



Bern, 21. November 2007

Teilverfügung

der Eidgenössischen Kommunikationskommission ComCom

Zusammensetzung Marc Furrer, Präsident, Christian Bovet, Vizepräsident,
Monica Duca Widmer, Reiner Eichenberger,
Jean-Pierre Hubaux, Beat Kappeler, Hans-Rudolf Schurter

in Sachen **Sunrise Communications AG**, Hagenholzstrasse 20/22, 8050 Zürich,
vertreten durch [...]

Gesuchstellerin

gegen **Swisscom Fixnet AG**, Hauptsitz, 3050 Bern,
vertreten durch [...]

Gesuchsgegnerin

betreffend **Zugang zum schnellen Bitstrom**



1. Prozessgeschichte

Mit Gesuch vom 10. April 2007 stellte die Gesuchstellerin beim Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) zuhanden der Eidg. Kommunikationskommission (ComCom) ein Gesuch um Erlass einer Zugangsverfügung mit folgenden Anträgen:

1. *Swisscom Fixnet sei zu verpflichten, Sunrise auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen den schnellen Bitstrom-Zugang zu gewähren.*
2. *Swisscom Fixnet sei zu verpflichten, den verlangten Zugang für sämtliche heute und in Zukunft jeweils technisch realisierbaren Varianten zu gewähren.*

Verfahrensantrag:

3. *Es sei vorab in einem Teilentscheid festzustellen, ob Swisscom Fixnet bezüglich des schnellen Bitstrom-Zugangs marktbeherrschend ist.*

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen

Zur Begründung wies sie unter anderem darauf hin, dass sie erstmals mit Schreiben vom 22. März 2007 und ein weiteres Mal mit Schreiben vom 2. April 2007 bei der Gesuchsgegnerin die Aufnahme von Verhandlungen, unter anderem auch über die Zugangsform des schnellen Bitstromzugangs, verlangt habe. Da die Gesuchsgegnerin jedoch ihre Überzeugung wiederholt und öffentlich kommuniziert habe, sie müsse und werde den schnellen Bitstromzugang nicht anbieten, verzichte Sunrise bewusst darauf, eine Antwort von Swisscom Fixnet und die in Art. 11a Abs. 1 FMG vorgesehenen Verhandlungen von drei Monaten abzuwarten. Aufgrund der fehlenden Verhandlungsbereitschaft der Gesuchsgegnerin würde ein Abwarten der Dreimonatsfrist lediglich zu einer Verzögerung des vorliegenden Verfahrens führen.

Ihren Verfahrensantrag, vorab im Rahmen eines Teilentscheids die Frage zu klären, ob der Gesuchsgegnerin in Bezug auf den schnellen Bitstromzugang eine marktbeherrschende Stellung zukomme, begründete sie damit, dass dadurch verhindert werden könne, dass Beweismassnahmen angeordnet und Arbeiten getätigt würden, die sich im Nachhinein als unnötig erweisen könnten. Angesichts der Komplexität und Zeitintensivität der im Rahmen dieser Verfahren zu tätigen Beweiserhebungen könnten durch die vorläufige Beschränkung auf die Marktbeherrschungsfrage nicht nur die Verfahrensparteien entlastet werden, sondern die involvierten Behörden könnten dadurch insbesondere auch ihre Ressourcen gezielt einsetzen.

Zur Frage der Marktbeherrschung der Gesuchsgegnerin verwies die Gesuchstellerin auf das diesbezüglich bereits im Jahr 2004 erstellte Gutachten der Wettbewerbskommission (WEKO) und machte insbesondere geltend, die Situation habe sich seit dieser Einschätzung nicht geändert. Weder gegenwärtig noch in naher Zukunft gebe es Alternativen zum Anschlussnetz von Swisscom Fixnet. Letztere werde sich auch künftig im Markt für Breitbanddienste weitgehend unabhängig verhalten können.

In Ihrer Stellungnahme vom 4. Mai 2007 stellte Swisscom Fixnet AG die folgenden Anträge:

Hauptantrag

Die Anträge 1 und 2 von Sunrise vom 10. April 2007 seien abzuweisen.

Verfahrensanträge

1. *Der Antrag 3 von Sunrise vom 10. April 2007 sei gutzuheissen.*
2. *Im Rahmen der Instruktion seien die aktuellen Marktverhältnisse vom Bundesamt für Kommunikation umfassend abzuklären und gestützt darauf sei die Wettbewerbskommission gemäss Artikel 11a Absatz 2 FMG zu beauftragen, ein neues Gutachten zur Frage der Marktbeherrschung hinsichtlich des schnellen Bitstrom-Zugangs zu erstellen.*



3. *Den Parteien sei Gelegenheit zu geben, zur Sachverhaltsfeststellung (Marktabklärung), zur Auftragserteilung des Bundesamtes für Kommunikation an die Wettbewerbskommission wie auch zum Gutachten der Wettbewerbskommission Stellung zu nehmen.*

Unter Kostenfolge zulasten von Sunrise

Die Gesuchsgegnerin begründet ihren Hauptantrag insbesondere damit, dass Swisscom Fixnet auf dem relevanten Markt über keine beherrschende Stellung verfüge, weshalb die Voraussetzungen für die Gutheissung der Anträge 1 und 2 der Gesuchstellerin nicht gegeben seien. Ziel des Fernmeldegesetzes (FMG) sei es, der Bevölkerung und Wirtschaft vielfältige, preiswerte, qualitativ hoch stehende sowie national und international konkurrenzfähige Fernmeldedienste anzubieten. Im Zentrum stehe mithin der Endkunde. Würden die erwähnten Ziele auf dieser Marktstufe erreicht, sei eine subsidiär durchzuführende Zugangsregulierung im Grosskundenmarkt unnötig. Würde die Zugangsregulierung ohne nachgewiesenen Bedarf oder sogar zum blossen Selbstzweck eingesetzt, hätte die Regulierung Wirkungen, welche im Widerspruch zum Willen des Gesetzgebers stünden. Statt den Wettbewerb zu schützen, würden dadurch bloss einzelne Mitbewerber gefördert. Umverteilungswirkungen statt vermehrte Effizienz wären die Folgen. Da die Endkunden jedoch von derartigen, staatlich verordneten Umverteilungen auf vorgelagerten Marktstufen in der Regel kaum profitierten, stünden diese im Widerspruch zum Zweckartikel des FMG. Unter Hinweis auf verschiedene Studien legt die Gesuchsgegnerin dar, dass im schweizerischen Breitbandmarkt ein erfreulicher Infrastrukturwettbewerb herrsche und deshalb kein Handlungsbedarf für einen staatlichen Eingriff in den Breitbandinternetmarkt ersichtlich sei.

In Bezug auf die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes müsse deshalb der Einfluss der Wettbewerbsverhältnisse im Endkundenmarkt auf den Grosskundenmarkt berücksichtigt werden. Zwecks Marktabgrenzung seien bei den leitungsgebundenen Technologien nicht nur das Kabelinternet, sondern auch die Glasfaserleitungen, die Powerline Technologie sowie die mit der FMG-Revision eingeführten neuen Zugangsdienste als Substitute zu betrachten. Bei den sich in den letzten Jahren stark entwickelten drahtlosen Technologien könne etwa das auf UMTS beruhende, von Swisscom Mobile AG seit Frühjahr 2006 angebotene HSDPA als gleichwertig angesehen werden. Wie sich im Rahmen von Tests zur Sicherung des Breitbandzugangs in der Grundversorgung ergeben habe, könnten auch die Erschliessungen über Satellit, mit der WiMAX-Technologie sowie mit sogenannten WLAN Punkt-zu-Punkt Verbindungen als für die Herstellung von Breitband-Internetverbindungen geeignet angesehen werden. Der sachlich relevante Markt umfasse deshalb die erwähnten leitungsgebundenen und drahtlosen Technologien sowie die neuen Zugangsdienste, was grundsätzlich sowohl für den Endkunden- als auch für den Grosskundenmarkt gelte. Zum aktuellen Wettbewerb hält die Gesuchsgegnerin fest, dass die Anzahl der ADSL-Kunden seit 2003 grösser sei als diejenige der Kabelinternet-Kunden und dass im ersten Fall auch der Kundenzuwachs grösser sei. Ein wesentlicher Grund liege darin, dass Swisscom Fixnet entschieden habe, die ADSL-Plattform mittels Wohlesaleangebot auch andern Vermarktungspartnern zu überlassen. Zudem spielten, wie regelmässig durchgeführte, repräsentative Umfragen zeigten, auch Qualitäts- und Serviceaspekte eine Rolle. Hingegen fielen nach ihrer Ansicht für die Kunden keine wesentlichen Wechselkosten an. Insgesamt Sorge der Wettbewerb im schweizerischen Breitbandmarkt für eine rasante technologische Entwicklung zugunsten der Endkunden, was in Bezug auf die Marktstellung von Swisscom bedeute, dass ein unabhängiges Verhalten nicht möglich sei.

Der Verhaltensspielraum könne überdies nicht nur von aktuellen, sondern auch von potentiellen Konkurrenten derart beschränkt werden, dass ein in wesentlichem Umfang unabhängiges Verhalten unmöglich sei. Unter diesem Aspekt gelte es zu beachten, dass auf der Basis der im FMG neu regulierten Dienste Fernmeldediensteanbieterinnen nun die Möglichkeit hätten, über den vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss und über den Zugang zu Kabelkanalisationen eigene Telekommunikationsdienste zu erbringen, wobei Swisscom Fixnet aufgrund der Regulierung keine Möglichkeit habe, die Kostenstruktur der Nachfragerinnen so zu beeinflussen, dass ein Markteintritt unmöglich sei. Weiter zunehmende Bedeutung werde zudem auch die Erschliessung mit Glasfaserkabel



erlangen. Dem Beispiel von Zürich und Sierre würden künftig auch kleinere Städte und Gemeinden folgen.

Schliesslich sei auch zu berücksichtigen, dass Cablecom als grösste Kabelnetzbetreiberin ihr Netz alleine aufgrund eines strategischen Entscheids Drittanbieterinnen nicht zur Verfügung stelle, was aber für Swisscom Fixnet und die anderen Marktteilnehmerinnen bedeute, dass jederzeit mit einem Eintritt von Cablecom in den Grosskundenmarkt gerechnet werden müsse, was im Übrigen auch in Bezug auf die anderen Kabelnetzbetreiberinnen gelte. Aus all dem ergebe sich, dass Swisscom Fixnet nicht marktbeherrschend sei, dass vom aktuellen und potentiellen Infrastrukturwettbewerb vielmehr eine starke disziplinierende Wirkung ausgehe, welche es ihr verunmögliche, sich in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

Im Hinblick auf die Erteilung eines Auftrags an die Wettbewerbskommission (WEKO) zur Erstellung eines Gutachtens zur Frage der Marktbeherrschung initiierte das BAKOM mit Schreiben vom 8. Juni 2007 eine Marktbefragung und liess fünfzig Marktteilnehmenden einen Fragebogen zukommen, den es aufgrund der Vorschläge der WEKO erstellt hatte. Unter Ansetzung von Nachfristen gingen schlussendlich 36 Antworten ein. Mit Schreiben vom 20. Juli 2007 ersuchte das BAKOM die WEKO um Erstellung eines Gutachtens zur Frage der Marktbeherrschung von Swisscom Fixnet hinsichtlich des schnellen Bitstromzugangs. Das beantragte Gutachten mit Datum vom 3. September 2007 traf am 5. September 2007 beim BAKOM ein. Die WEKO kommt darin zum Schluss, dass Swisscom Fixnet AG in Bezug auf den schnellen Bitstromzugang als marktbeherrschende Anbieterin von Fernmeldediensten gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG zu qualifizieren ist. Auf die Erwägungen der WEKO wird, soweit nötig, unter Ziffer 2.6 näher eingegangen.

Mit Schreiben vom 7. September 2007 stellte das BAKOM den Verfahrensparteien das WEKO-Gutachten vom 3. September 2007 zur Stellungnahme zu. Mit Schreiben vom 3. Oktober 2007 pflichtete die Gesuchstellerin den Schlussfolgerungen des Gutachtens bei und wies darauf hin, dass Swisscom Fixnet im Breitband-Endkundenmarkt stärker geworden sei, während Cablecom Marktanteile verliere. Die Marktabklärung habe zudem gezeigt, dass sich die von Swisscom Fixnet seit Jahren angeführten, angeblich alternativen Technologien in den letzten Jahren nicht durchsetzen konnten. Auch sei eine Änderung dieser Situation in den nächsten Jahren nicht absehbar.

Swisscom Fixnet reichte ihre Stellungnahme mit Schreiben vom 17. Oktober 2007 ein, nachdem ihr das BAKOM auf Gesuch hin eine entsprechende Fristverlängerung gewährt hatte. Die Gesuchsgegnerin stellte darin folgende Anträge:

- 1. Im Rahmen der Instruktion sei die WEKO vom BAKOM zu beauftragen, das Gutachten neu zu erstellen oder zumindest in den wesentlichen Punkten umfassend zu überarbeiten.*
- 2. Danach sei den Parteien wiederum Gelegenheit zu geben, zum neuen resp. überarbeiteten Gutachten Stellung zu nehmen.*

Die Gesuchsgegnerin begründet ihre Anträge insbesondere damit, dass das WEKO-Gutachten in zentralen Punkten der Analyse von falschen Annahmen ausgehe, die korrigiert werden müssten. Im Weiteren untersuche es die Wettbewerbsverhältnisse ungenügend und den Einfluss des Retailmarktes auf den Wholesalemärkte überhaupt nicht, wodurch es die im Beschwerdeentscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO/WEF) aufgestellten Grundsätze und Vorgaben klar missachte. Dadurch, dass es einseitig Argumente gegen Swisscom Fixnet verwende, verletze es überdies den Untersuchungsgrundsatz.

Auf die weiteren Vorbringen der Gesuchsgegnerin wird, soweit nötig, unter den nachfolgenden Ziffern einzugehen sein.



2. Rechtliches

2.1. Zuständigkeit

Gemäss Art. 11a Abs. 1 FMG verfügt die Eidgenössische Kommunikationskommission (ComCom) die Bedingungen des Zugangs auf Gesuch einer Partei und auf Antrag des Bundesamtes für Kommunikation (BAKOM), wenn sich die Anbieterinnen von Fernmeldediensten nicht innerhalb von drei Monaten darüber einigen.

Mit Gesuch vom 10. April 2007 zuhanden der ComCom beantragt Sunrise, Swisscom Fixnet sei zu verpflichten, ihr auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen den schnellen Bitstromzugang für sämtliche heute und in Zukunft jeweils technisch realisierbaren Varianten zu gewähren.

Der schnelle Bitstromzugang während vier Jahren stellt gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. b FMG eine der sechs seit dem 1. April 2007 neu geltenden Zugangsformen dar, welche marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen auf transparente, nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen gewähren müssen.

Die ComCom ist damit für den Entscheid über das vorliegende Gesuch zuständig.

2.2. Verhandlungsprimat

Gemäss Art. 11a Abs. 1 FMG kann die ComCom grundsätzlich erst um eine Verfügung der Zugangsbedingungen angegangen werden, wenn die beteiligten Anbieterinnen sich vorgängig nicht innerhalb von drei Monaten haben einigen können. Der Gesetzgeber räumt damit der rechtsgeschäftlichen Einigung der Parteien Priorität gegenüber der behördlichen Festsetzung der Zugangsbedingungen ein (Verhandlungsprimat). Bei dieser Dreimonatsfrist handelt es sich nach Ansicht des Bundesgerichts um eine eigenständige, spezialgesetzliche Prozess- und Eintretensvoraussetzung (BGE 2A.276/2006 vom 12. Juli 2006, E.2.3).

Dieses Verhandlungsprimat kann jedoch nur zum Zuge kommen, wenn die um Gewährung des Zugangs ersuchte Fernmeldediensteanbieterin zu Verhandlungen über den Zugang überhaupt bereit ist. Lehnt sie Verhandlungen ab oder verzichtet sie wie vorliegend unter Berufung auf die fehlende Marktbeherrschung überhaupt darauf, das gesetzlich vorgeschriebene Basisangebot (Art. 53 Abs. 1 Verordnung über Fernmeldedienste, FDV) zu veröffentlichen und damit eine entsprechende Verhandlungsofferte zu machen, kann das Verhandlungsprimat keine Wirkung haben. Der nachfragenden Fernmeldediensteanbieterin muss es in einem solchen Fall wegen der Unmöglichkeit einer Verhandlungsaufnahme unbenommen sein, die ComCom umgehend anzurufen. Das Abwarten der Dreimonatsfrist hätte lediglich eine nicht zu rechtfertigende Verzögerung der Durchsetzung ihrer im Verfahren zu klärenden Rechtsansprüche zur Folge. Folgerichtig macht denn auch die Gesuchsgegnerin nicht geltend, auf das Gesuch sei mangels Erfüllung der genannten spezialgesetzlichen Prozessvoraussetzung nicht einzutreten.

Auf das Gesuch vom 10. April 2007 ist deshalb einzutreten, auch wenn es lediglich wenige Tage nach Inkrafttreten des neuen Art. 11 FMG und der Einführung der entsprechenden Zugangsform zuhanden der ComCom eingereicht worden ist und damit die in Art. 11a Abs. 1 FMG vorgesehene dreimonatige Verhandlungsfrist nicht eingehalten worden ist.

2.3. Teilentscheid

2.3.1. Allgemeines

Die Gesuchstellerin stellt in ihrem Gesuch den Verfahrensantrag, es sei vorab in einem Teilentscheid festzustellen, ob Swisscom Fixnet bezüglich des schnellen Bitstromzugangs marktbeherrschend sei. Swisscom Fixnet ihrerseits beantragt Gutheissung dieses Antrags. Beide Seiten begründen ihre Hal-



tung damit, dass das Verfahren durch einen entsprechenden Teilentscheid effizient und Ressourcen schonend durchgeführt werden könne und vermieden werde, dass den Parteien und Behörden allenfalls grosser unnötiger Aufwand erwachse. Die Gesuchstellerin weist insbesondere darauf hin, dass davon auszugehen sei, dass die Gesuchsgegnerin von sich aus ein Angebot für den schnellen Bitstromzugang unterbreiten werde, sollte die Marktbeherrschung bejaht werden.

Mit einem Teilentscheid oder einer Teilverfügung wird gemäss Lehre und Rechtsprechung über einen Teil des Verfügungsgegenstands, resp. über einen Grundsatz- oder Teilaspekt des Streitgegenstands entschieden und damit das Verfahren insoweit endgültig erledigt (Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 1983, S. 140f; BGE 117 Ib 327). Vorliegend ist allerdings zu beachten, dass ein Teilentscheid nur in Frage stehen kann, wenn die Marktbeherrschung von Swisscom Fixnet zu bejahen ist. Ist sie hingegen zu verneinen, wird das Gesuch im Rahmen eines umfassenden Endentscheids abzuweisen sein.

Den Parteien ist zuzustimmen, dass die vorgängige Klärung der Marktbeherrschung von Swisscom Fixnet im Bereich des schnellen Bitstromzugangs im Rahmen eines Teilentscheids verhindert, dass ein aufwändiges und komplexes Beweisverfahren durchgeführt wird, das sich schliesslich als umsonst erweist für den Fall, dass die Marktbeherrschung durch die Beschwerdeinstanz verneint wird. Ein solches Vorgehen hat im umgekehrten Fall allerdings auch zur Folge, dass sich die Umsetzung des vom Gesetzgeber anvisierten Zugangsregimes und die dadurch zu erzielende Marktöffnung weiter verzögern, was grundsätzlich nicht im öffentlichen Interesse sein kann. Gibt jedoch selbst die Gesuchstellerin einen Aufwand und Ressourcen schonenden prozessualen Vorgehensweise Vorrang gegenüber einer möglichst raschen erstinstanzlichen Festlegung der Zugangsbedingungen, besteht kein Grund, dieser Präferenz nicht zu folgen.

2.3.2. Inhalt des Teilentscheids

Damit stellt sich die Frage, wie ein entsprechender Teilentscheid auszugestalten ist. Über Tatsachen kann rechtsgültig nicht verfügt werden. Verfügungen legen vielmehr Rechtsverhältnisse fest. Sie müssen auf deren Begründung, Änderung oder Aufhebung gerichtet sein (Gygi, a.a.O., S. 132).

Ein antragsgemässer Entscheid über die Frage, ob die Gesuchsgegnerin im Bereich des schnellen Bitstromzugangs marktbeherrschend sei, würde für sich allein noch kein Rechtsverhältnis regeln. Vielmehr handelte es sich dabei alleine um eine Tatsachenfeststellung, die grundsätzlich Teil der Entscheidungsbegründung zu bilden hätte. Inhalt des Teilentscheids muss vielmehr die Rechtsfolge bilden, die sich aus einer allfälligen Marktbeherrschung der Gesuchsgegnerin ergibt, nämlich die Pflicht zur Gewährung des schnellen Bitstromzugangs und damit verbunden, die Pflicht zur Veröffentlichung eines Basisangebots gemäss Art. 53 Abs. 1 FDV.

Kommt die ComCom somit nachfolgend zum Schluss, Marktbeherrschung von Swisscom Fixnet im Bereich des schnellen Bitstromzugangs liege vor, wird im Rahmen eines Teilentscheids festzustellen sein, dass sie zur Gewährung des Zugangs im Sinne von Art. 11 FMG und damit zur Veröffentlichung eines Basisangebots gemäss Art. 53 FDV, unter Einhaltung insbesondere einer kostenorientierten Preisgestaltung nach Art. 54 FDV, verpflichtet ist. Damit spricht sie der Gesuchstellerin nicht mehr oder anderes zu als von ihr beantragt. Kommt die ComCom hingegen zum Schluss, Marktbeherrschung sei nicht gegeben, wird das Gesuch in einem Endentscheid abzuweisen sein.

2.4. Weitere Verfahrensanträge und rechtliches Gehör

2.4.1. Verfahrensanträge der Gesuchsgegnerin gemäss Stellungnahme vom 4. Mai 2007 und rechtliches Gehör

In ihrer Stellungnahme vom 4. Mai 2007 stellt Swisscom Fixnet die weiteren Verfahrensanträge, im Rahmen der Instruktion seien die aktuellen Marktverhältnisse vom BAKOM umfassend abzuklären und gestützt darauf sei die Wettbewerbskommission gemäss Art. 11a Abs. 2 FMG zu beauftragen, ein



neues Gutachten zur Frage der Marktbeherrschung hinsichtlich des schnellen Bitstromzugangs zu erstellen (Verfahrensantrag 2) und den Parteien sei Gelegenheit zu geben, zur Sachverhaltsfeststellung (Marktklärung), zur Auftragserteilung des BAKOM an die Wettbewerbskommission wie auch zum Gutachten der Wettbewerbskommission Stellung zu nehmen (Verfahrensantrag 3).

Das BAKOM hat unter Beizug der Wettbewerbskommission eine schriftliche Marktbefragung durchgeführt und dabei die massgeblichen Anbieterinnen von Breitbanddienstleistungen einbezogen. Gestützt auf die insgesamt eingegangenen 36 Antworten hat sie die Wettbewerbskommission anschliessend beauftragt, ein neues Gutachten zur Frage der Marktbeherrschung von Swisscom Fixnet im Bereich des schnellen Bitstromzugangs zu erstellen. Sie ist somit dem Antrag der Gesuchsgegnerin nachgekommen und hat die Marktverhältnisse neu untersuchen lassen.

Was das rechtliche Gehör der Parteien betrifft, hat das BAKOM die Parteien zwar weder zum Inhalt des in der Marktbefragung verwendeten Fragebogens noch zur Auftragserteilung an die Wettbewerbskommission vorgängig zur Stellungnahme eingeladen. Es hat jedoch die Parteien in die Marktbefragung einbezogen und ihnen Gelegenheit gegeben, sich diesbezüglich mit den gestellten, offen formulierten Fragen auseinanderzusetzen und dabei auch weitere, nicht direkt nachgefragte Bemerkungen anzubringen. Nach Eingang des Gutachtens der Wettbewerbskommission wurde den Parteien zudem die Möglichkeit eingeräumt, umfassend dazu Stellung zu nehmen.

Selbstverständlich ist die Instruktionsbehörde verpflichtet, die Rechte der Parteien im Verfahren, namentlich den Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021), vollumfänglich zu wahren. Indem die Instruktionsbehörde den Parteien Gelegenheit gab, sich zum WEKO-Gutachten zu äussern, hat sie dies getan. Die Gesuchsgegnerin hat nach einer gewährten Fristverlängerung denn auch ausgiebig von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht. Die Instruktionsbehörde ist nicht gehalten, den Parteien vor jedem einzelnen prozessualen Schritt wieder Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Andernfalls wäre die vom Gesetzgeber vorgegebene Frist von sieben Monaten (Art. 11a Abs. 3 FMG) von vornherein illusorisch. Es muss genügen, wenn die Parteien die Möglichkeit haben, zu allen relevanten Sachverhalts- und Rechtsfragen so rechtzeitig Stellung zu nehmen, dass ihre Argumente im Entscheid Berücksichtigung finden können. Dies ist vorliegend geschehen, weshalb die Instruktionsbehörde den Anspruch auf rechtliches Gehör der Parteien vollumfänglich gewahrt hat.

Auf Seite 10 des Anhangs zu ihrer Stellungnahme vom 17. Oktober 2007 weist die Gesuchsgegnerin unter Bezugnahme auf Art. 28 VwVG darauf hin, dass ihr aufgrund der Abdeckungen im WEKO-Gutachten eine abschliessende Stellungnahme in Bezug auf die potenzielle Konkurrenz durch neue Zugangsmöglichkeiten erst möglich sei, wenn ihr vom wesentlichen Inhalt der Aussage Kenntnis gegeben worden sei. Die Gesuchsgegnerin verweist damit auf einen Passus im Gutachten, in dem beispielhaft als Geschäftsgeheimnis deklarierte Aussagen des Elektrizitätswerks der Stadt Zürich (EWZ) über die Anzahl ihrer künftigen Glasfaseranschlüsse und über die Art und Weise des weiteren Ausbaus zitiert werden. Da die WEKO jedoch gerade gestützt auf dieses Beispiel die Entstehung eines entsprechenden potenziellen Wettbewerbs in einzelnen Ballungszentren wie Zürich bejaht, wird nicht zum Nachteil der Gesuchsgegnerin auf die abgedeckten Informationen abgestellt. Dass die WEKO den Schluss zieht, derartige regionale Marktzutritte könnten nicht als genügende Konkurrenz zum flächendeckenden Angebot von Swisscom erachtet werden, ergibt sich nicht aus den abgedeckten Stellen. Im Übrigen sind in letzter Zeit verschiedentlich Zeitungsartikel zu den Ausbauplänen der EWZ erschienen (u.a. NZZ vom 31.10.2007, „Das EWZ ist mit dem Bau des Glasfasernetzes auf Kurs“), worin der Umfang der Ausbaupläne in etwa ersichtlich wird. Die Gesuchsgegnerin kann deshalb in diesem Fall aus Art. 28 VwVG keinen Anspruch auf nochmalige Stellungnahme ableiten.

Die Instruktionsbehörde hat den Verfahrensanträgen der Gesuchsgegnerin somit in rechtsgenügender Weise Beachtung geschenkt und ihren Anspruch auf rechtliches Gehör gewahrt.



2.4.2. Verfahrensanträge der Gesuchsgegnerin in ihrer Stellungnahme vom 17. Oktober 2007

In ihrer Stellungnahme vom 17. Oktober 2007 stellt die Gesuchsgegnerin die Anträge, die WEKO sei vom BAKOM im Rahmen der Instruktion zu beauftragen, das Gutachten neu zu erstellen oder zumindest in den wesentlichen Punkten umfassend zu überarbeiten (Antrag 1) und danach sei den Parteien wiederum Gelegenheit zu geben, zum neuen, resp. überarbeiteten Gutachten Stellung zu nehmen (Antrag 2).

Wie unter Ziff. 2.6 darzulegen sein wird, besteht kein Grund, eine Neuerstellung oder wesentliche Überarbeitung des Gutachtens zu erwirken. Zwar ist der Gesuchsgegnerin zuzugestehen, dass das WEKO-Gutachten in einzelnen Fällen Ungenauigkeiten enthält. Die ComCom hat die Expertise der WEKO jedoch genau geprüft und dabei festgestellt, dass diese Ungenauigkeiten keinen Einfluss auf die Beantwortung der Marktbeherrschungsfrage haben und die Schlussfolgerungen der WEKO deshalb nicht zu beeinträchtigen vermögen (vgl. Ziff. 2.6.4.1.2). Die Anträge der Gesuchsgegnerin sind deshalb abzuweisen.

2.5. Pflicht zur Gewährung des Zugangs

Gemäss Art. 11 Abs. 2 Bst. b FMG haben marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen während vier Jahren den schnellen Bitstromzugang zu gewähren. Die vierjährige Frist beginnt gemäss Art. 59 Abs. 3 FDV im Zeitpunkt der effektiven Verfügbarkeit eines flächendeckenden, den gesetzlichen Anforderungen entsprechenden Angebots zu laufen.

Die Gesuchsgegnerin bestreitet, in Bezug auf den schnellen Bitstromzugang marktbeherrschend zu sein und hat es deshalb unterlassen, ein entsprechendes Angebot zu veröffentlichen. Vorliegend ist deshalb vorerst die Frage der Marktbeherrschung zu klären.

2.6. Marktbeherrschung

2.6.1. Allgemeines

Ist im Rahmen eines Zugangsverfahrens die Frage der Marktbeherrschung zu beurteilen, so hat das BAKOM als Instruktionsbehörde gemäss Art. 11a Abs. 2 FMG die Wettbewerbskommission (WEKO) zu konsultieren. Die Gesuchsgegnerin bestreitet, im Bereich des schnellen Bitstromzugangs marktbeherrschend zu sein. Mit Schreiben vom 20. Juli 2007 hat das BAKOM deshalb die WEKO beauftragt, ein Gutachten zur Frage der Marktbeherrschung von Swisscom Fixnet im Bereich des schnellen Bitstromzugangs zu erstellen.

Die Frage, ob eine Anbieterin auf dem relevanten Markt gemäss Art. 11 FMG eine beherrschende Stellung einnimmt, entscheidet sich nach der im Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz; KG, SR 251) enthaltenen Definition. Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG gelten als marktbeherrschende Unternehmen einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Zur Klärung dieser Frage ist einerseits der sachlich und andererseits der räumlich relevante Markt zu bestimmen (vgl. Ziff. 2.6.3). Der sachlich relevante Markt umfasst gemäss Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) jene Waren oder Dienstleistungen, die aus der Sicht der Marktgegenseite hinsichtlich Eigenschaften und Verwendungszweck substituierbar sind. Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlich relevanten Markt umfassenden Waren und Dienstleistungen nachfragt oder anbietet. Marktgegenseite bilden im vorliegenden Fall die Fernmeldediensteanbieterinnen, welche den schnellen Bitstromzugang oder entsprechende Substitute nachfragen. Mithin geht es um den Grosskundenmarkt (vgl. unter Ziff. 2.6.3.1.2).



Die Gesuchsgegnerin argumentiert in ihrer Stellungnahme vom 4. Mai 2007 jedoch, mit Blick auf den Zweckartikel des FMG sei eine Zugangsregulierung auf dem Grosskundenmarkt solange unnötig, als auf dem Endkundenmarkt die Ziele – vielfältige, preiswerte, qualitativ hoch stehende sowie national und international konkurrenzfähige Fernmeldedienste – erreicht seien. Würde die Zugangsregulierung ohne nachgewiesenen Bedarf oder sogar zum blossen Selbstzweck eingesetzt, ständen die dadurch erzielten Wirkungen im Widerspruch zum Willen des Gesetzgebers, da statt den Wettbewerb zu fördern, lediglich Umverteilungen zwischen einzelnen Wettbewerbern erzielt würden.

Zwar ist der Gesuchsgegnerin beizupflichten, dass das Fernmeldegesetz schlussendlich auf die Verhältnisse auf dem Endkundenmarkt zielt und das Zugangsregime in dieser Hinsicht ein Mittel zu diesem Zweck darstellt. Sie geht aber fehl in der Annahme, dass das Zugangsregime weichen müsse, sobald auf dem Endkundenmarkt ein dem Kriterium der Wirksamkeit genügender Wettbewerb herrsche. Weder Wortlaut, noch Entstehungsgeschichte, noch Sinn und Zweck von Art. 11 FMG lassen eine solche Interpretation zu. Abgesehen davon ist vorliegend keineswegs erstellt, dass die Ziele von Art. 1 FMG erreicht sind. Dazu genügt ein Blick ins Ausland, erweisen sich doch die auf dem Schweizer Markt angebotenen Dienstleistungen im internationalen Vergleich wenig kompetitiv. Die Konsumentinnen und Konsumenten in der Schweiz haben nicht nur höhere Preise zu bezahlen, sondern sie erhalten dafür auch weniger Bandbreite.¹

2.6.2. Marktbefragung

Um die Marktverhältnisse im Bereich des schnellen Bitstromzugangs zu klären, führte die Instruktionsbehörde eine Marktbefragung durch und lud die WEKO vorgängig ein, Vorschläge zum Inhalt des zu verwendenden Fragebogens zu unterbreiten.

Die Gesuchsgegnerin bemängelt, dass entgegen der von der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO/WEF) in ihrem Entscheid vom 30. Juni 2005 (RPW/DPC 2005/3, S. 505ff) geäusserten Meinung auf eine Befragung der Endkundinnen und Endkunden verzichtet worden sei. Zudem macht sie geltend, die Befragung der Fernmeldedienstanbieterinnen sei nicht vollständig gewesen. Die Auswahl der Befragten sei nicht begründet worden und die Befragten hätten sich mit der einfachen Antwort, „sie hätten keine ULL-Angebote geplant“, von ihren Pflichten befreien können.

Zwar ist im Zusammenhang mit der Klärung der Marktbeherrschung gemäss Praxis die Instruktionsbehörde für die Sachverhaltsermittlung zuständig (Stefan Renfer, Vom Zusammenspiel des Fernmelderechts mit dem revidierten Kartellrecht, Jusletter 17. Oktober 2005, S. 3f), doch ist sie zur Abgrenzung des relevanten Sachverhalts regelmässig auf die fachliche Expertise der WEKO angewiesen. Wie in Ziff. 2.6.4.2 darzulegen sein wird, bestand vorliegend kein Grund, der Haltung der WEKO nicht zu folgen, wonach auf eine Endkundenbefragung verzichtet werden könne.

Was die Auswahl der Befragten betrifft, so wurden insgesamt 50 Marktteilnehmende in die Befragung einbezogen, darunter alle bedeutenderen Fernmeldedienstanbieterinnen, inklusive die in diesem Bereich tätigen Unternehmen der Elektrizitätswirtschaft, Kabelnetzbetreiberinnen und reinen Internet Service Providers (ISP), die sich im Umfeld von Breitbanddiensten als Anbieterinnen oder Nachfragerinnen betätigen. Alleine schon aufgrund der grossen Anzahl Kabelnetzbetreiberinnen wäre es ein Ding der Unmöglichkeit gewesen, mit vertretbarem Aufwand und innerhalb akzeptabler Fristen eine Vollbefragung durchzuführen. Da überdies auch der Branchenverband der Kabelindustrie in die Befragung mit einbezogen wurde, durfte mit einer breiten Datenbasis gerechnet werden. Aufgrund dieser Auswahl konnte deshalb ein hinreichend gesichertes Resultat erwartet werden. Ein solches liegt denn auch vor.

Was den Einwand betrifft, die Befragten hätten sich aufgrund einfacher Einwände von ihrer Auskunftspflicht befreien können, ist darauf hinzuweisen, dass die Auskunft gestützt auf Art. 12 Bst. c VwVG eingefordert wurde. Da die Marktumfrage nicht im Rahmen einer Zeugeneinvernahme im Sinne von Art. 14 VwVG erfolgte, kam den Befragten kein Zeugenstatus zu. Mithin konnten sie mangels

¹ Der Schweizer Breitbandmarkt im internationalen Vergleich, BAKOM, Biel, Juli 2006, S. 18.



Zeugnispflicht (Art. 15 VwVG) durch die Instruktionsbehörde nicht durch geeignete Zwangsmassnahmen zur Beantwortung des Fragebogens gezwungen werden. Dass einzelne Antworten schliesslich doch noch, wenn auch verspätet, eintrafen, ist darauf zurückzuführen, dass die Instruktionsbehörde nicht untätig blieb, sondern nachhakte und die widerwilligen Adressaten von einer Beantwortung des Fragebogens zu überzeugen versuchte.

Die schliesslich eingegangenen 36 Antworten, darunter die Antworten aller grossen, gesamtschweizerisch tätigen Marktteilnehmer, vermögen durchaus ein repräsentatives Bild der Wettbewerbsverhältnisse im Bereich des schnellen Bitstromzugangs und der Breitbanddienste abzugeben. Die Instruktionsbehörde ist damit ihrer Pflicht, den relevanten Sachverhalt abzuklären, nachgekommen und hat dem Untersuchungsgrundsatz vollumfänglich Rechnung getragen.

2.6.3. Marktabgrenzung

2.6.3.1 Sachlich relevanter Markt

Zum sachlich relevante Markt gehören jene Waren oder Dienstleistungen, die aus der Sicht der Marktgegenseite hinsichtlich Eigenschaften und Verwendungszweck substituierbar sind (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU). Der sachlich relevante Markt im Bereich des schnellen Bitstromzugangs wurde bereits in der Verfügung der WEKO in Sachen Swisscom ADSL vom 15. Dezember 2003 (RPW/DPC 2004/2, S. 407ff) abgegrenzt. Diese Abgrenzung wurde von der REKO/WEF im anschliessenden Beschwerdeentscheid (RPW/DPC 2005/3, S. 505ff) bestätigt.

2.6.3.1.1 Substitute

Als Ausgangspunkt für die Definition des sachlich relevanten Marktes ist gemäss WEKO eine Beschreibung der Merkmale des Endkundenmarktes unter Berücksichtigung der Substitutionsmöglichkeiten für die Endkundinnen und Endkunden zu nehmen. Dabei ist zu untersuchen, welche Dienstleistungen als Substitute für jene Dienstleistungen in Frage kommen, die auf dem schnellen Bitstromzugang basieren. Das Gutachten der WEKO kommt in dieser Hinsicht zum Schluss, dass aufgrund niedrigerer Übertragungsraten zu teilweise deutlich höheren Preisen, einer höheren Anfälligkeit auf Störungen und grösserer Datensicherheitsrisiken drahtlose Anschlüsse nach wie vor nicht als Substitute zu auf dem schnellen Bitstromzugang basierenden Dienstleistungen in Frage kommen.

Die Gesuchsgegnerin macht demgegenüber geltend, die drahtlosen Technologien (UMTS/HSDPA, WLAN, WLL, BWA und Satellitenzugang) seien als taugliche Substitute anzusehen, weshalb diese in der Marktabgrenzung zu berücksichtigen seien. Vor allem der rasche Technologiewandel und die zunehmende Konvergenz zwischen Mobil- und Festnetzkommunikation würden vom Gutachten nicht gewürdigt.

Richtig ist, dass seit den einleitend unter Ziff. 2.6.3.1 zitierten Entscheiden die Maximalgeschwindigkeiten der drahtlosen Übertragungstechnologie, insbesondere der dritten Generation (UMTS und das schnellere HSDPA), gesteigert worden sind. So beträgt die theoretische Maximalgeschwindigkeit von HSDPA mittlerweile 3,6 MBit/s. In der Praxis werden diese Geschwindigkeiten jedoch selten erreicht. Entsprechende Tests attestieren weiterhin grosse Unterschiede zum traditionellen Internet über das Festnetz². Die Diskrepanz zwischen aktuell angebotener und auch nachgefragter Bandbreite auf dem Festnetz und effektiv verfügbaren Bandbreiten auf den drahtlosen Netzen der dritten Generation ist daher nach wie vor zu gross, um diese drahtlosen Technologien ernsthaft als Substitute in den sachlich relevanten Markt einzubeziehen. Gleiches gilt für BWA (Broadband Wireless Access), WLL (Wireless Local Loop), WLAN (Wireless Local Area Network) sowie den Breitbandzugang via Satellit. Auch

² Vgl. u.a. Presstext Schweiz, pts, 28.6.2007, Wien „Praxistest: Mobiles Internet noch kein Festnetz-Ersatz“, Geschäftsführer des Österreichischen Instituts für angewandte Telekommunikation (ÖIAT), Ronald Hechenberger: "Der Test hat klar gezeigt, dass mobiles Internet in der Praxis noch immer deutlich langsamer und unzuverlässiger ist als das klassische Breitband-Internet via Festnetz."



hier ist den Ausführungen der WEKO vollumfänglich zuzustimmen. Die Unsicherheit der Endkundinnen und Endkunden darüber, welche Bandbreiten mittels drahtloser Technologien im Einzelfall konkret erzielt werden können und ob diese je nach Standort massiv variieren, gilt es ebenfalls zu berücksichtigen. Diese Unsicherheit ist bei drahtgebundenen Technologien viel geringer, kann die verfügbare Bandbreite doch schon im Vorfeld relativ genau überprüft und entsprechend bestellt werden. Schliesslich ist noch anzumerken, dass Teile der Bevölkerung drahtlosen Technologien gegenüber kritisch eingestellt sind und aus gesundheitlichen Bedenken ein Ausweichen auf (breitbandige) drahtlose Technologien für sie nicht in Frage kommt.

All diese Technologien eignen sich somit aufgrund ihrer technischen Ausgestaltung in aller Regel nicht, um eine mit den drahtgebundenen Technologien auch nur annähernd vergleichbare breitbandige Bedienung einer grossen Anzahl Teilnehmerinnen und Teilnehmer auf engem Raum und vor allem auch in geschlossenen Gebäuden sicherzustellen. Vielmehr geht es vorwiegend darum, die Mobilität innerhalb bestimmter Zonen für eine beschränkte Anzahl Benutzerinnen und Benutzer zu gewährleisten. Aufgrund des bislang nur punktuellen Einsatzes dieser Technologien muss schliesslich auch ein Fragezeichen bezüglich ihrer Marktrelevanz gemacht werden.

Wenn die Gesuchsgegnerin in Bezug auf Breitbandzugänge via Satellit im Weiteren einwendet, dass sie im Rahmen der künftigen Grundversorgung ihr Angebot durch eine bidirektionale Satellitenlösung ergänzen werde, was vom BAKOM als Alternative zur xDSL-Erschliessung ausdrücklich akzeptiert werde, ist dies zwar richtig. Zu ergänzen ist aber, dass eine Anbindung via Satellit oder auch über UMTS oder das bisher wenig eingesetzte WiMax nur dort eine kostengünstigere Alternative sein kann, wo es gilt, für einzelne sich in Randregionen befindende Anschlüsse grosse Distanzen zu überwinden. Die Verordnung über Fernmeldedienste (FDV; SR 784.101.1) eröffnet denn auch ausdrücklich die Möglichkeit, den Leistungsumfang in Ausnahmefällen zu reduzieren, wenn der Anschluss aus technischen oder ökonomischen Gründen die Bereitstellung eines den gesetzlich garantierten Übertragungsraten (von lediglich 600/100 kbit/s) entsprechenden Breitband-Internetzugangs nicht erlaubt und kein Alternativangebot zu vergleichbaren Bedingungen auf dem Markt verfügbar ist (Art. 16 Abs. 2 Bst. c FDV).

Die drahtlosen Breitbandtechnologien werden heute in erster Linie komplementär und nicht alternativ zu drahtgebundenen Breitbandtechnologien genutzt. Dabei sind die mit ersteren erzielbaren Bandbreiten im Normalfall deutlich geringer. Auch Kapazitätsengpässe spielen bei erhöhter Nutzung dieser drahtlosen Technologien eine wichtige Rolle. Selbst wenn man den von der WEKO üblicherweise herangezogenen Betrachtungshorizont von ein bis zwei Jahren ausweiten würde, würden nach heutigem Kenntnisstand die zu ziehenden Schlussfolgerungen nicht anders ausfallen.

Zusammenfassend kommt die ComCom deshalb wie die WEKO zum Schluss, dass lediglich drahtgebundene Breitbandzugänge als Substitute in Frage kommen.

2.6.3.1.2 Wholesale-Markt

Ausgehend von der Feststellung, dass gemäss einer Empfehlung der EU-Kommission zumindest zwei Kategorien von relevanten Märkten zu betrachten seien, einerseits Märkte für Dienste und Produkte für Endnutzende und andererseits Märkte für Vorleistungen, die Betreiber benötigen, um Endnutzenden Dienste und Produkte bereitzustellen, grenzt die WEKO in ihrem Gutachten den relevanten Grosskundenmarkt ab. Dabei verweist sie darauf, dass zwischen Retail- und Wholesale-Märkten grundsätzlich dann zu differenzieren sei, wenn sich die Nachfrage bezüglich Eigenschaften und Verwendungszweck in erheblichem Ausmass unterscheide. Dies ergebe sich auch aus Art. 11 Abs. 3 lit. b VKU, wonach für die Abgrenzung des relevanten Marktes die Sichtweise der Marktgegenseite, in diesem Fall also diejenige einer ein Vorleistungsprodukt nachfragenden Fernmeldediensteanbieterin, einzunehmen sei. Die WEKO erachtet die Unterschiede bezüglich Eigenschaften und Verwendungszweck als ausreichend genug, um eine Unterscheidung zwischen Retail- und Wholesale-Markt vorzunehmen. Gestützt darauf sowie auf die Erwägungen zu den Substituten grenzt sie den sachlich relevanten



Markt mithin als Grosskundenmarkt für Breitbanddienste ab, umfassend die zum Wiederverkauf angebotenen drahtgebundenen Breitbandzugänge (Gutachten, Rz. 33).

Die Gesuchsgegnerin macht in ihrer Stellungnahme vom 17. Oktober 2007 (Anhang, Bemerkungen zu Rz. 33, S. 6) unter Hinweis auf den Entscheid der REKO/WEF (a.a.O.) geltend, die genaue Marktabgrenzung erweise sich als zweitrangig, solange sichergestellt sei, dass der potenzielle Wettbewerb und der Einfluss des nachgelagerten Endkundenmarktes auf den Wholesale-Markt korrekt gewertet würden. Auch müsse die Möglichkeit von Eigenleistungen, resp. von intern bereitgestellten Leistungen berücksichtigt werden.

Auf die Ausführungen von Swisscom Fixnet ist unter Ziff. 2.6.4 näher einzugehen. Vorliegend ist festzuhalten, dass im Einklang mit der WEKO der sachlich relevante Markt abzugrenzen ist als Wholesale-Markt für Breitbanddienste, umfassend die zum Wiederverkauf angebotenen, drahtgebundenen Breitbandzugänge.

2.6.3.2 Räumlich relevanter Markt

Die WEKO geht in ihrem Gutachten von einem räumlich relevanten Markt aus, der die ganze Schweiz umfasst (Gutachten, Rz. 34 und Rz. 35). Sie begründet dies damit, dass die Fernmeldedienstanbieterinnen die zum Wiederverkauf vorgesehenen, drahtgebundenen Breitbandzugänge regelmässig in der ganzen Schweiz nachfragten. Aufgrund des flächendeckenden Anschlussnetzes von Swisscom werde der Zugang zu Breitbanddiensten auf Wholesale-Ebene zudem gesamtschweizerisch zu weitgehend homogenen Bedingungen angeboten.

Die Gesuchsgegnerin bestreitet die vorgenommene räumliche Abgrenzung nicht, macht jedoch geltend, dass die WEKO damit einen Widerspruch schaffe zum (falschen) Argument der starken regionalen Zersplitterung der Kabelnetzbetreiberinnen. Werde eine nationale Marktabgrenzung vorgenommen, werde damit implizit der Beweis geliefert, dass Swisscom Fixnet auch in Gebieten ohne aktuelle Infrastrukturkonkurrenz durch Kabelinternet genügend diszipliniert werde, so dass sie sich nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten könne.

Die ComCom hat keinen Anlass, von der von der WEKO vorgenommenen Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes abzurücken. Was die Einwände der Gesuchsgegnerin betrifft, wird im Rahmen der Erwägungen zur Marktstellung näher darauf einzugehen sein (vgl. Ziff. 2.6.4).

2.6.4. Die Marktstellung von Swisscom Fixnet

Die WEKO kommt in ihrem Gutachten zum Schluss, dass Swisscom Fixnet aufgrund des fehlenden aktuellen und potenziellen Wettbewerbs sowie aufgrund des nicht genügend disziplinierenden Einflusses des nachgelagerten Marktes in der Lage sei, sich auf dem Markt für Zugänge zu Breitbanddiensten von andern Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten, weshalb sie im Wholesale-Markt für Breitbanddienste als marktbeherrschendes Unternehmen gemäss Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren sei.

2.6.4.1 Aktueller und potentieller Wettbewerb

2.6.4.1.1 Flächendeckendes Angebot von Swisscom Fixnet

Unter Bezugnahme namentlich auf die von der Europäischen Kommission in den Leitlinien zur Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste entwickelten Kriterien verweist die WEKO darauf, dass auf dem Wholesale-Markt für Breitbanddienste einzig Swisscom Fixnet in der Lage sei, anderen Fernmeldedienstanbieterinnen Vorleistungen für Breitbandinternetzugänge schweizweit anzubieten. Eine alternative schweizweite Infrastruktur fehle, ebenso zumutbare Ausweichmöglichkeiten für alternative Fernmeldedienstanbieterinnen. Gerade für Anbieterinnen wie Sunrise oder Tele2 sei jedoch die Möglichkeit ei-



nes schweizweiten Tätigwerdens von entscheidender Bedeutung. Nur so seien sie in der Lage, als ganzheitliche Anbieterinnen von Telekommunikationsdienstleistungen aufzutreten und von Verbundvorteilen und Skaleneffekten zu profitieren.

Die Gesuchsgegnerin macht demgegenüber geltend, die Fixierung darauf, dass Substitute zwingend schweizweit verfügbar sein müssten, sei falsch. Insbesondere müssten potentielle Nachfragerinnen von Wholesale-Diensten auf Kabelnetzbasis aufgrund der erfolgten Zusammenschlüsse von Kabelnetzunternehmen nur mit einer verhältnismässig geringen und deshalb auch zumutbaren Zahl von Partnerinnen zusammenarbeiten, um Breitbandangebote in einem grossen Teil der Schweiz lancieren zu können.

Nicht zu bestreiten ist, dass Swisscom Fixnet heute als einzige ein flächendeckendes Angebot bereit hält und – wie sie implizit zugibt – auch bei Ausschöpfung aller verfügbaren drahtgebundenen Angebote keine lückenlose, alternative Abdeckung zu erreichen wäre. Mithin existiert aktuell kein alternatives Wholesale-Angebot, das demjenigen der Gesuchsgegnerin ebenbürtig wäre. Wie die Fakten zeigen, vermag sie zudem ihr Wholesale-Angebot zu national homogenen Preisen zu machen. Auf allfällige regionale oder lokale Preis- und Leistungsdifferenzen braucht sie nicht zu reagieren, was zeigt, dass von allfälligen alternativen Angeboten kein hinreichend disziplinierender Einfluss ausgeht, der ein unabhängiges Verhalten ihrerseits verhindern würde.

Ein ausreichend disziplinierendes Angebot muss jedoch nicht zwingend genau demjenigen der Gesuchsgegnerin entsprechen. Massgebend ist, ob zumutbare Ausweichmöglichkeiten bestehen. Inwieweit ein nicht vollständig flächendeckendes Angebot ausreicht, wie hoch der Aufwand für einen Angebotswechsel sein darf und wie viel Koordinationsaufwand bei der Zusammenarbeit mit einer Mehrzahl von Anbieterinnen zumutbar ist, sind in der Tat zentrale Fragen bei der Beurteilung der aktuellen und potentiellen Wettbewerbssituation auf dem relevanten Markt. Diesen Fragen ist nachfolgend nachzugehen.

2.6.4.1.2 Alternative drahtgebundene Angebote

Die Kabelnetzbetreiberinnen stellen die bedeutendste Kategorie alternativer Betreiberinnen von drahtgebundenen Breitbandzugängen dar. Die rund 2.9 Mio. Anschlüsse sind mehrheitlich rückkanalfähig und damit als Breitbandanschluss verfügbar, wobei genaue Angaben zur Rückkanalfähigkeit jedoch fehlen. Als weitaus stärkstes Unternehmen unter den Kabelnetzbetreiberinnen, welche vor allem in Ballungszentren präsent sind, nennt die WEKO Cablecom. Daneben existierten in der Schweiz eine Vielzahl von zum Teil regionalen Kleinst-Kabelnetzunternehmen, welche bei der kabelbasierten Übertragung von Radio- und Fernsehsignalen in ihrem Versorgungsgebiet regelmässig als einzige Anbieterin tätig seien. Da ihre Netze für den Transport von Fernseh- und Radiosignalen erstellt worden seien, würden typischerweise Privathaushalte, dagegen Geschäftsliegenschaften nur teilweise erschlossen. Vergleiche man die Anzahl breitbandfähiger Kabelanschlüsse mit jener der xDSL-Anschlüsse von Swisscom Fixnet, sei ersichtlich, dass letztere nicht nur flächendeckend, sondern auch in absoluten Zahlen über die grösste Anzahl möglicher Breitbandzugänge verfüge. Hinzu komme, dass Cablecom anderen Fernmeldedienstanbieterinnen weder aktuell noch in naher Zukunft ein Wiederverkaufsangebot für Breitbandinternet unterbreite und von den übrigen Kabelnetzbetreiberinnen aufgrund ihrer regionalen Zersplitterung ohnehin nur begrenzt und lokal Wettbewerbsdruck auf die schweizweiten Angebote von Swisscom ausgehen könne. Über drahtgebundene Breitbandzugänge verfügten auch Anbieter, welche Endkunden direkt mit Glasfaserkabel angeschlossen hätten. Ohne über exakte Zahlen zu verfügen, müsse gegenwärtig allerdings mit insgesamt weniger als 20'000 derartigen Anschlüsse gerechnet werden. Zwar begännen insbesondere städtische Infrastrukturbetreiber vermehrt, Glasfaserkabel zu den Endkundinnen und Endkunden zu ziehen, doch sei, wie das Beispiel des Elektrizitätswerks der Stadt Zürich (EWZ) zeige, die potentielle Konkurrenz lokal und die zu erwartende Anzahl der Marktzutritte nicht derart, dass sich Swisscom Fixnet in den nächsten zwei Jahren nicht mehr unabhängig im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verhalten könnte.

Die Gesuchsgegnerin widerspricht dieser Sichtweise. Unter Hinweis auf die zwischen den Kabelnetzbetreiberinnen bestehenden Verbände erachtet sie die geltend gemachte Zersplitterung und die dadurch fehlende Möglichkeit der Beeinflussung ihres Marktverhaltens als nicht stichhaltig. Auch sei die



Zahl der Kabelnetzbetreiberinnen mit 400 statt der von Swisscable angegebenen 252 viel zu hoch angenommen worden. Im Weiteren habe die WEKO auch die Zahl der ADSL-Anschlüsse von Swisscom Fixnet mit 5 Mio. statt mit richtigerweise 3.7 Mio. viel zu hoch angesetzt, was das Verhältnis zwischen ADSL und den alternativen Infrastrukturen, insbesondere den Kabelnetzen, in ein ganz falsches Licht rücke. Auch aufgrund der diversen, lokalen und regionalen Investitionsvorhaben in Glasfaser sei künftig eine disziplinierende Wirkung zu erwarten und damit die Möglichkeit, sich im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG unabhängig zu verhalten, zu verneinen. Ein gesicherter Beleg, dass Cablecom in den nächsten zwei Jahren kein Wiederverkaufsangebot lanciere, existiere überdies nicht, weshalb Swisscom Fixnet jederzeit damit rechnen müsse. Somit existiere potentieller Wettbewerb, der disziplinierend wirke.

Unabhängig davon, ob von 252 oder von 400³ Kabelnetzbetreiberinnen ausgegangen wird, spielt die Zersplitterung in diesem Bereich sehr wohl eine bedeutende Rolle, fehlt es doch, trotz entsprechenden Verbänden, ohne das Mittun von Cablecom an einem auch nur annähernd flächendeckenden Angebot. Was die von der Gesuchsgegnerin monierte falsche Anzahl ADSL-Anschlüsse betrifft, ist ihr zuzugestehen, dass die WEKO hier von einer zu hohen Zahl ausgegangen ist. Dieser Irrtum ist jedoch irrelevant. Selbst wenn man der von Swisscom Fixnet genannten Anzahl von 3.7 Mio. oder von einer allenfalls etwas höheren Zahl⁴ ausgeht, kann doch nicht von der Hand gewiesen werden, dass ein beachtlicher Grössenunterschied besteht, der von der Gesuchsgegnerin selbst mit rund 3:2 angegeben wird. Zudem ist aus der Sicht der Nachfragerinnen eines Wholesale-Angebots dieses Verhältnis ohnehin irrelevant, steht doch einem unbestrittenenmassen flächendeckenden Angebot von Swisscom Fixnet ein Angebot von Kabelnetzanschlüssen gegenüber, das wegen des Abseitsstehens von Cablecom lediglich einen Bruchteil der insgesamt vorhandenen Anschlüsse umfasst.

Geht man im Sinne einer Hypothese davon aus, dass sich die verschiedenen Kabelnetzbetreiberinnen zwecks gemeinsamer Unterbreitung eines nationalen Wholesale-Angebots zusammenschliessen, stellt sich in der Tat die Frage, ob für die Nachfragerinnen durch dieses Angebot auf dem Wholesale-Markt eine valable Ausweichmöglichkeit entsteht, die zumindest in Bezug auf die Flächenabdeckung annähernd dem Angebot der Gesuchsgegnerin entspricht. Zu untersuchen ist deshalb, ob mit einem solchen Szenario⁵ zu rechnen ist und ob die mit einem solchen Angebot verbundenen Bedingungen für die Nachfragerinnen auch zumutbar wären.

Da der Gesetzgeber den schnellen Bitstromzugang auf die Doppelader-Metalleitung beschränkt (Art. 3 Abs. dter FMG), könnten Cablecom und auch die anderen Netzbetreiberinnen gestützt auf das Fernmelderecht selbst dann nicht zu einem Wholesale-Angebot gezwungen werden, wenn sie marktbeherrschend wären. Bei den von der Gesuchsgegnerin aufgezählten Kabelnetzverbänden handelt es sich in aller Regel nicht um aktuelle Wholesale-Anbieter, die Dritten den Zugang zu Breitbanddiensten auf der Vorleistungsebene ermöglichen. Hinweise, dass künftig entsprechende Wiederverkaufsangebote lanciert werden sollten, bestehen ebenfalls nicht. Hinzu kommt, dass bislang offenbar nur Kabelnetzanbieterinnen mit eigener Zugangsinfrastruktur zu Endkundinnen und Endkunden Mitglied in diesen Verbänden werden können. Diese generell eher losen Zusammenschlüsse erfolgen denn üblicherweise auch zum Zwecke des Erhalts besserer Einkaufsbedingungen und der effizienteren Vermarktung der Fernseh-, Mietleitungs- und Breitbandangebote für Firmen- und Privatkunden. Ohne zusätzliche Investitionen und ohne entsprechend hohen Koordinationsaufwand wären sie untereinander deshalb kaum in der Lage, ein demjenigen der Gesuchsgegnerin auch nur annähernd nahe kom-

³ Die WEKO bezieht in ihre Schätzung auch Kabelnetzbetreiberinnen ein, welche nicht bei Swisscable Mitglied sind. Darunter fallen auch Genossenschaften und Kleinstnetzbetreiber, weshalb die von der WEKO geschätzte Anzahl von 400 zutreffen könnte und übrigens auch von Swisscable ähnlich hoch angegeben wird (Jahresbericht Swisscable 2005, S. 10).

⁴ Die Gesuchsgegnerin verfügt nachweislich über rund 3.7 Mio. beschaltete, d.h. aktive Anschlüsse. Die Instruktionsbehörde weiss aus Angaben, welche die Gesuchsgegnerin in anderem Zusammenhang machte, dass daneben noch eine Anzahl weiterer Anschlüsse existiert, die zwar verlegt, jedoch nicht in Betrieb sind. In der Marktbefragung hat die Gesuchstellerin, obschon sie im Fragebogen dazu aufgefordert wurde, keine Angaben über die effektiv vorhandenen Anschlüsse geliefert, sondern nur die beschalteten ausgewiesen.

⁵ Andere Szenarien der ggf. ausreichenden Disziplinierung ohne das Mittun von Cablecom sind mit den im relevanten Markt berücksichtigten Substituten auch auf lange Frist grundsätzlich nicht vorstellbar.



mendes Angebot aufzuziehen. Die Behauptung, dass schon eine kleine Anzahl Kabelnetzverbände gemeinsam ein die Gesuchsgegnerin ausreichend disziplinierendes Wholesale-Angebot aufschalten könnte, entspricht deshalb nicht der Realität. Dass die WEKO diesem Thema deshalb nicht grössere Beachtung geschenkt hat, stellt keinen Mangel des Gutachtens dar.

Selbst wenn nun viele Kabelnetzverbände und auch künftige Glasfaser-Netzbetreiberinnen gemeinsam Wholesale-Angebote zwecks Erschliessung weiter Teile der Schweiz verfügbar machen würden, wäre der Koordinationsaufwand erheblich. Nicht zuletzt sollten die Bedingungen einigermaßen flächendeckend homogen analog dem Wholesale-Angebot der Gesuchstellerin ausgestaltet sein, was in Anbetracht der Vielzahl zu koordinierender Kabelnetz- und künftiger Glasfasernetzbetreiberinnen sehr schwierig sein dürfte. Selbst die bereits bestehenden Verbände hätten zu diesem Zweck Koordinationsaufwand hinzunehmen und Investitionen zu tätigen. Auch nimmt der Koordinationsaufwand mit steigender Anzahl Kooperationspartner überproportional zu. All dies spricht aus ökonomischer Sicht gegen ein solches Szenario. Gemäss Swisscable verfügen die grössten 10 Kabelnetzbetreiberinnen gemeinsam über 64% der in rund 2.8 Mio. Haushalten in der Schweiz installierten Kabelnetzanschlüsse (Stand Ende 2005), erschliessen also gemeinsam rund 1.78 Mio. Haushalte. Die grössten 32 Kabelnetzanbieter wären in der Lage, 75% der durch Kabelnetze erschlossenen Haushalte zu erschliessen, was insgesamt 2.1 Mio. Haushalte beträfe⁶. Dies bedeutet, dass von den in der Schweiz vorhandenen rund 3.1 Mio. Haushalten⁷ maximal 68% mittels Zusammengehen der grössten 32 Kabelnetzanbieter durch Kabelnetz-Breitbanddienste überhaupt erschlossen werden könnten⁸. Nicht berücksichtigt ist dabei, dass nicht alle Kabelnetzanschlüsse tatsächlich auch breitbandtauglich sind. Nicht eingeschlossen sind überdies die Geschäftsliegenschaften, die deutlich seltener durch Kabelnetzanschlüsse erschlossen sind als durch xDSL-Anschlüsse.

Eine schweizweite Bewerbung der Endkundinnen und Endkunden basierend auf einem Wholesale-Angebot der grössten 32 Kabelnetzanbieter würde somit dazu führen, dass mindestens 32% der Bevölkerung, welche Interesse an einem Breitbandanschluss basierend auf der Kabelnetzinfrastruktur zeigen könnten, kein Angebot unterbreitet werden könnte. Dies im Vergleich zu den weniger als 2%⁹ der Bevölkerung, welche nicht durch die belegten 3.7 Mio. vorhandenen Anschlüsse der Gesuchsgegnerin breitbandig angeschlossen werden können. Entsprechend liegen aufgrund der geringeren Werbereichweite die Werbekosten pro mögliche Endkundinnen und Endkunden höher als bei xDSL-Endkundinnen und -Endkunden. Geht man davon aus, dass die Retail-Kosten für die Bedienung einer angeschlossenen Endkundin über xDSL und Kabelnetz gleich hoch sind (Technischer Support, Kundendienst, Inkasso, etc), so muss überdies der durch die Endkundin wahrgenommene Nachteil des nicht flächendeckenden Angebots auf Wholesale-Stufe mit tieferen Preisen kompensiert werden, um kompetitiv zu bleiben¹⁰.

Aus all diesen Gründen ist nicht davon auszugehen, dass in absehbarer Zukunft mit einem derartigen Alternativangebot gerechnet werden kann.

⁶ Swisscable, Swisscable Jahresbericht 2005, S. 10).

⁷ 3'115'399, Stand letzte Volkszählung 2000, Quelle BFS.

⁸ Künftige Glasfasernetzanbieter werden in naher Zukunft vergleichsweise wenige Haushalte erschliessen. Die EWZ hat aufgezeigt, dass sie in den nächsten sechs Jahren die Erschliessung von 13'000 Haushalte in Zürich geplant hat (vgl. u.a. NZZ, 31.10.2007, „Das EWZ ist mit dem Bau des Glasfasernetzes auf Kurs“). Damit wird zu einer flächendeckenden Erschliessung der Schweiz kein massgeblicher Beitrag geleistet. Selbst der CEO der Gesuchsgegnerin selber, Carsten Schloter, bestätigte in einer Telefonkonferenz (Finanzanalystenkonferenz Q3 2007), dass die Ausbaupläne in Glasfaser der EWZ „no impact in the next years“ für Swisscom hätten (Quelle: Webcast Swisscom Q3 2007 Finanzanalystenkonferenz).

⁹ Die Gesuchstellerin geht selber von rund 2% ihrer rund 3.7 Mio. belegten, d.h. aktiven Anschlüsse aus, die nicht breitbandfähig sind. Bei einer nahezu vollständigen Abdeckung aller 3.1 Mio. Haushalte in der Schweiz durch die Gesuchsgegnerin können damit weniger als 2% der Bevölkerung nicht in den Genuss eines Breitbandanschlusses basierend auf der Infrastruktur der Gesuchsgegnerin kommen.

¹⁰ Über ein flächendeckendes Angebot verfügen zu können, hat bereits im Mobilfunkmarkt zu Wettbewerbsvorteilen geführt, vgl. auch „Studie betreffend die Nutzung von Mobilfunkdiensten“, M.I.S Trend im Auftrag des BAKOM, September 2007, S. 26, worin belegt ist, dass Netzabdeckung noch vor dem Preis das wichtigste Kriterium für die Wahl des Mobilfunkanbieters ist.



2.6.4.1.3 Andere Zugangsformen nach Art. 11 FMG

Nach Ansicht der Gesuchsgegnerin sind auch die Zugangsarten gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG in die Würdigung des potentiellen Wettbewerbs mit einzubeziehen. Sie verweist dabei vor allem auf die vollständige Entbündelung der Teilnehmeranschlussleitung (TAL), die sich allerdings ebenso wie der schnelle Bitstromzugang auf die Doppelader-Metalleitung beschränkt (Art. 3 Bst. d^{bis} FMG). Nach Ansicht der Gesuchsgegnerin ist die Argumentation der WEKO falsch, dass im Falle der neuen Zugangsformen kein Wettbewerbsdruck entstehen könne, weil es sich um eine vom Gesetzgeber eingeführte Möglichkeit handle, welche keinen Einfluss auf die vorgelagerte Infrastruktur habe. Richtig sei vielmehr, wie auch das BAKOM prognostiziere, dass auf dem Breitbandmarkt von einer neuen Dynamik infolge der Entbündelung der letzten Meile ausgegangen werden könne.

Der Gesetzgeber hat den vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss (TAL) und den schnellen Bitstromzugang explizit als Alternativen ins Gesetz aufgenommen. Wäre TAL bei der Klärung der Marktstellung von Swisscom Fixnet zu berücksichtigen, würde diese Zugangsform somit ein Substitut zum schnellen Bitstromzugang darstellen. Erstere würde mithin letztere disziplinieren und umgekehrt. Denn über den schnellen Bitstromzugang kann als Vorleistungsdienst für xDSL-Breitbandangebote für Endkundinnen und Endkunden ein Grossteil der Dienste angeboten werden, der auch über TAL angeboten werden kann. Demnach wäre eine Marktbeherrschung entweder überall ausgeschlossen oder die Gesuchsgegnerin könnte praktisch wählen, bei welcher Zugangsart sie sich als marktbeherrschend betrachtet (was aktuell auf TAL zutrifft). Eine derartige Konsequenz widerspräche ganz offensichtlich dem Willen des Gesetzgebers.

Die Entbündelung steht in der Schweiz im Gegensatz zu den umliegenden europäischen Ländern erst am Anfang. Der Erfolg des neuen Zugangsregimes ist ungewiss, die Rahmenbedingungen, Abwicklungsprozesse und –kosten mangels rechtskräftiger Entscheide unsicher, die Nachfrage daher zögerlich. Berücksichtigt man den von der WEKO üblicherweise herangezogenen Betrachtungshorizont von 1-2 Jahren, um das disziplinierende Potential abzuschätzen, so ist darauf hinzuweisen, dass in anderen Ländern erst nach 5-10 Jahren – wenn überhaupt – ein die Marginalität verlassender effektiver Bezug von entbündelten Teilnehmeranschlussleitungen eingesetzt hat. Schliesslich ist auch noch zu berücksichtigen, dass der schnelle Bitstromzugang gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. b FMG ohnehin nur für 4 Jahre angeboten werden muss, was seine Substitutions- und somit Disziplinierungsfähigkeit auf der Vorleistungsebene ebenfalls relativieren würde.

Sollten sich in fernerer Zukunft die Kräfteverhältnisse im Wholesale-Markt aufgrund effektiv verfügbarer alternativer Breitbandangebote basierend auf der vollständig entbündelten Teilnehmeranschlussleitung erheblich verschieben, wäre dieser Umstand selbstverständlich in eine neue Analyse einzubeziehen.

2.6.4.1.4 Wechselkosten

Die WEKO verweist darauf, dass ein Wechsel von einem xDSL-Breitbandzugang zu einem Kabelinternetzugang wegen der unterschiedlichen Technologien für die Anbieterinnen auf Grosskundenstufe mit erheblichen Umstellungskosten verbunden wäre. Überdies hätte ein solcher Wechsel auch Auswirkungen auf die Endkundinnen und Endkunden, denen u.a. ein anderes Modem zur Verfügung gestellt werden müsste.

Die Gesuchsgegnerin hält in ihrer Stellungnahme dazu fest, dass die Aussage der WEKO eine reine Mutmassung darstelle, wofür keinerlei Beleg geliefert werde.

In der Tat stellen die Wechselkosten ein wichtiges Indiz für die Beurteilung der Wettbewerbssituation dar. Diese fallen dann nicht ins Gewicht, wenn auch kleinere Änderungen im Preis- und Leistungsangebot der verschiedenen Anbieter ein Drohpotential für einen Wechsel aufbauen können. Vorliegend ist davon auszugehen, dass der Breitband-Internetverkehr der Endkundinnen und Endkunden den Nachfragenden eines Wholesale-Angebots von den Kabelnetzbetreiberinnen nicht an derselben Stelle übergeben würde, wie dies bei der Gesuchsgegnerin der Fall ist. Daher müssten diese sogenannten Points of Interconnection (POI) bei einem Wechsel entweder durch eigene Leitungen oder womöglich mittels Mietleitungen erschlossen werden, was unter Umständen erhebliche zusätzliche Investitionen



zur Folge hätte, sofern nicht bereits eine direkte Zusammenschaltung der Netze bestünde. Da hingegen die Gesuchsgegnerin bereits aufgrund ihrer marktbeherrschenden Stellung im Verbindungsnetz mit nahezu allen in der Schweiz relevanten Fernmeldediensteanbieterinnen über diverse POI verfügt, bedingt der erstmalige Bezug ihres Wholesale-Angebots für Breitbandinternetdienste nicht noch viele neue Investitionen.

Des Weiteren müsste bei einem Wholesale-Anbieterwechsel, wie die WEKO ebenfalls erwähnt, auch auf Endkundenseite zumindest das Modem ersetzt und neu konfiguriert (Router) werden. Da sich der Kabelnetz- und der Telefonnetzanschluss in den Haushalten nicht zwingend am gleichen Ort befinden, kann ein Technologiewechsel von xDSL zu Kabelnetz und umgekehrt gegebenenfalls auch bei den Endkundinnen und Endkunden zu spürbaren Investitionen führen (zusätzliche Verkabelungen etc.). Obschon mittlerweile sowohl die xDSL- als auch die Kabelnetzangebote für Endkundinnen und Endkunden viel einfacher zu installieren sind als in der Vergangenheit (Plug&Play), sind Probleme bezüglich Sicherheit und Vernetzung bei der Installation der mitgelieferten multifunktionalen Modems aufgrund des oft standardmässig im Modem integrierten (WLAN-)Routers weiterhin an der Tagesordnung. Die Unsicherheit für die Endkundinnen und Endkunden, ob ein Wechsel zu Problemen führt, muss im Sinne von Opportunitätskosten berücksichtigt werden, auch wenn die Eintrittswahrscheinlichkeit mit der zunehmenden Vereinfachung der Installation (Plug&Play) vermutlich weiter abnehmen wird. Die (bislang theoretischen) Wechselkosten für Nachfragende auf Stufe Wholesale wie auch die effektiv auf der nachgelagerten Stufe zu beobachtenden Wechselkosten für Endkundinnen und Endkunden sind deshalb keineswegs vernachlässigbar.

Zusammenfassend ergibt sich deshalb das folgende Bild in Bezug auf den aktuellen und potentiellen Wettbewerb auf dem relevanten Markt: Der hohe Koordinationsaufwand, die im Vergleich zur Gesuchsgegnerin höheren Kundenwerbekosten aufgrund eines unterschiedlich hohen Versorgungsgrads der Bevölkerung sowie die hohen Wechselkosten sowohl auf Wholesale- als auch auf Endkundenebene lassen es als wenig wahrscheinlich erscheinen, dass Kabelnetzbetreiberinnen (im Verbund mit oder ohne Glasfasernetzanbieterinnen) ein theoretisch mögliches, annähernd nationales Wholesale-Angebot lancieren. Damit existiert aber im relevanten Markt weder aktuell noch potentiell ein alternatives Wholesale-Angebot, das eine gegenüber dem Angebot der Gesuchsgegnerin zumutbare Ausweichmöglichkeit darstellt.

2.6.4.2 Einfluss des nachgelagerten Marktes

Unter Bezugnahme auf die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts sowie einen Teil der Rechtsprechung der REKO/WEF führt die WEKO in ihrem Gutachten aus, dass bei der Beurteilung der Marktstellung disziplinierende Wirkungen aus angrenzenden Märkten nur teilweise zu berücksichtigen seien und nicht überbewertet werden dürften (Rz. 64/65). Ausgehend von dieser Haltung habe sie den nachgelagerten Markt dort, wo angebracht, analysiert. Dabei kommt sie insbesondere auch unter Hinweis auf das unterschiedliche Kundenwachstum bei den xDSL- sowie den Kabelinternetanschlüssen zum Schluss, dass zwar ein gewisser Wettbewerbsdruck seitens der Kabelnetzbetreiberinnen und insbesondere seitens Cablecom bestehe, dass dieser jedoch einerseits nur begrenzt zu berücksichtigen sei und andererseits nicht genüge, um auf Swisscom Fixnet einen disziplinierenden Einfluss auszuüben.

Die Gesuchsgegnerin widerspricht der Argumentation der WEKO und macht geltend, die Verhältnisse auf dem Endkundenmarkt seien sehr wohl in die Betrachtung einzubeziehen. Allerdings seien diese vorliegend nicht genügend untersucht worden. Die Komplexität und die grosse Bedeutung der Marktbeherrschung im vorliegenden Fall erforderten eine fundierte ökonomische Analyse. Zudem seien auch andere wettbewerbsrelevante Elemente, namentlich die Nachfrage- und Angebotssubstituierbarkeit auf dem Wholesale-Markt, der potentielle Wettbewerb und die Wettbewerbswirkung, die durch Bündelangebote (z.B. Triple Play von Telefonie, Internet und TV) ausgingen, zu prüfen. Ein blosser Hinweis auf die starke Position von Swisscom Fixnet sowie die Tatsache, dass xDSL gegenüber dem Kabelinternet stärker gewachsen und sein Marktanteil im Endkundenmarkt gestiegen sei, genüge als Begründung nicht, um einen genügend disziplinierenden Einfluss zu verneinen. Auf dem schweizeri-



schen Breitbandmarkt spiele der Wettbewerb durchaus, was u.a. auch eine kürzlich erschienene BAKOM-Studie¹¹ zeige, wonach die Schweiz trotz relativ hoher Preise und geringer Maximalbandbreiten eine vergleichsweise hohe Penetrationsrate im Breitbandbereich aufweise. Im Übrigen sei aufgrund ihrer neuen VDSL-Breitbandangebote auch die Aussage zu den hohen Preisen zu relativieren. In einer Studie von WIK¹² würde die hohe Haushaltsdurchdringung der Kabelnetze in der Schweiz (rund 80% der 3.1 Mio. Haushalte hätten einen TV-Kabelnetzanschluss) ausdrücklich als Grund für „scharfen Wettbewerb zwischen Infrastrukturen“ dargestellt. All dies führe dazu, dass sich die Gesuchsgegnerin im relevanten Markt nicht ausreichend unabhängig verhalten könne.

Die Frage des indirekten Einflusses nachgelagerter Märkte ist eine der komplexeren Fragestellungen in der Wettbewerbsökonomie. Neuere Studien¹³ zeigen auf, dass ein indirekter Einfluss des nachgelagerten Marktes insbesondere aufgrund folgender Indikatoren überprüft werden kann: (i) Marktanteile der traditionellen Fernmeldediensteanbieterinnen (Incumbents), der Internet Service Providers (ISP) sowie der Kabelnetzbetreiberinnen; (ii) Geschwindigkeit der Weitergabe von Preisveränderungen auf dem Wholesale-Markt; (iii) bestehende Elastizitäten auf dem Endkundenmarkt; (iv) Marktanteilsverschiebungen aufgrund von Angebotsveränderungen auf dem Endkundenmarkt sowie (v) Marktanteilsverschiebungen aufgrund relativer Angebotsveränderungen auf dem Wholesalemarkt. Entsprechend sind diese Aspekte in einer fundierten Analyse des indirekten Einflusses des nachgelagerten Endkundenmarkts grundsätzlich zu berücksichtigen. Die WEKO hat sich in ihrer Analyse mit diesen Indikatoren auseinandergesetzt. Insbesondere hat sie die Marktanteile der Gesuchsgegnerin (Incumbent), anderer xDSL-Anbieterinnen (ISP) sowie der Kabelnetzanbieterinnen miteinander verglichen. Sie hat auf bestehende Studien Bezug genommen, die Aussagen zu Preisveränderungen und ihrer Weitergabe machen (vgl. zitierte BAKOM-Studie, bspw. Kapitel 4 Fazit, S. 11) und sie hat sich unter Hinweis auf die geringen Wechselquoten zur Elastizität der Endkundennachfrage geäußert und dabei ein statisches Kundenverhalten festgestellt. Auch die Entwicklung der Marktanteile, welche sich unabhängig von Angebotsveränderungen konstant zugunsten der Gesuchsgegnerin verändert haben, hat sie analysiert.

Die Gesuchsgegnerin beruft sich jedoch auf den REKO/WEF-Entscheid zu ADSL (a.a.O.) und die darin geforderten Abklärungen in Bezug auf die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Endkundenmarkt. Auf die darin gemachten Vorgaben wird nachfolgend einzugehen sein. Vorauszuschicken ist lediglich, dass die REKO/WEF in diesem Entscheid die Verfügung der WEKO aufhob und zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen zurückwies. Ein neuer WEKO-Entscheid erging dann jedoch nicht, so dass kein letztinstanzlicher materieller Entscheid existiert, der sich mit der Validität der im entsprechenden Beschwerdeentscheid gemachten Erwägungen auseinandersetzt.

In materieller Hinsicht wird seitens der REKO/WEF verlangt, dass zu klären sei, welche Rand- und Ballungsgebiete und damit welche Kundenpotenziale mit xDSL-, Kabel- oder beiden Netzinfrastrukturen erschlossen seien. Ein Blick in das Gutachten zeigt, dass sich die WEKO mit dieser Frage durchaus auseinandergesetzt hat, einerseits unter Verweis auf die dem Gutachten beigegebene Netzabdeckungskarte, andererseits mit Aussagen zur unterschiedlich hohen Erschliessung der Haushalte durch die beiden Netzinfrastrukturen (vgl. u.a. Gutachten Rz. 47/48 und Rz. 50/51, Netzabdeckungskarte der Kabelnetze im Anhang).

Weiter wird verlangt, es sei zu prüfen, inwiefern der Infrastrukturwettbewerb im Endkundenmarkt vor allem bei der Akquisition von Neukunden spiele oder in wesentlichem Umfang auch Mutationen generiere. Zudem seien bezüglich Wechselbereitschaft der Endkunden die Folgekosten ihres Infrastrukturentscheids sowie des Umsteigens von einem Netz auf das andere zu klären. Auch diesen Fragen ist die WEKO nachgegangen. Zwar wurde zu diesem Zweck keine Endkundenbefragung durchgeführt, doch hat sie sich dabei auf bereits vorhandene Informationen stützen können. Auf eine Endkundenbefragung konnte deshalb verzichtet werden. Ausser Daten für allfällige aufwändige ökonomische Auswertungen der Preiselastizitäten auf dem Endkundenmarkt wären keine weitergehenden, nicht

¹¹ BAKOM: Der Schweizer Breitbandmarkt im internationalen Vergleich, Juli 2006, S.8.

¹² Marcus/Stamm, Kabelinternet in Deutschland, WIK Consult, Policy Paper, Bad Honnef, 24.11.2006, S. 35.

¹³ Vgl. "The Principles of Indirect Pricing Constraints in Market Analysis", Decisio BV, May 2007, S. 29.



bereits vorhandenen, für das Resultat schlussendlich relevanten Informationen zu erwarten gewesen. Was die tiefe Wechselbereitschaft der Endkundinnen und Endkunden betrifft, ist der Gesuchsgegnerin zuzubilligen, dass die Dienstleistungsqualität durchaus auch eine Rolle spielen dürfte. Daneben müssen aber Faktoren wie sie bereits unter Ziff. 2.6.3.1.1 und 2.6.4.1.4 angesprochen wurden, wie beispielsweise die für die Endkundinnen und Endkunden mit einem Wechsel verbundenen Unsicherheiten, ebenfalls berücksichtigt werden. Da genügend Indizien für die Beurteilung der Wechselkosten auch ohne aufwändige Endkundenbefragung verfügbar sind, die Wechselkosten überdies nur ein Element zur Beurteilung der Verhältnisse auf dem Endkundenmarkt darstellen und die Verhältnisse auf dem Endkundenmarkt schliesslich nur indirekt auf die Marktstellung der Gesuchsgegnerin einwirken, konnte auf eine derartige Befragung verzichtet werden. Dies umso mehr, als es hier um ein Gutachten im Rahmen eines Zugangsverfahrens geht, das nach dem Willen des Ordnungsgebers innert vier Wochen zu erstellen ist (Art. 72 FDV) und dies erst noch im Rahmen eines Verfahrens, das gemäss Art. 11a Abs. 3 FMG innerhalb von sieben Monaten zu einem erstinstanzlichen Entscheid führen sollte. Daraus ergibt sich von selbst, dass der mit einem derartigen Gutachten verbundene Aufwand auf das Sinnvolle und Nötige begrenzt werden muss.

Weiter wird im REKO/WEF-Entscheid (a.a.O.) Klärung darüber gefordert, wie es sich angesichts der qualitativen Unterschiede mit der Preisführerschaft des Kabelnetz- resp. des xDSL-Angebots verhalte. Die WEKO hat sich dieser Frage insofern angenommen (u.a. Rz. 83), als sie auf die BAKOM-Studie¹⁴ verweist, woraus hervorgeht, dass das Kabelnetz-Breitbandangebot für Endkunden günstiger ist als vergleichbare xDSL-Angebote (S. 3 gleiche Studie). Dies genügt aber offenbar nicht, um überproportional viele neue Kunden für sich zu gewinnen. Vielmehr können xDSL-Anbieterinnen und vor allem Swisscom mit ihrer Bluewin-Marke den grössten Anteil Neukundinnen und Neukunden verzeichnen (WEKO-Gutachten, Abbildung 3, S. 22). Die WEKO zieht daraus berechtigterweise den Schluss, ein Blick auf die Preise deutet jedenfalls nicht darauf hin, dass Swisscom durch die Kabelnetzbetreiberinnen oder andere xDSL-Anbieterinnen diszipliniert werden könne (Rz. 83). Dass die Schweizer Bevölkerung bisher bereit war, relativ hohe Preise für vergleichsweise geringe Bandbreiten zu bezahlen und nach wie vor eine stabil wachsende Nachfrage nach Breitbanddiensten besteht, lässt entgegen der Behauptung der Gesuchsgegnerin jedenfalls keine Aussage zugunsten eines intensiven Wettbewerbs auf dem Breitbandmarkt zu. Vielmehr zeigt dieser Umstand lediglich auf, dass eine Breitbandanbindung als wichtig erachtet wird und die Zahlungsbereitschaft der Schweizer Endkundinnen und Endkunden absolut gesehen hoch ist. Dass die Gesuchsgegnerin in neuester Zeit aufgrund grossflächig getätigter Investitionen in die VDSL-Technologie höhere Bandbreiten zu gleich bleibenden, resp. aktuell sinkenden Preisen¹⁵ anbietet und damit in preislicher Hinsicht zum europäischen Mittel aufschliesst¹⁶, ändert nichts an diesem Ergebnis.

Die Forderung schliesslich, es sei auch zu prüfen, inwiefern neue Dienstleistungskombinationen, insbesondere Triple Play, den Markt beeinflussten, ist nach Ansicht der ComCom mangels Relevanz zurückzuweisen. Triple Play im Sinne eines den Telefon-Sprachdienst, Internet-Breitband und Fernsehen über Internet (IPTV) umfassenden Gesamtangebots für Endkundinnen und Endkunden hat sich bislang im Markt als Verkaufsargument nicht durchgesetzt. Für die Sprachtelefonie über Internet haben gemäss Angaben der Gesuchsgegnerin im letzten Quartal nur 16'000 Kundinnen und Kunden ihren bisherigen traditionellen Anschluss zugunsten eines auf dem Internet basierenden Sprachtelefonieanschlusses bei Cablecom aufgegeben, trotz angeblich sehr attraktivem Angebot¹⁷. Die Verschmelzung von Internet, Sprachtelefonie und Fernsehen ist für die Endkundinnen und Endkunden noch nicht Realität. Die Nachfrage nach Breitbandzugang ist damit ganz offensichtlich nicht durch Triple Play-Angebote getrieben. Letztere sind deshalb für die Analyse des nachgelagerten Marktes nicht von Relevanz. Die WEKO hat sich demnach zu Recht mit dieser Frage nicht weiter beschäftigt.

¹⁴ Kosten der Breitbanddienste [ADSL und Kabelmodem]: Vergleich und Entwicklung, BAKOM, 8. August 2007.

¹⁵ Vgl. Pressemitteilung Swisscom vom 12.11.07, „Schnellster Internet-Zugang zu attraktiven Preisen“.

¹⁶ Vgl. auch BAKOM Studie « Coûts des services à large bande (ADSL et câble modem): comparatif et évolution, Résultats (2006-2007) », November 2007.

¹⁷ Aussage von Swisscom CEO Karsten Schloter während einer Telefonkonferenz (Finanzanalystenkonferenz Q 3 2007, Quelle Webcast Swisscom Q3 2007 Finanzanalystenkonferenz).



Die Gesuchsgegnerin verfügt aktuell auf dem Endkunden-Breitbandmarkt via Bluewin über einen Marktanteil von 48.8%.¹⁸ In der EU wird eine Untersuchung bezüglich Marktbeherrschung ab 40% eingeleitet, mit 50% Marktanteil wird per se Marktbeherrschung vermutet. Auch wenn ein hoher Marktanteil alleine nicht zwangsläufig bedeutet, dass kein wirksamer Wettbewerb besteht, so ist er doch ein starkes Indiz dafür (BGE 130 II 449, E. 5.7.2). Die Gesuchsgegnerin baut ihren Marktanteil weiterhin aus¹⁹. Wettbewerbsimpulse, welche meist von Cablecom ausgehen, haben offenbar keinen erkennbaren Einfluss auf diese Entwicklung. Der Marktanteil der Gesuchsgegnerin ist kontinuierlich gewachsen. In den letzten Monaten hat sich auch die Schere zwischen ihr und den anderen ADSL-Anbieterinnen noch mehr zu ihren Gunsten verändert²⁰. Diese Entwicklung steht im Gegensatz zu der im REKO/WEF-Entscheid (a.a.O.) antizipierten Entwicklung auf dem Endkundenmarkt. Dagegen hat die WEKO bereits im Jahr 2003 in ihrer Untersuchung zu ADSL mit zunehmenden Marktanteilen für Bluewin gerechnet (RPW2004/2, S. 438, Rz. 135).

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die WEKO nach Ansicht der ComCom die Frage des indirekten Einflusses des nachgelagerten Marktes hinreichend untersucht hat. Die WEKO ist aufgrund mehrerer Untersuchungen in diesem Bereich mit den Marktverhältnissen gut vertraut und hat diese sachgemäss in ihre Überlegungen einbezogen. Wenn die Gesuchsgegnerin meint, die WEKO irre, wenn sie davon ausgehe, dem indirekten Einfluss des nachgelagerten Marktes bei der Beurteilung der Marktstellung von Swisscom Fixnet auf dem Wholesale-Markt sei nur beschränkt Rechnung zu tragen, so handelt es sich hier letztlich um eine methodische Frage. Die ComCom hat keinen Anlass, in diesem Punkt der fachkompetenten Gutachterin zu widersprechen. Für sie ist letztlich massgeblich, dass dieser Einfluss selbst dann, wenn er vollumfänglich zu berücksichtigen wäre, aufgrund des insgesamt nur mangelhaft ausgeprägten Wettbewerbs nicht genügen würde, um die Gesuchsgegnerin im relevanten Markt ausreichend zu disziplinieren. Denn der WEKO ist beizupflichten, wenn sie zum Schluss kommt, seitens der Kabelnetzbetreiberinnen und insbesondere seitens Cablecom existiere nur ein beschränkter Wettbewerbsdruck auf die Gesuchsgegnerin. Aufgrund des aktuellen Marktanteils-Entwicklungstrends auf dem Endkundenmarkt dürfte dieser Wettbewerb künftig zudem noch stärker bedroht sein.

Dieses Ergebnis erstaunt insofern nicht, als bei Vorhandensein von nur zwei relevanten Infrastruktur-anbieterinnen im Sinne eines Duopols nachhaltig wirksamer Wettbewerb die Ausnahme bildet und nur gegeben ist, wenn besondere Umstände diese Ausnahme begründen.

¹⁸ Stand 30.9.2007, Quelle: Swisscom Telefonkonferenz Präsentation Finanzanalystenkonferenzen zu Q3 2007, Folie 21.

¹⁹ Gemäss eigenen Angaben der Gesuchsgegnerin gegenüber Finanzanalysten zu Q1, Q2 & Q3 2007 stieg ihr Anteil von 48% Ende Q1 2007 auf 48.3% Ende Q2 2007 und 48.8% Ende Q3 2007, während der Marktanteil von Cablecom von 20% (Q1 2007) auf 19.2% (Q3 2007) zurückging (Quelle: Gesuchsgegnerin, Finanzanalystenkonferenzen zu Q1, Q2, und Q3 2007) Einzig die anderen Kabelnetzbetreiber konnten leicht Marktanteile gewinnen. Allfällige Diskrepanzen zwischen den Zahlen der Gesuchsgegnerin und der WEKO ergeben sich aufgrund unterschiedlicher Annahmen zur gesamten Anzahl Breitbandbezüger in der Schweiz sowie aus zeitlich unterschiedlichen Datenerhebungen.

²⁰ Der Markt-Anteil der ISP welche xDSL Produkte wiederverkaufen ging von Q1 2007 mit 20% auf 19.4% für Q3 2007 zurück (Quelle: Gesuchsgegnerin, Präsentationen zu Finanzanalystenkonferenzen zu Q1, Q2, und Q3 2007).



2.6.5. Fazit

Die ComCom ist an das Gutachten der WEKO nicht gebunden und kann davon abweichen, wenn sie überzeugende Gründe dafür hat (BGE 132 II 257 E. 5.2). Wie vorliegend dargelegt, sieht die ComCom jedoch keinen Grund, vom Standpunkt der WEKO abzuweichen. Die von der WEKO irrtümlich gemachten Aussagen wurden von der ComCom in der vorliegenden Entscheidung korrigiert und erwiesen sich überdies als nicht relevant für die Klärung der Frage der Marktbeherrschung. Der von der Gesuchsgegnerin gestellte Antrag auf Neuerstellung, resp. Überarbeitung des WEKO-Gutachtens erweist sich deshalb als unbegründet. Die WEKO hat den relevanten Markt sachgerecht abgegrenzt und die Marktstellung der Gesuchsgegnerin nach Ansicht der ComCom korrekt beurteilt. Insbesondere hat sie, wie auch in der vorliegenden Entscheidung nochmals verdeutlicht, zu Recht darauf verwiesen, dass für alternative Fernmeldediensteanbieterinnen, welche Endkundinnen und Endkunden ein flächendeckendes Breitbandangebot machen möchten, auf Vorleistungsstufe weder gegenwärtig noch in absehbarer Zukunft eine valable Alternative zum Angebot der Gesuchsgegnerin besteht.

Die ComCom kommt deshalb zum Schluss, dass Swisscom Fixnet im Bereich des schnellen Bitstromzugangs marktbeherrschend ist und demgemäss der Gesuchstellerin den Zugang dazu gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. b FMG zu gewähren hat.

3. Kosten und Parteientschädigung

[...]



Aus diesen Gründen wird verfügt:

1. Swisscom Fixnet AG hat während vier Jahren den schnellen Bitstromzugang gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. b FMG zu gewähren.
2. [...]
3. Die Verfügung wird den Parteien über ihre Rechtsvertreterinnen und Rechtsvertreter mit eingeschriebenem Brief gegen Rückschein eröffnet.

Eidgenössische Kommunikationskommission ComCom

Marc Furrer
Präsident

Rechtsmittel

Gegen diese Verfügung kann innerhalb von 30 Tagen ab Eröffnung schriftlich Beschwerde erhoben werden. Diese Frist steht still vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August und vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar. Die Beschwerde ist einzureichen an das

Bundesverwaltungsgericht
Postfach
3000 Bern 14.

Die Beschwerde hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Die angefochtene Verfügung und die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind der Beschwerde beizulegen, soweit der Beschwerdeführer sie in Händen hat.