlenden Profitabilität des Grosshandelsgeschäfts im Jahr 2004 handelt es sich um Einwendungen, die sich gegen das Vorliegen eines wettbewerbswidrigen Verhaltens richten, weshalb sie nach einer Feststellung der Tatbestandsmässigkeit gemäss Art. 7 KG, wie dies vorstehend erfolgt ist, nicht mehr zu einer Einschränkung der Sanktionierung führen.

VIII.5.4.2. Mutmasslicher Gewinn der Wettbewerbsbeschränkung

762–766 (…)

767 Gemäss Art. 49*a* Abs. 1 Satz 4 KG und Art. 2 Abs. 1 SVKG ist im Rahmen einer Sanktionierung der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen.

768 Aufgrund der ausdrücklichen Formulierung dieser Vorschriften ist ersichtlich, dass eine genaue Ermittlung des tatsächlich erzielten wettbewerbswidrigen Gewinns für dessen Berücksichtigung nicht erforderlich ist. Vielmehr ist es ausreichend, dass die Grössenordnung des unrechtmässigen Gewinns abgeschätzt werden kann (vgl. Botschaft KG 2004, BBl 2002 2022, 2037: « Soweit feststellbar oder zumindest abschätzbar, ist der Gewinn aus dem unzulässigen Verhalten ein wesentliches Bemessungskriterium. »). Dies entspricht den Ausgangshypothesen des Gesetzgebers,

wonach zum einen (i) die Kartellrendite abzuschöpfen ist, um eine ausreichend abschreckende Wirkung zu erzielen (vgl. E. 630 f.; Botschaft KG 2004, BBl 2002 2022, 2033: « Wettbewerbswidrige Verhaltensweisen dürfen sich wirtschaftlich nicht lohnen. Deshalb muss der Sanktionsrahmen so weit gefasst sein, dass für Unternehmen die Berechnung des Netto-Nutzens [...] negativ ausfällt. »; zustimmend BORER, a.a.O., Art. 49*a* N. 15; DÄHLER/KRAUSKOPF/STREBEL, in: CH-EU-Wettbewerbsrecht, a.a.O., Rn. 8.119; DAVID et al., a.a.O., Rn. 1335; REINERT, in: SHK-KG, a.a.O., Art. 49*a* N. 16; ZIRLICK/TAGMANN, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 49*a* N. 11; WIPRÄCHTIGER/ZIMMERLIN, a.a.O., S. 211), und zum anderen (ii) der Umsatz als Bemessungsgrundlage für die Sanktionierung heranzuziehen ist, weil der wettbewerbswidrige Gewinn in den allermeisten Fällen gar nicht eindeutig bestimmt werden kann und die Präventionswirkung der direkten Sanktionen nicht durch Beweisschwierigkeiten infrage gestellt werden darf (vgl. Botschaft KG 2004, BBl 2002 2022, 2037). Da die Sanktionierung mittels eines prozentualen Koeffizienten an den Umsatz anknüpft, bedarf es auch keiner exakten Ermittlung des wettbewerbswidrigen Gewinns, weil dieser Betrag gar nicht unmittelbar in eine Sanktion einfliesst. Ungeachtet dieser Erleichterung ist es für einen Nachweis des wettbewerbswidrigen Gewinns als Voraussetzung für dessen Berücksichtigung im Rahmen der Sanktionsbemessung erforderlich, dass die jeweilige Feststellung aufgrund objektiver Anhaltspunkte erfolgt. Eine blosse Schätzung ins Blaue hinein bildet daher keine ausreichende Grundlage für eine Erhöhung der Sanktion. Die in Art. 5 Abs. 1 Bst. b SVKG verwendete Formulierung einer « objektiven Ermittlung » ist in diesem Sinne zu verstehen.

769 Soweit eine objektivierte Abschätzung des mutmasslichen Gewinns möglich ist, haben die Wettbewerbsbehörden den entsprechenden Betrag in die Berechnung der Sanktion einfliessen zu lassen. Ihnen kommt diesbezüglich kein Entschliessungsermessen zu; allein in Bezug auf die Festlegung des Koeffizienten für die Erhöhung des Basisbetrags steht ihnen aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls ein Ermessensspielraum zu.

770 Art. 5 Abs. 1 Bst. b SVKG sieht zudem die Beschränkung vor, dass nur bei einem besonders hohen Gewinn eine Erhöhung vorzunehmen ist. Nach verschiedenen Ansichten bedeutet dies, dass ein normaler wettbewerbswidriger Gewinn bereits durch den Basisbetrag abgegolten sei (vgl. Erläuterungen zur KG-Sanktionsordnung [SVKG] vom 1. Januar

2006, Art. 3 Bst. b; REINERT, in: SHK-KG, a.a.O., Art. 49*a* N. 16; ZIRLICK/TAGMANN, in: BSK-KG, a.a.O., Art. 49*a* N. 69 f., stellen auf den durchschnittlichen wettbewerbswidrigen Gewinn ab, wobei allerdings auf den Widerspruch zum Gesetzeszweck hingewiesen wird; nach DÄHLER/KRAUSKOPF/STREBEL, in: CH-EU-Wettbewerbsrecht, a.a.O., Rn. 8.132, müsse die Sanktion allerdings einen hohen Kartellgewinn übersteigen, wenn eine Gewinnschätzung objektiv möglich sei; gemäss WEBER/VOLZ, a.a.O., Rn. 3.243, soll eine Erhöhung aber nur dann zulässig sein, wenn die berechenbare und nachgewiesene Kartellrente den Basisbetrag übersteige). Dies trifft lediglich für diejenigen Fälle zu, bei denen der mutmassliche Gewinn nicht festgestellt oder abgeschätzt werden kann. In allen anderen Fällen steht diese Beschränkung jedoch in einem offensichtlichen Widerspruch zur Ausgestaltung von Art. 49*a* KG und den nachweislichen gesetzgeberischen Intentionen (vgl. E. 768; so auch bereits die Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468, 621: « Eine Belastung in der Höhe des unrechtmässig erzielten Gewinns wird aber regelmässig die untere Grenze der Sanktion bilden. »), weshalb die Regelung in ihrer wörtlichen Fassung gesetzeswidrig und nicht anzuwenden ist ([…]). Vielmehr ist im Einzelfall durch eine Erhöhung des Basisbetrags sicherzustellen, dass der festgestellte oder abgeschätzte wettbewerbswidrige Gewinn durch die Sanktionierung auch vollständig abgeschöpft wird, weil er ein wesentliches Bemessungskriterium für die Sanktion darstellt (vgl. Botschaft KG 2004, BBl 2002 2022, 2037). Für den Zweck einer vollständigen Abschöpfung ist es dabei unerheblich, ob es sich beim wettbewerbswidrigen Gewinn in absoluten Zahlen, im Verhältnis zum Umsatz oder in Bezug auf sonstige Kriterien um einen besonders hohen, normalen oder niedrigen Betrag handelt. Dies gilt umso mehr, als der vorgesehene Basisbetrag grundsätzlich nur einem unterdurchschnittlichen wettbewerbswidrigen Gewinn entspricht (vgl. E. 632).

771 Als Grundlage für die Abschätzung des mutmasslichen Gewinns, den das vertikal integrierte marktbeherrschende Unternehmen durch die wettbewerbswidrige Umsetzung einer Kosten-Preis-Schere erzielt hat, sind grundsätzlich die gesamten Erträge auf dem Vorproduktmarkt heranzuziehen. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen ist dabei keine Differenzierung zwischen Erträgen aus konzerninternen Transaktionen mit Gruppengesellschaften und Erträgen aus Geschäften mit externen Abnehmern des Vorprodukts vorzunehmen. Aufgrund der wettbewerbswidrigen Wirkungen einer Kosten-Preis-Schere (vgl. E. 417 f.) führt die

konzerninterne Verlagerung der Gewinne vom Endprodukt- auf den Vorproduktmarkt dazu, dass die Abnehmer des Vorprodukts als Konkurrenten auf dem nachgelagerten Endproduktmarkt angesichts einer fehlenden Gewinnmarge über keine ausreichende Wettbewerbsfähigkeit verfügen. Deshalb ist es ihnen nicht möglich, durch Preissenkungen für das Endprodukt in Wettbewerb zum marktbeherrschenden Unternehmen zu treten, um es so unter Wettbewerbsdruck zu setzen, dass dieses die Preise für das Vorprodukt senken muss, um selbst auf dem Endproduktmarkt gleichzeitig konkurrenzfähig und profitabel zu sein. Durch die Umsetzung einer Kosten-Preis-Schere werden demzufolge auch die Erträge aus den internen Transaktionen zwischen den Gruppengesellschaften auf der Stufe sowohl des Vorprodukt- als auch des Endproduktmarkts wirtschaftlich abgesichert. Sie werden demzufolge vom wettbewerbswidrigen Verhalten erfasst und sind folgerichtig im Rahmen des mutmasslichen Gewinns zu berücksichtigen.

772 Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen ist die Ermittlung des mutmasslichen Gewinns nicht auf die Gewinne des Einzelhandelsgeschäfts beschränkt. Denn der Aspekt von unangemessenen Preisen oder einer unzureichenden Marge auf der Einzelhandelsstufe bildet nicht den alleinigen Gegenstand des wettbewerbswidrigen Verhaltens einer Kosten-Preis-Schere; vielmehr ist die Preisgestaltung auf dem Vorproduktmarkt ebenfalls massgeblich für die Umsetzung einer Kosten-Preis-Schere (vgl. E. 401 f.). Im Übrigen würde der entsprechende Ansatz der Beschwerdeführerinnen dazu führen, dass die zusätzliche Sanktionierung bei einem missbräuchlichen Verhalten in Form einer Kosten-Preis-Schere von vornherein ins Leere laufen würde. Aufgrund der nicht ausreichenden Marge im Einzelhandelsgeschäft ergeben sich dort offensichtlich regelmässig erst gar keine Gewinne, die berücksichtigt werden müssten beziehungsweise berücksichtigt werden könnten.

773 Im vorliegenden Fall könnte der mutmassliche Gewinn der Swisscom-Gruppe aufgrund unterschiedlicher Anknüpfungskriterien ermittelt werden. Die Beschwerdeführerinnen haben dargelegt, dass unter sachgerechter Bewertung dieser Anknüpfungskriterien der mutmassliche Gewinn den festgesetzten Basisbetrag deutlich unterschreiten würde, weshalb der mutmassliche Gewinn damit bereits abgegolten wäre. Die Vorinstanz hat trotz ausdrücklicher Instruktion keine Stellungnahme hierzu abgegeben. Daher ist zugunsten der Swisscom-Gruppe von deren Darstellung auszugehen.

774 Der mutmassliche Gewinn wird aus diesen Gründen vorliegend als bereits durch den Basisbetrag abgeschöpft angesehen. Der Basisbetrag ist daher unter Berücksichtigung des durch das wettbewerbswidrige Verhalten erzielten mutmasslichen Gewinns nicht zu erhöhen.

VIII.5.5. Minderungen des Basisbetrags

775–777 (…)

778 Art. 6 SVKG sieht vor, dass beim Vorliegen von mildernden Umständen eine Verminderung der Sanktion vorzunehmen ist. Für sämtliche Varianten eines sanktionierbaren wettbewerbswidrigen Verhaltens wird als mildernder Umstand ausdrücklich die Einstellung der Wettbewerbsbeschränkung spätestens vor der Eröffnung eines Kartellverwaltungsverfahrens gemäss den Art. 26–30 KG statuiert. Für Preis- und Gebietsabsprachen gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG werden mit dem ausschliesslich passiven Verhalten sowie dem Unterlassen von vereinbarten Vergeltungsmassnahmen zwei weitere Milderungsumstände aufgeführt. Allerdings weisen die in der Vorschrift genannten Gründe keinen abschliessenden Charakter auf, wie sich bereits aus der sprachlichen Fassung von Art. 6 Abs. 1 Satz 1 (« insbesondere ») ergibt. Daher sind sonstige mildernde Umstände auch bei der Sanktionierung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens gemäss Art. 7 KG zu berücksichtigen. Im Hinblick auf die entsprechenden Umstände ist zu beachten, dass es sich hierbei nicht um Aspekte handeln kann, die bereits im Hinblick auf die Festlegung des Basisbetrags zu berücksichtigen sind.

779 Aus dem vorliegenden Sachverhalt ergeben sich keine Hinweise auf besondere Aspekte, aufgrund derer das konkrete wettbewerbswidrige Verhalten als weniger schwerwiegend zu qualifizieren wäre und die über solche Gründe hinausgehen, die bereits im Rahmen der Festlegung des Basisbetrags zu berücksichtigen gewesen wären. Insbesondere hat die Swisscom-Gruppe das wettbewerbswidrige Verhalten auch nach Eröffnung der Untersuchung durch die Wettbewerbsbehörden fortgeführt. Bezeichnenderweise werden von den Beschwerdeführerinnen mit Ausnahme des Hinweises auf die bestehende Kartell-Compliance und die Erstmaligkeit der Kosten-Preis-Schere in einem bestimmten Industriebereich auch keine entsprechenden konkreten Gründe aufgeführt.

780 Aus dem Vorbringen der Beschwerdeführerinnen ist ersichtlich, dass zum einen die Preisgestaltung sowohl im Grosshandelsgeschäft als

auch im Einzelhandelsgeschäft in Kenntnis und mit Zustimmung der Geschäftsleitungsebene stattgefunden hat und zum anderen die jeweiligen Produkte und deren Preisgestaltung von der Konzernrechtsabteilung als der für die Kartell-Compliance zuständigen Stelle inhaltlich gutgeheissen worden waren ([…]). Es ist daher offensichtlich, dass das wettbewerbswidrige Verhalten innerhalb der Swisscom-Gruppe nicht an der internen Kontrollstelle für die Kartell-Compliance vorbeigeschleust, sondern von dieser sogar geprüft und nicht beanstandet worden war. Das Bestehen einer Kartell-Compliance kann in diesem Fall daher von vornherein nicht sanktionsmindernd berücksichtigt werden. Eine inhaltliche Prüfung, ob diese Kartell-Compliance überhaupt ordnungsgemäss ausgestaltet war und daher sanktionsmindernd Berücksichtigung finden könnte, erübrigt sich demzufolge.

781 Im Hinblick auf den Umstand des erstmaligen Auftretens einer Kosten-Preis-Schere in einem bestimmten Wirtschaftsbereich ist festzuhalten, dass dieser Umstand kein genereller Milderungsgrund darstellt beziehungsweise darstellen kann. Denn die Missbrauchstatbestände des Art. 7 KG weisen eine wirtschaftsübergreifende Geltung auf. Demzufolge kann ein Unternehmen ein missbräuchliches Verhalten nicht in der Vorstellung umsetzen, dass es milder sanktioniert werde, nur weil in dem von ihm bearbeiteten Wirtschaftsbereich noch kein entsprechender Fall aufgetreten ist. Im Übrigen stellt das vorliegende Verfahren angesichts der Entscheide in Sachen Deutsche Telekom und Telefónica gerade nicht den ersten Fall einer Kosten-Preis-Schere in regulierten Netzindustrien dar – umso mehr, als die Swisscom-Gruppe von der Vorinstanz noch ausdrücklich auf den Entscheid Deutsche Telekom und dessen entsprechende Anwendung im schweizerischen Kartellrecht hingewiesen wurde –, weshalb auch eine Milderung aus diesem Grund nicht in Erwägung zu ziehen ist.

782 Des Weiteren ist zur entsprechenden Einwendung der Beschwerdeführerinnen festzuhalten, dass sich die Unzulässigkeit eines wettbewerbswidrigen Verhaltens gemäss Art. 7 KG nicht erst rechtsgestaltend aus der Verfügung als Untersuchungsergebnis eines Kartellverwaltungsverfahrens ergibt. Vielmehr ist ein wettbewerbswidriges Verhalten gemäss Art. 7 KG ex nunc rechtswidrig und bedarf keines Feststellungs- oder Gestaltungsakts seitens der Wettbewerbsbehörden. Daher ist der Minderungsgrund einer sofortigen Beendigung des wettbewerbswidrigen Verhaltens nach einem ersten Eingreifen des Sekretariats gemäss Art. 6 Abs. 1 SVKG

durchaus auch auf Art. 7 KG anwendbar. Im Übrigen führt die Argumentation der Beschwerdeführerinnen, selbst wenn deren Inhalt als richtig unterstellt würde, von vornherein nicht dazu, dass ein Minderungsgrund gemäss Art. 6 SVKG anzuerkennen wäre.

783 Zu der durch die Vorinstanz vorgenommenen Reduzierung des Erhöhungsbetrags wegen der Dauer des Wettbewerbsverstosses, weil das Ausmass der Wettbewerbsbeeinträchtigung im Jahr 2007 nicht mehr in gleichem Ausmass gegeben gewesen sei, ist festzuhalten, dass sich für das Jahr 2007 keine signifikante Änderung in der Beurteilung des missbräuchlichen Verhaltens mit Bezug auf dessen Schwere ergibt. Im Übrigen wird die Reduzierung von der Vorinstanz auch nur mit solchen Umständen begründet, die nach ihrer eigenen Darstellung erst nach dem massgeblichen Zeitraum im Jahr 2008 auftraten.

VIII.5.6. Maximalsanktion

784 Gemäss Art. 49*a* Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG ist die Belastung in jedem Fall auf 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren erzielten Umsatzes des Unternehmens in der Schweiz als Maximalsanktion zu begrenzen.

785 Massgebend für die Berechnung des inländischen Gesamtumsatzes ist bei Konzernsachverhalten grundsätzlich der um die konzerninternen Umsätze bereinigte jährliche konsolidierte Nettoumsatz der gesamten Unternehmensgruppe. Da der Gesamtumsatz zur Bemessung herangezogen wird, sind konzerninterne Umsätze nicht heranzuziehen, weil diese einen unzutreffenden Eindruck über die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Unternehmensgruppe hervorrufen würden. Soweit allerdings konzerninterne Umsätze im Rahmen der Feststellung des massgeblichen Umsatzes auf den relevanten Märkten zu berücksichtigen sind, gilt dies auch für die Ermittlung des Gesamtumsatzes in der Schweiz. Für die Berechnung der Maximalsanktion sind entsprechend der Regelung für die Berechnung des Basisbetrags regelmässig die drei Geschäftsjahre vor Beendigung der wettbewerbswidrigen Verhaltensweise massgebend.

786 Die Swisscom-Gruppe hat gemäss den einzelnen Geschäftsberichten in den Jahren 2005, 2006 und 2007 einen jährlichen konsolidierten Konzernumsatz in der Höhe von 9 732 Mio. CHF, 9 652 Mio. CHF und 11 089 Mio. CHF erzielt. Diese Umsätze fielen mehrheitlich in der Schweiz an, weil die meisten Gruppengesellschaften und Geschäftseinheiten der Swisscom-Gruppe ausschliesslich in der Schweiz tätig sind. Eine

Ausnahme bildet die Geschäftstätigkeit der italienischen Fastweb, welche im Jahr 2007 von der Swisscom übernommen worden war und im Jahr 2007 einen im Ausland erzielten Umsatz in der Höhe von 1 473 Mio. CHF zum Ergebnis beitrug, der vom jährlichen konsolidierten Konzernumsatz in Abzug zu bringen ist. Die Swisscom-Gruppe weist somit einen konsolidierten Gesamtumsatz in der Höhe von rund 29 000 Mio. CHF auf. Der maximale Sanktionsbetrag würde sich demzufolge auf mindestens rund 2 900 Mio. CHF belaufen. Da der vorgesehene Sanktionsbetrag deutlich unter diesem Gesamtumsatz liegt, bedarf es im vorliegenden Fall keiner möglichen Erhöhung wegen einer Berücksichtigung von konzerninternen Umsätzen im Bereich des Breitbandgeschäftes.

VIII.5.7. Konkreter Sanktionsbetrag

787 Für die Festlegung des konkreten Sanktionsbetrags ist von einem Basisbetrag in der Höhe von CHF 135 299 520.– auszugehen. Der Basisbetrag ist insgesamt um 37,5 % für erschwerende Umstände und somit um einen Betrag in der Höhe von CHF 50 737 320.– zu erhöhen. Eine Verminderung wegen mildernder Umstände ist nicht vorzunehmen. Der vorgesehene Sanktionsbetrag überschreitet den maximal zulässigen Sanktionsbetrag nicht.

788 Aufgrund der durch das Bundesverwaltungsgericht wahrgenommenen vollen Kognition in Bezug auf die vorliegende Angelegenheit ist damit die dem wettbewerbswidrigen Verhalten der Swisscom-Gruppe angemessene Sanktion mit einem Betrag in der Höhe von CHF 186 036 840.– festzulegen.

789–792 (…)

IX. Gesamtbeurteilung der Beschwerde

793 Die Beschwerdeführerinnen haben eine vollständige Aufhebung der Verfügung der Vorinstanz beantragt. Mit dem vorliegenden Urteil wird diesem Antrag nur zu einem geringen Anteil stattgegeben, auch wenn mehrere Änderungen am Dispositiv der angefochtenen Verfügung vorzunehmen sind. Denn der Vorwurf des wettbewerbswidrigen Verhaltens wird durch das vorliegende Urteil im Wesentlichen bestätigt.

794 Der für den Wettbewerbsverstoss festzusetzende Sanktionsbetrag ist entgegen dem ursprünglichen Betrag in der Höhe von CHF 219 861 720.– auf einen Betrag in der Höhe von CHF 186 036 840.–

und damit um 15 % zu reduzieren. Ziffer 3 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung ist entsprechend anzupassen.

795 Die selbstständige Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung in der angefochtenen Verfügung ist aufgrund eines im Laufe des Verfahrens ergangenen Urteils des Bundesgerichts (BGE 137 II 199, Terminierung Mobilfunk) nicht zulässig (vgl. E. 381 f.). Ziffer 1 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung ist demzufolge aufzuheben. Die Aufhebung erlangt im vorliegenden Verfahren allerdings keine selbstständige inhaltliche Bedeutung. Dies auch deshalb, weil die marktbeherrschende Stellung der Swisscom-Gruppe auf dem Grosshandelsmarkt für Breitbandinternetprodukte für das Jahr 2007 bereits durch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen Marktzugang schneller Bitstrom im Februar 2009 ([…]) rechtsverbindlich festgestellt worden war.

796 Aufgrund eines im Laufe des Verfahrens ergangenen Urteils des Bundesgerichts (BGE 137 II 199, Terminierung Mobilfunk) ist die Feststellung eines missbräuchlichen Verhaltens im Dispositiv grundsätzlich weder geboten noch zulässig (vgl. E. 381 f.). Ziffer 2 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung ist demzufolge ebenfalls aufzuheben. Auch diese Aufhebung erlangt im vorliegenden Verfahren allerdings keine selbstständige inhaltliche Bedeutung.

797 Das vorliegende Urteil hat keine Auswirkung auf die vorgenommene Verlegung der vorinstanzlichen Verfahrenskosten ([…]). Ziffer 4 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung bleibt demzufolge bestehen.

798 Der Vollständigkeit halber wird angemerkt, dass die Rechtsmittelbelehrung nicht in das Dispositiv aufzunehmen ist, weil sie durch eine Beschwerdeentscheidung weder aufgehoben noch bestätigt werden muss und sie daher kein Bestandteil der Entscheidformel ist. Auf eine Aufhebung der Ziffer 5 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung wird allerdings verzichtet, weil dieser Umstand im vorliegenden Verfahren keine selbstständige inhaltliche Bedeutung erlangt und die Beschwerdeführerinnen keinen entsprechenden Antrag gestellt haben.

799 Im Ergebnis bedeutet dies, dass die Beschwerdeführerinnen mit ihrer Beschwerde im Wesentlichen unterliegen, wobei der Anteil des Unterliegens 85 % beträgt.

X. Verfahrenskosten und Parteientschädigung

800 Die Auferlegung der Verfahrenskosten – die sich aus Gerichtsgebühr und Auslagen zusammensetzen – sowie die Zusprechung einer Parteientschädigung richten sich nach den Bestimmungen des Reglements des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) sowie den allgemeinen Bestimmungen von Art. 63 und Art. 64 VwVG.

801 Gemäss Art. 2 Abs. 1 VGKE bemisst sich die Gerichtsgebühr nach Umfang und Schwere der Streitigkeit, der Art der Prozessführung und der finanziellen Lage der Parteien, wobei die Art. 3 und Art. 4 VGKE Rahmengebühren für bestimmte Angelegenheiten vorgeben. Gemäss Art. 2 Abs. 2 VGKE kann das Gericht über die Höchstbeträge der Rahmengebühren hinausgehen, wenn besondere Gründe, namentlich eine mutwillige Prozessführung oder ein ausserordentlicher Aufwand, eine Erhöhung rechtfertigen. Vorliegend ist davon auszugehen, dass eine besondere Angelegenheit nach Umfang und Schwere vorlag, die einen ausserordentlichen Aufwand für ihre sachgerechte Bearbeitung erforderte. Allerdings kann der in Art. 63 Abs. 4bis VwVG festgesetzte Höchstbetrag von CHF 50 000.– in keinem Fall überschritten werden (vgl. KIENER/RÜTSCHE/KUHN, a.a.O., Rn. 1567; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rn. 4.22a). Die Gerichtsgebühr ist demzufolge entsprechend dem Höchstbetrag der Rahmengebühr für vermögensrechtliche Streitigkeiten mit einem Streitwert von mehr als 5 Mio. CHF gemäss Art. 3 Abs. 2 VGKE mit einem Betrag in der Höhe von CHF 50 000.– festzusetzen.

802 Gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG hat das Bundesverwaltungsgericht die Verfahrenskosten entsprechend dem Unterliegerprinzip der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Unterliegt eine Partei nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt. In diesem Falle sind die Kosten aufgrund eines allgemeinen prozessualen Grundsatzes im Verhältnis des Obsiegens und Unterliegens zu verteilen (vgl. BGE 132 II 47 E. 3.3; Urteil des BVGer A–5979/2010 vom 9. Juni 2011 E. 4.2; MICHAEL BEUSCH, in: Kommentar VwVG, Art. 63 N. 11).

803 Die Beschwerdeführerinnen unterliegen mit ihrer Beschwerde im Wesentlichen, wobei der Anteil des Unterliegens 85 % beträgt. Die Gerichtsgebühr ist demzufolge mit einem Betrag in der Höhe von CHF 42 500.– festzusetzen.

804 Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG ist einer ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren hin eine Entschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten zuzusprechen (vgl. BVGE 2010/14 E. 8.2.1). Ausgenommen hiervon sind Bundesbehörden, denen gemäss Art. 7 Abs. 3 VGKE kein Anspruch auf eine Parteientschädigung zusteht. Parteikosten sind dann als notwendig zu qualifizieren, wenn sie für eine sachgerechte und wirksame Rechtsverfolgung unerlässlich erscheinen (vgl. Urteile des BVGer B–7307/2014 vom 29. Januar 2015 S. 5 f.; D–2572/2007 vom 4. Oktober 2007 E. 4; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rn. 4.68).

805 Die Parteientschädigung umfasst gemäss Art. 8 VGKE die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere Auslagen der Partei. Als Kosten der Vertretung gelten gemäss Art. 9 VGKE zum einen das Anwaltshonorar oder die Entschädigung für eine nicht berufsmässige Vertretung, für welche Art. 10 VGKE weitere Regelungen zur inhaltlichen Bestimmung statuiert, sowie die Auslagen der Vertretung insbesondere in Form von Reise, Verpflegungs-, Übernachtungs-, Kopier-, Post- und Telefonkosten, deren inhaltliche Spezifizierung durch Art. 11 VGKE erfolgt. Allfällige weitere Auslagen umfassen gemäss Art. 13 VGKE Spesen einer Partei im Umfang von Art. 11 VGKE, soweit sie CHF 100.– übersteigen, sowie unter gewissen Umständen den Verdienstausfall einer Partei.

806 Die Beschwerdeführerinnen wurden im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht durch Mitarbeiter des Konzernrechtsdiensts vertreten. Gemäss Art. 9 Abs. 2 VGKE ist für Vertreter, die in einem Arbeitsverhältnis zur vertretenen Partei stehen, keine Entschädigung geschuldet. Die Beschwerdeführerinnen machen eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 191 226.40 inklusive Mehrwertsteuer geltend, die sich aus den Honorarnoten für das ergänzende Rechtsgutachten NIGGLI/RIEDO in der Höhe von CHF 52 500.– sowie für die Beiziehung eines externen Rechtsanwalts zur internen Abklärung von Rechtsfragen in der Höhe von CHF 138 726.40 zusammensetzen.

807 Die Regelungen der VGKE zur Parteientschädigung sehen nicht vor, dass von einer Partei in Auftrag gegebene Parteigutachten zu entschädigen sind. Aufgrund des im Verwaltungsverfahren geltenden Untersuchungsgrundsatzes sowie der juristischen Fachkompetenz des Gerichts sind jedenfalls Honorare für Rechtsgutachten grundsätzlich nicht als notwendige Parteikosten zu qualifizieren. Dies gilt im vorliegenden Fall umso mehr, als die im Gutachten geltend gemachten Rechtspositionen von

der Vorinstanz vollumfänglich bestritten sowie durch vorgängige Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Bundesgerichts nicht anerkannt wurden und auch im vorliegenden Verfahren keine wesentliche inhaltliche Berücksichtigung finden. Auch unter Beachtung der von den Beschwerdeführerinnen angeführten Verfahren in anderen Rechtsbereichen, bei denen eine Entschädigung für Parteigutachten zugesprochen wurde (vgl. BGE 115 V 62 E. 5d; Urteil des BGer 9C_544/2007 vom 28. April 2008 E. 6.1; zustimmend MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rn. 4.80), ergibt sich keine andere Beurteilung. Das geltend gemachte Honorar für das Rechtsgutachten NIGGLI/RIEDO ist daher nicht zu erstatten.

808 Die Mitwirkung eines Rechtsanwalts bei der Bearbeitung der Angelegenheit aufseiten eines Beschwerdeführers ist gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a VGKE dann erstattungsfähig, wenn der Rechtsanwalt die Partei im Rahmen des Verfahrens vor Gericht vertritt. Die Beiziehung eines Rechtsanwalts zur unternehmensinternen Bearbeitung der Angelegenheit stellt keine verfahrensrechtliche Vertretung einer Partei gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a VGKE dar. Die interne Beiziehung eines Rechtsanwalts kann im Hinblick auf eine allfällige Entschädigungspflicht durch die anderen Verfahrensbeteiligten auch nicht als sachdienlich erachtet werden. Denn unter diesen Umständen ist von vornherein weder feststellbar noch gesichert, dass dessen Tätigkeit für die Rechtsverfolgung unerlässlich ist, weil keinerlei Kenntnis über die von ihm tatsächlich vorgenommene Bearbeitung und Beurteilung der Angelegenheit erlangt wird. Das Honorar für die interne Beiziehung eines Rechtsanwalts ist daher nicht zu erstatten. Dies gilt auch für die damit in Zusammenhang stehenden und geltend gemachten Kosten.

809 Den Beschwerdeführerinnen ist demzufolge keine Parteientschädigung zuzusprechen.