

**Einschreiben**

Wettbewerbskommission  
Sekretariat  
Hallwylstrasse 4  
3003 Bern

Prof. Dr. Simon Schläuri  
schlauri@ronzani-schlauri.com  
+41 44 500 57 22

Zürich, 15. Juli 2021

Sehr geehrter Herr Direktor,  
Sehr geehrte Damen und Herren

In Sachen

**Init7 (Schweiz) AG**

Technoparkstrasse 5, 8406 Winterthur

**Anzeigerin 1**

**BSE Software GmbH («Solnet»)**

Glutz Blotzheim-Strasse 1, 4500 Solothurn

**Anzeigerin 2**

**Ticinocom SA**

Via Stazione 5, 6600 Muralto

**Anzeigerin 3**

Alle Anzeigerinnen vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. Simon Schläuri, Ronzani Schläuri  
Anwälte, Signaustasse 11, 8008 Zürich

gegen

**Swisscom (Schweiz) AG**

Alte Tiefenaustasse 6, 3050 Bern

**Angezeigte**

betreffend

## **Preise von Telekommunikationsleistungen**

reiche ich namens und im Auftrag meiner Klientinnen

### **Anzeige**

ein mit folgenden

### **Rechtsbegehren:**

#### **Materielle Anträge:**

1. Es sei festzustellen, dass die Angezeigte eine einzeln oder kollektiv marktbeherrschende Stellung auf den Märkten für Zugang zur Telekommunikationsinfrastruktur auf Layer 1 bzw. Layer 2 in Form von Einzelanschlüssen innehat.
2. Es sei festzustellen, dass die Angezeigte ihre marktbeherrschende Stellung gemäss Ziffer 1 im Sinne von Art. 7 KG missbraucht, indem sie eine Preispolitik praktiziert, durch welche ein Missverhältnis zwischen den Vorleistungspreisen der Produkte Broadband Connectivity Service (BBCS) bzw. Access Line Optical (ALO) und ihren Endkundenpreisen begründet wird.
3. Der Angezeigten sei ab sofort zu verbieten, ihre Preise in einer Weise festzulegen, bei der ihr eigener Endkundenpreis gleich oder niedriger zu liegen kommt als die Summe der Vorleistungspreise in den jeweils relevanten Märkten und der Kosten der Angezeigten zur Verfügungstellung ihres Endkundenprodukts. Insbesondere:
  - 3a. Der Angezeigten sei ab sofort zu verbieten, den auf den aktuellen Parametern (Vorleistungspreis, Endkundenpreis, Kosten) basierenden Preis des Vorleistungsprodukts ALO (Layer 1) auf über 15.90 Franken festzulegen und von den Anzeigerinnen Aktivierungsgebühren (insbesondere für Bereitstellung und Vorverkabelung) zu verlangen.
  - 3b. Der Angezeigten sei ab sofort zu verbieten, den auf den aktuellen Parametern (Vorleistungspreis, Endkundenpreis, Kosten) basierenden Preis des Vorleistungsproduktes BBCS (Layer 2) mit 10 Gbps oder weniger Bandbreite auf über 22 Franken festzulegen.
  - 3c. Die Angezeigte sei zu verpflichten, die Beträge gemäss Ziffern 3a und 3b bei Änderungen der genannten Parameter unter Berücksichtigung von Ziffer 3 anzupassen.
  - 3d. Eventualiter sei der Angezeigten zu verbieten, für die Produkte ALO (Layer 1) und BBCS (Layer 2) Preise zu verlangen, welche von der Wettbewerbskommission festzulegende Kriterien zur Preisfestlegung für BBCS bzw. ALO verletzen.

#### **Verfahrensanträge:**

4. Es seien eine Vorabklärung durchzuführen und in der Folge eine Untersuchung gegen die Anzeigte wegen Missbrauchs ihrer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 7 KG zu eröffnen.

5. Rechtsbegehren 3 und 3a-3d seien als vorsorgliche Massnahmen zu verfügen.
  6. Einer allfälligen Beschwerde der Angezeigten gegen die anzuordnenden Massnahmen sei die aufschiebende Wirkung zu entziehen.
  7. Es sei die Angezeigte wegen der schwerwiegenden Wettbewerbsverstösse gemäss vorstehenden Anträgen, insbes. Ziff. 1 und 2, ein Bussgeld nach Art. 49a Abs. 1 KG aufzuerlegen. Dabei sei zu berücksichtigen, dass es sich um eine Wiederholung einer bereits gebüssteten Verhaltensweise (vgl. Verfügung der Wettbewerbskommission vom 19. Oktober 2009, RPW 2010/1, S. 116 ff.; Verfügung der Wettbewerbskommission vom 21. September 2015, RPW 2016, S. 128 ff.) handelt.
  8. Den Anzeigerinnen sei in einem Untersuchungsverfahren Parteistellung zu gewähren.
- Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Angezeigten.

Ich führe aus zur

### **Begründung:**

#### **A. Formelles**

1. Der Unterzeichnende ist gehörig bevollmächtigt.

<b>BO</b> <i>Vollmacht der Anzeigerin 1 vom 13. Juli 2021</i>	<i>Beilage 1</i>
<i>Vollmacht der Anzeigerin 2 vom 14. Juli 2021</i>	<i>Beilage 2</i>
<i>Vollmacht der Anzeigerin 3 vom 13. Juli 2021</i>	<i>Beilage 3</i>

2. Die Anzeigerinnen werden durch das vorliegend monierte Verhalten der Angezeigten in der Ausübung des Wettbewerbs behindert. Sie sind zudem in jedem Fall als Dritte im Sinne von Art. 26 KG zur vorliegenden Anzeige und zur Stellung der vorliegenden Begehren legitimiert (Beuret, in: DIKE-KG, N 10 zu Art. 26).

#### **B. Tatsächliches**

##### **a) Parteien**

3. Die Anzeigerinnen sind Schweizer Anbieterinnen von Fernmeldediensten (nachstehend: *Diensteanbieterinnen*). Die Anzeigerinnen beziehen von der Angezeigten Dienstleistungen:
  - Alle Anzeigerinnen beziehen von der Angezeigten Dienstleistungen auf OSI Layer 2 mit der Bezeichnung «Broadband Connectivity Service» («BBCS»; vgl. <https://www.swisscom.ch/de/business/wholesale/angebot/anschluesse/BBCS.html>).
  - Einige der Anzeigerinnen bezieht zudem Glasfaser-Dienstleistungen auf OSI Layer 1 («unbeleuchtete Glasfaser») mit der Bezeichnung «Access Line Optical» («ALO»;

vgl. <https://www.swisscom.ch/de/business/wholesale/angebot/anschluesse/ALO.html>).

4. Die Angezeigte bezweckt die Erbringung von Fernmeldediensten und errichtet und betreibt in der Schweiz ein Telekommunikationsnetz, das sie auch dritten Diensteanbieterinnen zur Verfügung stellt.

**b) Die Produkte ALO und BBCS der Angezeigten**

5. Die Angezeigte bietet ihre Telekommunikations-Vorleistungsprodukte den Diensteanbietern in zwei Produkte differenziert an. Die Differenzierung erfolgt anhand von zwei Schichten («Layers») des sogenannten OSI-Modells (Open Systems Interconnection Model, vgl. <https://de.wikipedia.org/wiki/OSI-Modell>; Verfügung der Weko vom 14. Dezember 2020 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend Netzbaustrategie Swisscom; Anordnung vorsorglicher Massnahmen gegen Swisscom (Schweiz) AG, Ziff. 118):
  - Das Produkt Swisscom ALO («Access Line Optical») basiert auf Layer 1 (physische Schicht) und entspricht im Wesentlichen der physischen Glasfaser selber, ohne Beschaltung mit zusätzlichen Geräten.
  - Das Produkt Swisscom BBCS («Broadband Connectivity Service») setzt auf Layer 2 auf und beinhaltet daher *zusätzlich* jene Geräte, die eine gegen Übertragungsfehler abgesicherte Verbindung zwischen den beiden Endpunkten einer Verbindung sicherstellen. BBCS umfasst sowohl Glasfaser als auch Kupferleitungen.

**c) Die Preisstruktur des Angebots der Angezeigten**

Vorleistungsprodukte

6. Der monatlich zu entrichtende Preis, den die Anzeigerinnen der Angezeigten für Layer 1 (ALO) bezahlen müssen, liegt derzeit bei 25 Franken pro Kundenanschluss, jener für BBCS zwischen 22 (25 Mbps) und 35 Franken (10 Gbps).
7. Für das Vorleistungsprodukt ALO verrechnet die Angezeigte den Anzeigerinnen eine Aktivierungsgebühr von 147.80 (inklusive Faser aufstecken), und eine Vorverkabelungs-Gebühr von CHF 2403.00 pro 24 Fasern. Im Gegensatz dazu wird für BBCS keine Aktivierungsgebühr in Rechnung gestellt.
8. Diese Preise verstehen sich *ohne Mehrwertsteuer*.

**BO** Aktuelle Preisliste der Angezeigten für das Produkt ALO

Beilage 4

Aktuelle Preisliste der Angezeigten für BBCS-Produkte

Beilage 5

## Endkundenprodukte

9. Die Angezeigte bietet Endkundenprodukte unter den Marken Swisscom und Wingo an. Anfangs 2020 lancierte sie zum ersten Mal eine Rabattaktion, in deren Rahmen sie das Produkt «Wingo Internet» für 39 Franken anbot (zzgl. 61 Franken Aktivierungsgebühr und 9 Franken Versandkosten).

**BO** "Screenshot" der Website der Angezeigten vom 5. Februar 2020 Beilage 6

10. Im Juni 2021 lancierte die Angezeigte eine weitere Kampagne für «Wingo Internet» für 49 Franken bei 10 Gbps.

**BO** Werbung der Angezeigten für Wingo vom 20. Juni 2021 Beilage 7

11. Ungefähr Anfangs Juli 2021 lancierte die Angezeigte zudem auch unter der Marke «Swisscom» ein Angebot «Internet L» mit 10 Gbps Bandbreite für 39 Franken, ausserdem auch ein Angebot "Internet M" mit 300 Mbps Bandbreite und ein Angebot "Internet S" mit 100 Mbps Bandbreite. Alle Angebote kosten einheitlich 39 Franken inklusive Mehrwertsteuer. Bei Online-Bestellung entfällt die Aktivierungsgebühr von 89 Franken, ausserdem schenkt Swisscom den Kunden einen WLAN-Router im Wert von 199 Franken. Die Kampagne läuft bis zum heutigen Tag der Eingabe dieses Schreibens.

**BO** "Screenshot" der Website der Angezeigten vom 6. Juli 2021 Beilage 8

12. Die Endkundenpreise der Angezeigten verstehen sich *inklusive Mehrwertsteuer*.

**d) Zur Marktsituation insbesondere**

## Natürliches Monopol

13. Ein natürliches Monopol ist ein Monopol in einer Branche, in der hohe Infrastrukturkosten und andere Markteintrittsschranken dem grössten Anbieter einen uneinholbaren Vorteil gegenüber möglichen Konkurrenten verschaffen. In einem Markt für Fernmeldeinfrastruktur hat zumindest das Netzwerk auf der «letzten Meile», d.h. die Leitungen von der letzten Zentrale zum Endkunden, regelmässig den Charakter eines natürlichen Monopols. Hintergrund sind Skaleneffekte bzw. Bündelungsvorteile: Diese bringen es mit sich, dass die Erschliessungskosten für zusätzliche Kunden auf dem Netzwerk laufend sinken (degressive Kosten). Ist die Infrastruktur des ersten Anbieters in einem Gebiet einmal ausgerollt, ist es daher für einen Konkurrenten in jedem Fall teurer, weitere Kunden an sein Netzwerk anzuschliessen als es für den ersten Anbieter ist (vgl. S. Schläuri, Network Neutrality: Netzneutralität als neues Regulierungsprinzip des Telekommunikationsrechts, Zürich etc. 2010 = Habil. Zürich 2010, <https://doi.org/10.5167/uzh-36715>, 60).

14. Anders als in normal funktionierenden Märkten bleibt diese Situation dann stabil, wenn der Marktauftritt zugleich mit hohen versunkenen Kosten verbunden ist, d.h.

mit Kosten, die nicht mehr erhältlich sind, wenn ein Unternehmen den Markt verlässt. Für Telekommunikationsnetzwerke sind hohe versunkene Kosten typisch, insbesondere aufgrund der notwendigen Tiefbauarbeiten. Sie führen, zusammen mit den degressiven Kosten, dazu, dass die entsprechenden Märkte nicht als bestreitbar («contestable») gesehen werden. Es ist mithin sehr unwahrscheinlich, dass weitere Unternehmen erfolgreich in die entsprechenden Märkte eindringen können (G. Knieps, Wettbewerbsökonomie, 3. A. Berlin/Heidelberg 2008, 29 ff.; Schläuri, a.a.O., 54 ff.).

#### Konkrete Situation

15. Das Telekommunikationsnetz der Angezeigten unterliegt genau diesen Bedingungen. Die Situation wird noch dadurch verschärft, dass die Angezeigte über ein vorbestehendes Rohrleitungsnetz verfügt, das auch zur Verlegung von Telekommunikationsleitungen geeignet ist und von der Angezeigten entsprechend genutzt wird. Auch dies schliesst von vornherein aus, dass ein weiterer Wettbewerber auftreten kann. Es besteht ein natürliches Monopol.

#### Alleinbaugebiete

16. In jenen Gebieten, in denen die Angezeigte allein tätig ist («Alleinbaugebiete»), hat sie damit eine Monopolstellung inne, die nicht angreifbar ist.
17. Zu diesen Alleinbaugebieten gehören etwa Adliswil, Biel, Chur, Dübendorf, Kloten, Pratteln, Schaffhausen, Thun, Uster und Zug, aber mittlerweile auch viele Landgemeinden (Aufzählung nicht abschliessend). Zudem gibt es viele «kleinere» Standorte wie Neubausiedlungen mit einem Potenzial von wenigen Dutzend bis Hundert Kunden, in denen die Angezeigte allein tätig ist.

#### Gebiete mit Kooperationen der Angezeigten

18. Soweit die Angezeigte jeweils mit lokalen Energieversorgern kooperiert, macht die vertraglich vereinbarte gemeinsamen Erschliessung der jeweiligen Gebiete aus diesem natürlichen Monopol zudem nicht plötzlich einen kompetitiven Markt. Sofern die Angezeigte wider Erwarten aufgrund der Ausgangslage nicht auch in den Gebieten mit Kooperationen als Alleinmarktbeherrscherin gelten sollten, besteht immerhin eine Situation mit kollektiver Marktbeherrschung, in der der wirksame Wettbewerb von Anfang an zumindest erheblich beschränkt bleibt (vgl. die Begründung hierfür im rechtlichen Teil, nachstehend Ziff. 36).

### C. Rechtliches

#### a) *Geltungsbereich des Kartellgesetzes*

19. Die Angezeigte ist ein Unternehmen des privaten Rechts. Sie übt mit ihrem Verhalten, wie zu zeigen sein wird, Marktmacht aus. Der Sachverhalt fällt in den Geltungsbereich des KG (Art. 2 KG).

## **b) Marktabgrenzung**

### Marktgegenseiten

20. Nach Art. 11 Abs. 3 lit. a und b VKU ist der relevante Markt aus der Sicht der Marktgegenseite zu bestimmen. Auch der SSNIP-Test ist aus der Sicht der Marktgegenseite vorzunehmen. Mit dem Begriff der Marktgegenseite ist die Gegenseite derjenigen Unternehmen gemeint, deren marktbeherrschende Stellung zu überprüfen ist (Reto A. Heizmann, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, Zürich 2005, N 280).
21. Nach Heizmann, N 281, wird zur Bestimmung der Marktgegenseite geprüft, welches die tatsächlichen Abnehmer bzw. Lieferanten der am konkreten Verfahren beteiligten Unternehmen sind. Dies hat insbesondere den Vorteil, dass es so möglich ist, alle Marktstufen, aus denen sich die Marktgegenseite zusammensetzen kann (etwa Grosshändler, Detaillisten oder Endkonsumenten), einzeln als Marktgegenseiten zu erfassen. Denn unterschiedliche Nachfragergruppen können über unterschiedliche Ausweichmöglichkeiten verfügen. Ist die Marktgegenseite nicht homogen, müssen denn auch separate Teilmärkte für verschiedene Stufen abgegrenzt werden (Theorie der getrennten Märkte; Heizmann, a.a.O., m.H.).
22. Marktgegenseiten sind vorliegend:
  - einerseits die Anbieterinnen von Zugang zu Telekommunikationsinfrastruktur der letzten Meile (d.h. die Angezeigte, sowie in einigen wenigen Gebieten die lokalen Energieversorger, und
  - andererseits Diensteanbieterinnen wie die Anzeigerinnen, welche Vorleistungen beziehen und Endkunden mit Internetzugang versorgen.
23. Die Marktgegenseite der Diensteanbieterinnen ist jedoch nicht homogen. Dies aus den folgenden Gründen:
24. Seit einigen Jahren bietet die Angezeigte sogenannte IRUs (Indefeasible Rights of Use, unkündbare Nutzungsrechte) an. Ein IRU ist eine Art von Telekommunikationsmietvertrag, eine dauerhafte vertragliche Vereinbarung, die nicht gekündigt werden kann, zwischen den Eigentümern eines Netzes und einer Dienstleisterin. Die Dienstleisterin erwirbt das Recht, eine bestimmte Kapazität des Netzes für eine bestimmte Anzahl von Jahren zu nutzen. IRU-Verträge haben fast immer eine lange Laufzeit, in der Regel 10 bis 30 Jahre. Ein IRU-Erwerber kann die entsprechende Kapazität des Netzes des Erstellers für den festgelegten Zeitraum bedingungslos und exklusiv nutzen.
25. Die Preise für die Anschlüsse in einem IRU sind für die Vertragsdauer vorab zu bezahlen. Für eine zwanzigjährige Laufzeit beträgt der Preis für einen Layer-1-Anschluss beispielsweise rund 3500 Franken. Betrachtet man die Gesamtzahl der Anschlüsse, die mit IRUs geregelt werden, kommen rasch Millionenbeträge zusammen.

26. Aufgrund der hohen Vorabinvestitionen sind IRU-Verträge nur für grosse und damit finanzstarke Diensteanbieterinnen interessant. Dies stellte auch der Preisüberwacher in einer Empfehlung zuhanden des ewz fest.

**BO** *Empfehlung des Preisüberwachers vom 16. Dezember 2020 zuhanden des ewz, S. 2*

*Beilage 9*

27. Die Marktgegenseite der Diensteanbieterinnen ist damit zu unterteilen in solche, deren Finanzkraft ausreicht, um IRU-Verträge abzuschliessen, und solche, deren Finanzkraft hierzu nicht ausreicht, weshalb sie auf den Bezug von Einzelanschlüssen angewiesen bleiben (ähnlich EuGH 10.07.2014, Rs C-295/12, gemäss dem ein Unternehmen seine beherrschende Stellung auch dann missbraucht, wenn es eine Preispolitik verfolgt, durch die Unternehmen vom Markt verdrängt werden sollen, die vielleicht ebenso leistungsfähig sind wie dieses Unternehmen, wegen ihrer geringeren Finanzkraft jedoch nicht dem auf sie ausgeübten Konkurrenzdruck standhalten können).

#### Sachliche Marktabgrenzung

28. In der bereits zitierten Verfügung der Weko vom 14. Dezember 2020, Ziff. 115 ff., bestätigte die Weko ihre Position, wonach Märkte für Layer-1 und Layer-2 (bzw. Layer-3-) Dienstleistungen zu differenzieren sind. Diese Unterscheidung ist vorliegend insofern relevant, als die Preisstruktur in beiden Märkten zu untersuchen ist.
29. Sollte die Wettbewerbskommission zur Auffassung gelangen, dass auf den Märkten für Layer-1- und Layer-2-Dienstleistungen die Marktgegenseite jeweils homogen ist (dies im Gegensatz zum unter Ziff. 23 ff. Gesagten), so ist im Rahmen der sachlichen Marktabgrenzung zu unterscheiden zwischen:
- Anbieterinnen, die an IRU-Verträgen interessiert sind und
  - anderen Anbieterinnen.
30. Dies aus den folgenden Gründen.
31. Ein wesentliches Kriterium der Marktabgrenzung gemäss Bedarfsmarktkonzept ist bekanntlich der Preis der angebotenen Leistung (statt vieler Stäubli/Schraner, DIKE-KG, N 46 zu Art. 4 KG).
32. Für eine Diensteanbieterin, die nicht über ausreichend finanzielle Mittel zum Abschluss von IRU-Verträgen verfügt, sind die Angebote der Angezeigten für Einzelanschlüsse (ALO, BBCS) nicht durch allfällige IRU-Angebote der Angezeigten substituierbar.
33. Sachlich relevant sind demnach die Märkte für Zugang zur Telekommunikationsinfrastruktur auf Layer 1 und Layer 2, und zwar jeweils *in Form von Einzelanschlüssen, nicht aber in Form von IRUs*.



## Räumliche Marktabgrenzung

34. Der räumliche Markt ist nach Auffassung der Anzeigerinnen regional abzugrenzen (Verfügung der Weko vom 14. Dezember 2020, Ziff. 123).

### c) **Marktbeherrschung**

#### Marktstellung der Angezeigten in allein erschlossenen Gebieten

35. Insoweit, als in einem Gebiet die Angezeigte als einzige Infrastrukturanbieterin tätig ist, verfügt sie gegenüber Diensteanbieterinnen über ein Monopol (Verfügung der Weko vom 14. Dezember 2020, Ziff. 124 f.).

#### Marktstellung der Angezeigten in gemeinsam erschlossenen Gebieten

36. Auch in Gebieten, in denen die Angezeigte nicht allein auftritt, ist sie bereits aufgrund ihres Marktanteils von deutlich über 50% als allein marktbeherrschend einzustufen.

37. Aus den folgenden Gründen, die sich mit möglichen in der Literatur angeführten Gründen decken (vgl. etwa BSK KG-Reinert/Bloch, Art. 4 Abs. 2 N 408 ff.), ist zudem von einer kollektiven Marktbeherrschung auszugehen:

- Ein *erstes* Indiz hierfür ist das Parallelverhalten der jeweiligen Anbieterinnen auf dem Markt: Die Preise für Layer-1-Produkte sind weitgehend vergleichbar und blieben über längere Zeiten weitgehend stabil.
- Der Markt ist *zweitens* jeweils von Anfang an mit jeweils nur zwei Anbieterinnen hoch konzentriert und ist wie bereits beschrieben aufgrund eines natürlichen Monopols durch Dritte nicht bestreitbar. Es ist m.a.W. insbesondere nicht denkbar, dass Aussenseiter ein weiteres Glasfasernetz bauen könnten. Diensteanbieterinnen haben insbesondere keine Möglichkeit, auf dritte Anbieter auszuweichen (essential facility).
- Die beiden Anbieterinnen haben *drittens* jeweils ungefähr vergleichbare Marktanteile (im Fall von Zürich 40% ewz und 60% Swisscom).
- Die beiden Anbieterinnen haben *viertens* regelmässig die Erschliessungsgebiete untereinander vertraglich aufgeteilt, ihre Produktstrukturen sind weitestgehend identisch, die Kostenstrukturen ebenfalls: Der Bau einer Leitung kostet in den zugehörigen Gebieten im Schnitt gleich viel.
- *Fünftens* müssen beide betroffenen Anbieterinnen damit rechnen, dass die Marktgegenseite bei einer eigenen Preisreduktion sofort nachziehen würde, sodass sie keinerlei Vorteil insbesondere aus Preissenkungen ziehen könnten.
- Und *sechstens* sprechen auch die Erfahrungen der Anzeigerinnen in Verhandlungen eine klare Sprache: Sowohl die Angezeigte als auch lokale Energieversorger

sind gegenüber den Anzeigerinnen regelmässig nicht bereit, von ihren einseitig festgelegten Preisen abzuweichen. Die Diensteanbieterinnen sind also offensichtlich nicht in der Lage, die beiden Betroffenen in irgendeiner Weise gegeneinander auszuspielen.

#### Fazit

38. All dies spricht für eine einzeln oder evtl. auch kollektiv marktbeherrschende Stellung der Angezeigten auf den relevanten Märkten.
39. In Bezug auf Anzeigerin 1 und einige andere Abnehmerinnen des Layer-1-Produkts besteht zudem, nachdem sie Millionenbeträge in Layer-1-Infrastruktur investiert haben, eine wirtschaftliche Abhängigkeit von der Angezeigten nach Art. 4 Abs. 2 KG.
40. Wirksamer Wettbewerb, insbesondere Wettbewerb, der die Angezeigte in Bezug auf die technische Ausgestaltung ihrer Angebote für Diensteanbieterinnen disziplinieren würde, fehlt damit.

#### **d) Missbrauch**

##### Kosten-Preis-Schere

41. In BGE 146 II 217, in dem es um Vergleichbares Verhalten der Angezeigten im Bereich ADSL ging, erwog das Bundesgericht zunächst, dass das *wettbewerbsrelevante Verhalten die Kosten-Preis-Schere selbst sei*. Eine Kosten-Preis-Schere qualifiziere auch dann als missbräuchliches Verhalten, wenn weder die Grosshandels- noch die Endkundenpreise des marktbeherrschenden Unternehmens für sich genommen missbräuchlich seien (E. 5.3). Ob eine unzureichende Gewinnspanne der Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens vorliege, sei mit einem Kosten-Preis-Vergleich in Anwendung des efficient competitor-Tests (synonym: equally efficient competitor-Test) beim marktbeherrschenden Unternehmen selbst zu eruieren (E. 5.4). Dabei könne der Nachweis einer missbräuchlichen Kosten-Preis-Schere grundsätzlich erbracht werden, wenn (1.) der Vorleistungspreis für Wettbewerber über dem Marktpreis des marktbeherrschenden Unternehmens auf dem Endkundenmarkt liege (negative Preisdifferenz), oder (2.) die Marge zwischen Vorleistungspreis für Wettbewerber und Marktpreis des marktbeherrschenden Unternehmens nicht ausreiche, um die produktspezifischen Kosten des Wettbewerbers zu decken (positive Preisdifferenz) (E. 5.5). Bei der praktischen Anwendung des efficient competitor-Tests werde auf die tatsächlichen Kosten und die tatsächlich praktizierte Preisgestaltung des marktbeherrschenden Unternehmens abgestellt (E. 5.6). Die Analyse erfolge zudem aus einer ex post Perspektive gestützt auf die historischen Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens. Eine ex ante Analyse würde lediglich die Missbräuchlichkeit der Unternehmensstrategie gestützt auf Prognosen beurteilen, was indes keine Aussagen über die tatsächlichen Wirkungen des mutmasslich missbräuchlichen Verhaltens erlaube. Diese sog. Ertragswertmethode sei ungeeignet und deshalb nicht weiter zu verfolgen (E. 5.7; zum Ganzen etwa Martin Rauber, 2C\_985/2015: Sanktionsverfügung — Preispolitik Swisscom ADSL, Kurzlink: <https://tinyurl.com/t8np2p5n>).

### *Strukturelle Voraussetzungen*

42. Das Gericht stimmte daraufhin — beziehend auf die Praxis und Literatur zum EU-Recht — der Vorinstanz zu, dass vorliegend die drei für die Durchführung einer Kosten-Preis-Schere *notwendigen strukturellen Voraussetzungen* erfüllt seien. Im Einzelnen:
43. *Vertikale Integration entlang der Lieferkette:* Ein Unternehmen muss auf zwei aufeinander folgenden getrennten Produktionsstufen tätig sein. Auf dem vorgelagerten Markt bietet das vertikal integrierte Unternehmen also eine Vorleistung an, die für die Erstellung einer Endleistung genutzt werde. Diese Endleistung stellt das vertikal integrierte Unternehmen ebenfalls her und bietet sie auf dem nachgelagerten Markt an (E. 5.2.1).
44. Die Swisscom-Gruppe stellt in BGE 146 II 217, bei dem es um ADSL-Leistungen geht, ein solches vertikal integriertes Unternehmen dar (E. 6.1). Gleiches muss im vorliegenden Fall gelten.
45. *Abhängigkeit von der Vorleistung:* Das vertikal integrierte Unternehmen muss eine Vorleistung anbieten, auf welche die Wettbewerber im nachgelagerten Markt bei der Erstellung der Endleistung angewiesen seien (E. 5.2.2).
46. Auch dies ist vorliegend gegeben. Die Swisscom-Gruppe verfügt über Vorleistung (ALO und BBCS), auf welche die anderen Anbieter notwendigerweise angewiesen sind, um Breitbandinternet an Endkunden anbieten zu können (E. 6.1).
47. *Marktbeherrschende Stellung:* Das vertikal integrierte Unternehmen muss eine marktbeherrschende Stellung innehaben. Wegen der engen vertikalen Verbundenheit der beiden Märkte genügt es, wenn das Unternehmen nur auf dem vorgelagerten Markt marktbeherrschend ist (E. 5.2.3).
48. Dies ist auch vorliegend der Fall, wie bereits dargelegt wurde (vgl. vorstehend Ziff. 35 ff.).

### *Materielle Voraussetzung: Missverhältnis zwischen den Preisen für Vor- und Endprodukt*

49. Der Nachweis einer missbräuchlichen Kosten-Preis-Schere ist nach BGE 146 II 217 grundsätzlich in folgenden zwei Fällen erbracht:
50. *Erstens:* Ein Marktmachtmissbrauch liegt dann vor, wenn der Vorleistungspreis für die Wettbewerber über dem Marktpreis des marktbeherrschenden Unternehmens auf dem Endkundenmarkt liegt. Oder mit anderen Worten: Sind die vom Marktbeherrscher verlangten Vorleistungspreise höher als die von ihm im nachgelagerten Markt für das Endprodukt geforderten Preise (= negative Preisdifferenz), folgt schon daraus, dass ein ebenso effizienter Konkurrent im nachgelagerten Markt nicht wettbewerbsfähig sein kann, wenn er die dazugehörige Vorleistung in Anspruch nimmt. Insofern bedarf

es keiner genauen Ermittlung der Kosten für das Endprodukt auf dem nachgelagerten Markt.

51. Formal lautet dies: Preis [vorgelagert] > Preis [nachgelagert] (E. 5.5.1)
52. *Zweitens* erscheint das Verhalten missbräuchlich, wenn die Marge zwischen Vorleistungspreis für Wettbewerber und Marktpreis des marktbeherrschenden Unternehmens nicht ausreicht, um die produktspezifischen Kosten des Wettbewerbers [Marktbeherrschers] zu decken. Oder mit anderen Worten: Wenn der Preis der Vorleistung geringer ist als der Preis im nachgelagerten Markt (= positive Preisdifferenz), ist die Ermittlung der produktspezifischen Kosten des Marktbeherrschers im nachgelagerten Markt relevant. Eine Kosten-Preis-Schere, die geeignet ist, ebenso effiziente Wettbewerber zu verdrängen, liegt dann vor, wenn die Summe aus Vorleistungspreis und produktspezifischen Kosten im nachgelagerten Markt gleich hoch oder höher ist als der im nachgelagerten Markt verlangte Preis.
53. Formal lautet dies: Preis [vorgelagert] + Kosten [nachgelagert] > Preis [nachgelagert] (E. 5.5.2).
54. Massgeblich ist die «Schere» und nicht, ob das Vorleistungsentgelt exzessiv ist, oder ob das Endkundenentgelt einem Verdrängungspreis gleichkommt (EuGH 14.102010 Deutsche Telekom Slg. 2010, I-9555, Rn 183). Die Missbräuchlichkeit des Endkundenpreises selbst muss daher nicht festgestellt werden. Die Kosten-Preis-Schere muss so dann nur eine wettbewerbswidrige Wirkung auf dem Markt haben, und nicht unbedingt im konkreten Fall eine Verdrängung bewirken; es genügt der Nachweis einer potenziellen wettbewerbswidrigen Wirkung, durch die zumindest ebenso effiziente Wettbewerber wie das beherrschende Unternehmen verdrängt werden könnten (EuGH, 17.02.2011 TeliaSonera, Slg 2011, I-527, Rn 64).
55. Der Preis **für das Produkt BBCS** mit 10 Gbps beträgt 35 Franken (vorstehend Ziff. 6). Zu diesem Preis sind 7.7 Prozent Mehrwertsteuer hinzuzurechnen. Inklusive Mehrwertsteuer ergibt sich damit ein Preis von 37.70 Franken.
56. Der Endkundenpreis der Angezeigten für das Angebot «Internet L» beträgt 39 Franken (vorstehend Ziff. 9). Damit ergibt sich eine Preisdifferenz von gerade einmal 1.21 Franken.
57. Die Anzeigerinnen haben zwar keine Einsicht in die exakte Kostenstruktur der Angezeigten. Indessen lässt der Vergleich zwischen den Preisen der Angezeigten auf den vorgelagerten Märkten und auf dem nachgelagerten Markt keinen Zweifel offen, dass die Angezeigten mit einer Preisdifferenz von 1.21 Franken ihre Kosten nicht decken kann.
58. Die Preisberechnung für das Angebot «Internet M» sieht wie folgt aus: 39 Franken Endkundenpreis, das BBCS Vorleistungsprodukt mit 300 Mbps Bandbreite kostet 29 Franken zuzüglich Mehrwertsteuer, also 31.25 Franken. Die Preisdifferenz beträgt damit 7.75 Franken oder 19,8%, was die Kosten der Angezeigten ebenfalls nicht deckt.

**BO** "Screenshot" der Website der Angezeigten vom 6. Juli 2021

Beilage 8

59. Die Preisberechnung für das Angebot «Internet S»: 39 Franken Endkundenpreis, BBCS Vorleistungsprodukt 100 Mbps 27 Franken zuzüglich Mehrwertsteuer, also 29.10 Franken ergibt die Preisdifferenz von 9.90 Franken oder 25,4%. Auch diese Preisdifferenz ist nicht ausreichend, um die Kosten der Angezeigten zu decken.

**BO** "Screenshot" der Website der Angezeigten vom 6. Juli 2021

Beilage 8

60. Die Endkunden-Preisgestaltung der Angezeigten (alle Angebote sind gleich teuer – es ist nicht nachvollziehbar, warum ein Kunde ein Angebot mit einer niedrigeren Bandbreite wählen sollte, wenn er zum selben Preis «Internet L» beziehen kann) zeigt deutlich, dass die Gestaltung der Preisliste der BBCS-Vorleistung willkürlich ist. Tatsächlich kostet die Bereitstellung eines Anschlusses nämlich immer gleichviel, unabhängig von der effektiv bereitgestellten Bandbreite. (Die unterschiedlichen Bandbreiten sind höchstens bei der technischen Limitation von Breitbandanschlüssen auf Kupferleitung noch relevant.)
61. Die Abstufung der Preise bei höherer Bandbreite entspricht also keineswegs einer ökonomischen Notwendigkeit, sondern dient einzig dem Zweck, die Endkunden-Angebote der Anzeigerinnen zu kontrollieren. (In der Branche spricht man hierüber spöttisch von «Wettbewerb von Swisscoms Gnaden».) Gerechtfertigt wäre nur ein Einheitspreis pro Anschluss unabhängig von der Bandbreite (sogenanntes Open-Pipe-Prinzip).
62. Mit Antrag 3b wird die Festsetzung eines Maximalpreises von 22 Franken für BBCS mit 10 Gbps gefordert. Dieser Preis entspricht dem aktuell gültigen Preis von 22 Franken für BBCS-Bandbreiten bis 25 Megabit pro Sekunde.

**BO** Aktuelle Preisliste der Angezeigten für BBCS-Produkte

Beilage 5

63. Nachdem die Kosten der Bereitstellung eines BBCS-Anschlusses wie gesagt unabhängig von der Bandbreite sind, sind diese 22 Franken offensichtlich mehr als kostendeckend, denn BBCS ist nicht der Regulierung (Bitstrom) und damit einer Kostenorientierung unterworfen, sondern es handelt sich um einen Marktpreis.
64. Stellt man den Endkundenprodukten der Angezeigten statt des Layer 2 Vorleistungsprodukt BBCS **das Layer 1 Vorleistungsprodukt ALO** gegenüber, fällt die Rechnung noch deutlicher zu Ungunsten der Anzeigerinnen aus, weil zusätzlich die Aktivierungsgebühren einberechnet werden müssen (vorstehend Ziff. 7), wobei die vorgesehene Mindestvertragsdauer relevant ist. Diese beträgt für die durch die Angezeigte beworbenen Produkte 24 Monate.
65. Die Aktivierungsgebühr pro Anschluss setzt sich so zusammen: 147.80 Franken gemäss ALO Preisliste und 1/24 für die Vorverkabelung (2403 Franken), ergibt 247.90 Franken. Über die 24 Monate Mindestvertragsdauer errechnet sich daraus 10.35 Franken, zuzüglich Mehrwertsteuer, also 11.10 Franken.

66. Der Endkundenpreis von 39 Franken bleibt gleich. Das ALO Vorleistungsprodukt kostet 25 Franken, zuzüglich Mehrwertsteuer, also 26.95. Hinzu kommt 1/24 der Aktivierungsgebühr (also 11.10 Franken), dies ergibt den als von der Diensteanbieterin tatsächlich zu bezahlenden Preis der Vorleistung 38.05 Franken.
67. Die Preisdifferenz beträgt damit 95 Rappen und damit sogar noch weniger als mit BBCS, wo die Preisdifferenz 1.21 betrug. Es ist ausgeschlossen, dass die Angezeigte mit 95 Rappen die Kosten für die Bereitstellung des Anschlusses decken könnte. Auch hier liegt also eine Kosten-Preis-Schere vor.
68. Hinzu kommt, dass der Preis für ALO genau besehen noch deutlich tiefer sein muss, zumal der Aufwand der Angezeigten für die Bereitstellung des Anschlusses erheblich geringer ist als bei BBCS. ALO ist die «unbeleuchtete», BBCS die «beleuchtete» Faser (bzw. das «beschaltete» Kupferkabel), was mit sich bringt, dass eben Geräte zur «Beleuchtung» der Faser durch die Anbieterin gestellt und betrieben werden müssen. Hinzu kommt die Backhaul-Anbindung, die die Angezeigte im Fall von BBCS selber anbieten muss, während diese im Fall von ALO von der die Diensteanbieterin angeboten wird.
69. In einer Teilverfügung der ComCom vom 22. Februar 2019 (Vf 2019-02-22\_002korr / 41-00010; die Zahlen sind in der publizierten Fassung geschwärzt) ging die Comcom denn auch von monatlichen Kosten von CHF 15.90 für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur aus. Diese Zahl bildet die Grundlage von Rechtsbegehren 3a.

*Zur Position der Angezeigten*

70. Mit Schreiben vom 22. Juni 2021 mahnte Anzeigerin 1 die Angezeigte wegen einer Kosten-Preis-Schere ab. Mit Schreiben vom 28. Juni antwortete die Angezeigte und bestritt eine Verletzung des Kartellgesetzes.

**BO** *Abmahnung der Angezeigten durch die Anzeigerin 1 vom 22. Juni 2021*

*Beilage 10*

*Antwort der Angezeigten vom 28. Juni 2021 auf die Abmahnung*

*Beilage 11*

71. In ihrem Antwortschreiben verwies die Angezeigte auf die **zeitlich begrenzte Natur** der Promotionen und auf die **Konkurrenz durch die Diensteanbieterinnen**, die IRUs von der Angezeigten bezogen haben (Salt, Sunrise). Beide Argumente gehen fehl:
- Bezüglich der zeitlich begrenzten Natur ist auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung hinzuweisen, gemäss der es Unternehmen nicht erlaubt ist, eine unrentable Preissetzung aus einem Zeitabschnitt durch eine rentable Preissetzung in einem anderen Zeitabschnitt auszugleichen und so das missbräuchliche Verhalten zu vertuschen (BGE 146 II 217, E. 5.7; ähnlich EuGH, 03.07.1991 «AKZO» vs. Kommission Rs C-62/86). Die Angebote der Angezeigten sind zudem zwar (meist) nur von relativ kurzer Dauer, jedoch werden den Endkunden die Preise für Mindestlaufzeiten von 12 oder gar mehr Monaten angeboten (vgl. etwa das Angebot «Wingo» vom 5. Februar 2020; Beilage 6).

- Wollte eine Diensteanbieterin aus der Gruppe der Anzeigerinnen ein vergleichbares Angebot machen, müsste sie bei den betreffenden Kunden daher für zwölf Monate Verluste in Kauf nehmen; kurze Promotionen haben also langfristige Aus- bzw.-Nachwirkungen (Marktverschliessung). Hinzu kommt, dass die Angezeigte die beschriebenen Angebote wiederholt macht, sodass ihre Kunden die Möglichkeit haben, auf ein entsprechendes Angebot zu warten und dann einen Vertrag abzuschliessen. Wiederkehrende Promotionen bzw. Serien von Promotionen führen demnach erst recht zu einer dauerhaften Marktverschliessung (Wettbewerbsbeschränkung). Hinzu kommt, dass einmal abgeworbene Kunden im bekannterweise trägen Schweizer Telekommarkt nur schwer zurückzugewinnen sind.

72. Mit ihrem Vergleich zu den Preisen der Abnehmerinnen von IRUs stützt sich die Angezeigte sodann auf eine unzutreffende Marktabgrenzung. Relevant sind vorliegend die Preise auf dem Markt für Vorleistungsprodukte in Form von Einzelanschlüssen, nicht in Form von IRUs (vorstehend Ziff. 20 ff.).

#### *Fazit*

73. Damit liegt ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung in Form einer Kosten-Preis-Schere vor, und zwar sowohl für BBCS als auch für ALO.

Predatory Pricing (Art. 7 Abs. 2 Bst. d KG)

#### *Voraussetzungen*

74. Im Fall von Predatory Pricing müssen folgende Tatbestandsmerkmale kumulativ erfüllt sein: Ein *marktbeherrschendes* Unternehmen versucht *gezielt* und mit Absicht (*Verdrängungsabsicht*), einen schwächeren aktuellen oder potenziellen Wettbewerber in einer missbräuchlichen Behinderung vom Markt zu *verdrängen bzw. fernzuhalten*. Zusätzlich besteht Möglichkeit Preise später wieder anzuheben, sobald die Verdrängung erfolgreich war (vgl. etwa Dallafior/Schmidhauser, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Art. 7 N 131 ff.):

#### *Marktbeherrschendes Unternehmen*

75. Die marktbeherrschende Stellung der Angezeigten wurde bereits begründet.

#### *Gezielt gegen bestimmten, wirtschaftlich schwächeren Wettbewerber (Verdrängungsabsicht)*

76. Die Preisunterbietung durch die Angezeigte betrifft nur kleine Anbieterinnen, die nicht in der Lage sind, Verträge über IRUs abzuschliessen. Sie betrifft nicht die grossen Anbieterinnen Salt und Sunrise.

77. In diesem Kontext ist darauf hinzuweisen, dass insbesondere der Innovationswettbewerb auf dem Schweizer Telekommunikationsmarkt primär von kleinen Diensteanbieterinnen ausgeht.

78. So führte die Anzeigerin 1 im Jahr 2014 ihr Produkt «Fiber7» ein, das schweizweit erste Angebot für einen Internetanschluss mit symmetrischer Bandbreite von einem Gigabit zu einem attraktiven Endkundenpreis von CHF 64.75 pro Monat (CHF 777 pro Jahr).

**BO** *Pressemitteilung der Anzeigerin 1 vom 22. Mai 2014 über die Lancierung des Produkts Fiber7*

*Beilage 12*

79. Über die Zeit verursachte die Anzeigerin 1 mit diesem Produkt eine grosse Bewegung im schweizerischen Breitband-Markt. Heute sind durchwegs günstige und qualitativ hochwertige schnelle Breitbandanschlüsse erhältlich.

80. Die Anzeigerin 1 hat zudem am 25. Mai 2021 ein weiteres innovatives Produkt lanciert: Mit einer Bandbreite von 25 Gigabit pro Sekunde ist dies erneut das schnellste Internetangebot in der Schweiz.

**BO** *Pressemitteilung der Anzeigerin 1 vom 25. Mai 2021 über die Lancierung eines 25Gbps-Angebots*

*Beilage 13*

81. Hinzuweisen ist in diesem Kontext darauf, dass die drei grossen Anbieterinnen, die Angezeigte, Salt und Sunrise, ihre Infrastruktur erst neulich auf 10 Gbps ausgerichtet haben mit dem sogenannten XGS-PON-Standard, dessen Grenze bei 10 Gbps liegt. Sie werden also in näherer Zukunft nicht gewillt sein, ein schnelleres Angebot zu lancieren.

82. Auch der Preisüberwacher bestätigt, dass FTTH-Vorleistungsprodukte, die gerade auch für kleinere Service Provider attraktiv sind, den Innovations- und Preiswettbewerb stimulieren und damit zu einem vielfältigen und attraktiven Angebot an Telekom-Diensten für Industrie, Gewerbe und Haushalte beitragen. Ein Bedeutungsverlust kleiner Anbieterinnen sei daher bedauerlich (Empfehlung vom 16. Dezember 2020, Beilage 9, Ziff. 2, am Ende, Ziff. 2.1).

83. Es dürfte der Angezeigten damit auf jeden Fall gelegen kommen, wenn die kleinen Anbieterinnen aufgrund ihrer Preisunterbietung vom Markt verschwinden. Zurück bliebe ein träges Oligopol, ein Schlafmützenwettbewerb mit wenig innovativer Kraft.

*Selektive Unterbietung (Strategie, keine generelle Preis- und Konditionsunterbietung)*

84. Die Angezeigte unterbietet gezielt nur die Preise der kleinen Anbieterinnen. Die Preisstruktur ist damit gegen diese gerichtet.

*Keine Aussicht auf kurzfristige Gewinnmaximierung*

85. Wie gezeigt wurde, sind die Preise der Angezeigten nicht kostendeckend (vorstehend Ziff. 49 ff.).



*Preise können anschliessend über dem Wettbewerbsniveau durchgesetzt werden.  
(keine gesetzliche Grundlage)*

86. Sind die innovativen kleinen Anbieterinnen einmal vom Markt verdrängt, bleibt ein träges Oligopol von grossen Anbieterinnen, deren Anreize zur Einführung technologischer Innovation beschränkt sind. Zumindest indirekt ist so auch mit überhöhten Preisen zu rechnen.

*Fazit*

87. Auch der Tatbestand des Predatory Pricing ist erfüllt.

#### **D. Zu den Anträgen**

##### **a) Rechtsbegehren 1 und 2 (Feststellungsbegehren)**

88. Rechtsbegehren 1 und 2 betreffen die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung und der Missbräuchlichkeit des Verhaltens der Angezeigten nach Art. 4 Abs. 2 bzw. 7 KG.

##### **b) Rechtsbegehren 3-3d**

89. Rechtsbegehren 3-3d zielen darauf ab, die Preisstruktur der Angezeigten zu normalisieren und den Anzeigerinnen eine wettbewerbsfähige Position zu sichern, und zwar auch wenn sich die Preisstruktur künftig wieder ändern sollte.

90. Die beantragten Preise wurden vorstehend in Ziff. 49 ff. begründet.

##### **c) Rechtsbegehren 4 (Vorabklärung und Untersuchung)**

91. Mit Rechtsbegehren 4 beantragen die Anzeigerinnen die Verfahrensschritte der Eröffnung einer Vorabklärung und in der Folge einer Untersuchung.
92. Voraussetzungen für die Durchführung einer Vorabklärung sind eine schwere Wettbewerbsbeschränkung, eine hohe volkswirtschaftliche Bedeutung der Wettbewerbsbeschränkung sowie keine entgegenstehenden Opportunitätsgründe (Beuret, DIKE-KG, N 21 ff. zu Art. 26).
93. Angesichts der erheblichen volkswirtschaftlichen Bedeutung des Schweizer Telekommunikationssektors und der Bedeutung der kleinen Anbieterinnen insbesondere für den Innovationswettbewerb droht die Wettbewerbsbeschränkung durch die Angezeigte erhebliche volkswirtschaftliche Schäden nach sich zu ziehen. Kleinen Anbieterinnen, die keine IRUs beziehen können, drohen erhebliche Kundenverluste. Solche Kundenverluste sind bekanntlich im trägen Schweizer Telekommunikationsmarkt nur schwer aufzuholen.

94. Unter diesen Umständen hätte ein Verzicht auf Verfahrenseröffnung aus Opportunitätsgründen fatale und langfristigen Folgen für den Wettbewerb auf dem Schweizer Telekommunikationsmarkt.
95. Die genannten Voraussetzungen für die Durchführung einer Vorabklärung, und auch die Kriterien für die Eröffnung einer Untersuchung, sind damit aus Sicht der Anzeigerinnen erfüllt.

**d) Rechtsbegehren 5 (vorsorgliche Massnahme)**

96. Mit Rechtsbegehren 5 beantragen die Anzeigerinnen, Rechtsbegehren 3 sei als vorsorgliche Massnahme zu verfügen.
97. Die Wettbewerbskommission ist zum Erlass vorsorglicher Massnahmen zuständig (Verfügung der Weko vom 14. Dezember 2020, Ziff. 81).
98. Vorausgesetzt sind eine positive Hauptsachenprognose, ein nicht leicht wiedergutmachender Nachteil, Dringlichkeit sowie Verhältnismässigkeit.

Positive Hauptsachenprognose

99. Zum Materiellen haben sich die Anzeigerinnen bereits geäussert. Sie ist der Auffassung, dass die Angezeigte auf den Markt für Layer-1- und Layer-2-Zugang zur Glasfaserinfrastruktur in Form von Einzelanschlüssen marktbeherrschend im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG ist, und dass sie durch die geschilderten Verhaltensweisen ihre marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 7 KG missbraucht.

Nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil

100. Die von der Angezeigten durchgeführten Promotionen haben Strukturveränderungen des betroffenen Marktes zur Folge, wenn nicht gar zum Ziel: Die innovativen kleinen Anbieterinnen sollen dauerhaft vom Markt verdrängt werden. In jedem Fall müssen diese erhebliche Kundenverluste in Kauf nehmen, was ebenfalls als nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil gilt.

Dringlichkeit

101. Kleine Anbieterinnen wie die Anzeigerinnen werden aufgrund der Preisstruktur des Angebots der Angezeigten erhebliche Kundenverluste erleiden. Sie würden andauern, wenn sich die Angezeigte diese während des möglicherweise lange andauernden Verfahrens weiterhin entsprechend verhalten könnte, mit dem Risiko des Ausscheidens kleiner innovativer Anbieterinnen aus dem schnelllebigen Telekom-Markt.

Verhältnismässigkeit

102. Die beantragten Massnahmen sind geeignet, um den relevanten Markt weiterhin offen zu halten und damit die Wettbewerbsintensität zu bewahren.

103. Die Angezeigte hat zwei Möglichkeiten, den Forderungen der Anzeigerinnen nachzukommen (Anpassung der Endkunden- oder Wholesalepreise). Weitere Möglichkeiten sind nicht ersichtlich.
104. Angesichts des insgesamt geringen Marktanteils der kleinen Anbieterinnen erscheinen die Einkommensausfälle der Angezeigten in jedem Fall auch zumutbar. Ein Berufen der Angezeigten auf die durch eine Kosten-Preis-Schere gerade erwirtschafteten zusätzlichen Umsätze wäre jedenfalls treuwidrig.

**e) Rechtsbegehren 6 (aufschiebende Wirkung)**

105. Rechtsbegehren 7 soll verhindern, dass die Angezeigte einmal verfügte vorsorgliche Massnahmen umgehend wieder aufheben kann.

**f) Rechtsbegehren 7 (Sanktionierung)**

106. Nachdem die Angezeigte schon mehrfach für eine verbotene Kosten-Preis-Schere gebüsst wurde (BGE 146 II 217 sowie neuerdings BVGer B-8386/2015 vom 24. Juni 2021, Swisscom WAN-Anbindung), erscheint es besonders stossend, dass sie dieselbe verbotene Preissetzungspraxis erneut anwendet. Die Werbekampagne gemäss Ziff. 11 vorstehend läuft trotz des Entscheids des BVGer vom 24. Juli auch zum Zeitpunkt der Einreichung der vorliegenden Anzeige weiter, als wäre nichts gewesen. Die Anzeigerinnen beantragen daher, insbesondere auch aus spezialpräventiver Sicht, eine angemessene, wirksame Sanktionierung.
107. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass die Anwendung der Kosten-Preis-Schere durch einen historischen nationalen Telekommunikationsbetreiber als besonders schwere Zuwiderhandlung und als eindeutiger Missbrauch einer beherrschenden Stellung einzustufen ist (Orange Polska S.A. vs. Europäische Kommission 17.12.2015, T-486/11, Rz 184). Es liegt sodann auch deshalb eine besonders schwere Zuwiderhandlung vor, weil der Angezeigten die Rechtswidrigkeit ihres Verhaltens angesichts der genannten Rechtsprechung nicht unbekannt gewesen sein konnte. Dies zeigt den vorsätzlichen Charakter ihres Verhaltens. Hinzu kommt der Umstand, dass die Angezeigte als historische Betreiberin Monopol auf dem Vorleistungsmarkt für den Breitbandzugang und nach wie vor eine sehr starke beherrschende Stellung auf den Endkundenmärkten innehat (Orange Polska vs. Kommission, a.a.O., Rz 185).

**g) Rechtsbegehren 8 (Parteistellung)**

108. Die Anzeigerinnen beantragen gestützt auf Art. 43 Abs. 1 KG Parteistellung in der Untersuchung.

Ich ersuche Sie höflich, sehr geehrter Herr Direktor, sehr geehrte Damen und Herren, um Gutheissung der eingangs gestellten Rechtsbegehren.

Mit vorzüglicher Hochachtung

A handwritten signature in blue ink, consisting of the letters 'S', 'S', and 'L' in a stylized, cursive script.

Prof. Dr. Simon Schläuri

Beilagen: gemäss separatem Beilagenverzeichnis

Im Doppel

## **Beweismittelverzeichnis**

In Sachen Init7 (Schweiz) AG et al. gegen Swisscom (Schweiz) AG

### **Urkunden**

- |            |  |
|------------|--|
| Beilage 1  | Vollmacht der Anzeigerin 1 vom 13. Juli 2021   |
| Beilage 2  | Vollmacht der Anzeigerin 2 vom 14. Juli 2021   |
| Beilage 3  | Vollmacht der Anzeigerin 3 vom 13. Juli 2021   |
| Beilage 4  | Aktuelle Preisliste der Angezeigten für das Produkt ALO                                      |
| Beilage 5  | Aktuelle Preisliste der Angezeigten für BBCS-Produkte  |
| Beilage 6  | "Screenshot" der Website der Angezeigten vom 5. Februar 2020                                 |
| Beilage 7  | Werbung der Angezeigten für Wingo vom 20. Juni 2021  |
| Beilage 8  | "Screenshot" der Website der Angezeigten vom 6. Juli 2021                                    |
| Beilage 9  | Empfehlung des Preisüberwachers vom 16. Dezember 2020 zuhanden des ewz                       |
| Beilage 10 | Abmahnung der Angezeigten durch die Anzeigerin 1 vom 22. Juni 2021                           |
| Beilage 11 | Antwort der Angezeigten vom 28. Juni 2021 auf die Abmahnung                                  |
| Beilage 12 | Pressemitteilung der Anzeigerin 1 vom 22. Mai 2014 über die Lancierung des Produkts Fiber7   |
| Beilage 13 | Pressemitteilung der Anzeigerin 1 vom 25. Mai 2021 über die Lancierung eines 25Gbps-Angebots |