

<b>B 2</b>	<b>3. Unternehmenszusammenschlüsse</b> Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
<b>B 2.3</b>	<b>1. France Télécom SA/Sunrise Communications AG</b>

*Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 33 KG*

*Examen; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 33 LCart*

*Esame; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 33 LCart*

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 21. April 2010*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 19. April 2010*

*Verfügung der Wettbewerbskommission vom 19. April 2010*

### **Inhaltsverzeichnis**

<b>A Sachverhalt</b>	<b>499</b>		
A.1 Das Vorhaben und die Parteien	499		
A.1.1 France Télécom Gruppe (FT Gruppe) und Orange	500		
A.1.2 Tele Danmark Communications A/S und Sunrise	500		
A.2 Gründe für den Zusammenschluss	501		
A.3 Ziele des Zusammenschlussvorhabens	501		
A.4 Das Verfahren	502		
<b>B Erwägungen</b>	<b>504</b>		
B.1 Geltungsbereich	504		
B.1.1 Unternehmen	504		
B.1.2 Unternehmenszusammenschluss	504		
B.1.2.1 Haupttransaktion	504		
B.1.2.2 Nebenabreden - Konkurrenzverbot	504		
B.2 Vorbehaltene Vorschriften	505		
B.3 Meldepflicht	505		
B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens	505		
B.4.1 Relevante Märkte	506		
B.4.1.1 Sachlich und räumlich relevante Märkte	506		
B.4.1.2 Festnetztelefoniemarkt	506		
B.4.1.3 Breitbandinternet-Markt	506		
B.4.1.4 Markt für (TV-) Mehrwertdienste	507		
B.4.1.5 Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen	507		
B.4.1.6 Markt für Mobilfunkgeräte	507		
B.4.1.7 Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen (Endkundenmarkt)	508		
B.4.1.8 Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze (Netzzugangsmarkt)	509		
B.4.1.9 Markt für Mobilfunkterminierung (Terminierungsmarkt)	509		
		B.4.1.10 Wholesale-Markt für internationales Roaming (Roaming-Markt)	510
		B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten	510
		B.4.2.1 Feststellung der betroffenen Märkte anhand der Marktanteile der beteiligten Unternehmen	510
		B.4.3 Marktstellung auf den vorliegend betroffenen Märkten (Einzelmarktbeherrschung)	515
		B.4.3.1 Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen (Endkundenmarkt)	515
		B.4.3.2 Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze (Netzzugangsmarkt)	522
		B.4.3.3 Markt für Mobilfunkterminierung (Terminierungsmarkt)	523
		B.4.3.4 Wholesale-Markt für internationales Roaming (Roaming-Markt)	527
		B.4.3.5 Zwischenergebnis Einzelmarktbeherrschung	527
		B.4.4 Kollektive Marktbeherrschung	528
		B.4.4.1 Anzahl der beteiligten Unternehmen, Marktanteile und Marktkonzentration	531
		B.4.4.2 Symmetrien	538
		B.4.4.3 Marktwachstum und Innovationen	544
		B.4.4.4 Markttransparenz	547
		B.4.4.5 Multimarktbeziehungen	550
		B.4.4.6 Sanktionsmechanismen	551
		B.4.4.7 Stellung der Marktgegenseite	552
		B.4.4.8 Potenzielle Konkurrenz	555
		B.4.4.9 Zwischenergebnis kollektive Marktbeherrschung	555
		B.4.4.10 Zusammenfassende dynamische Gesamtbeurteilung	558
		B.4.4.11 Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt	559
		B.4.4.12 Effizienzgewinne	559
		B.4.5 Mögliche Auflagen	560
		B.5 Schlussfolgerungen	560
		B.6 Entzug der aufschiebenden Wirkung	561
		<b>C Kosten</b>	<b>561</b>
		<b>D Dispositiv</b>	<b>561</b>
		<b>A Sachverhalt</b>	
		<b>A.1 Das Vorhaben und die Parteien</b>	
		1. Am 26. November 2009 hat die Wettbewerbskommission (WEKO) eine Meldung gemäss Art. 9 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251) über ein Zusammenschlussverfahren	

erhalten. Gemäss dieser Meldung beabsichtigt die France Télécom SA (France Télécom), die Sunrise Communications AG (Sunrise) zu akquirieren. Im Nachgang sollen Sunrise und die Orange Communications SA (Orange) fusioniert werden (fusionierte Unternehmung).

#### A.1.1 France Télécom Gruppe (FT Gruppe) und Orange

2. Gemäss Meldung erbringt die France Télécom Gruppe (FT Gruppe) eine breite Palette von Dienstleistungen im Bereich der Telekommunikation an Privat- und Geschäftskunden sowie an sehr grosse Unternehmen. Die hauptsächlichlichen Geschäftstätigkeiten der FT Gruppe liegen im Bereich Festnetzsprachtelefonie, Standleitungen sowie Datenübertragung, Internet, Fernseh Rundfunk und Informationsdienstleistungen.

3. Die Hauptaktivität der FT Gruppe umfasst in der Schweiz den Betrieb des Netzwerks von Orange sowie den Vertrieb und Verkauf von Orange-Produkten in einer Reihe von europäischen und aussereuropäischen Ländern. Der Zweck der Gesellschaft wird in der Meldung wie folgt umschrieben: "(direkt oder indirekt) das Entwerfen, Herstellen, Unterhalten, Betreiben, Führen, Liefern und Verreiben aller Systeme, Ausrüstungen, Produkte oder Dienstleistungen im Bereich der Mobilfunktelefonie, einschliesslich kabellose Telekommunikationsnetzwerke und kabellose Kommunikation jeder Art, unter Verwendung aller Technologien, Standards, Anwendungen, insbesondere im Zusammenhang mit Sprachdaten, Bil-

dern und – allgemeiner ausgedrückt – Multimedia, sowie den Zugang zu allen angebotenen Produkten und Dienstleistungen, welche auf diesen Abläufen beruhen, und diesbezügliche Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen".

4. Im Jahre 2006 wurde die Marke "Orange" in der Mehrheit der Länder, in denen die FT Gruppe tätig ist, zur einzigen Marke der FT Gruppe für Internet, Fernsehen und Mobilfunkdienstleistungen. Die Marke "Orange Business Services" (OBS) hat sich als Marke für Dienstleistungen, die weltweit Geschäftskunden angeboten werden, etabliert.

5. Die FT Gruppe erbringt durch ihre hundertprozentige Tochtergesellschaft Orange in der Schweiz eine Reihe von Dienstleistungen im Bereich der Mobilfunktelefonie an Privat- und Geschäftskunden. Orange bietet Privat- und Geschäftskunden Mobilfunkdienstleistungen an. Die Aktivitäten von Orange im Bereich der Festnetztelefonie und ihre Internetdienstleistungen sind [...], d.h. die diesbezüglichen Marktanteile liegen jeweils [...] unter [10] %. Durch ihre hundertprozentige Tochtergesellschaft Orange Network SA verfügt Orange über je eine GSM- und UMTS-Konzession (wie auch über eine Mikrowellen-Konzession) und betreibt eine eigene Infrastruktur für das Mobilfunknetz.

6. Gemäss Meldung hat Orange folgende Tochtergesellschaften und Beteiligungen:

Tabelle 1: Beteiligungen von Orange

Tochtergesellschaft/Beteiligung	Beteiligungshöhe
Orange Network SA, Renens VD	[90-100] %
Orange Liechtenstein AG, Balzers (LI)	[90-100] %
TELDAS GmbH, Zürich	[20-30] %

7. Als Folge des Erwerbs von Sunrise möchte die FT Gruppe ihre Präsenz im schweizerischen Mobilfunkmarkt ausbauen und in den Festnetzmarkt eintreten.

8. Für weitere Informationen über die Geschäftstätigkeit von Orange und ihrer Muttergesellschaft, der FT Gruppe wird in der Meldung auf die Website von Orange [www.orange.ch](http://www.orange.ch) und den Auszug aus dem Handelsregister von Orange vom 24. November 2009 sowie den Jahresbericht 2008 von der FT Gruppe verwiesen.

#### A.1.2 Tele Danmark Communications A/S und Sunrise

9. Tele Danmark Communications A/S (TDC) ist der führende Anbieter von Telekommunikationslösungen in Dänemark und ist auch im gesamten skandinavischen Markt sowie mit einer Minderheitsbeteiligung in Ungarn vertreten. [...].

10. Sunrise ist eine hundertprozentige Tochtergesellschaft von TDC. Für weitere Informationen über die Geschäftstätigkeit von Sunrise und ihrer Muttergesellschaft TDC wird in der Meldung auf die Website von Sunrise und den Jahresbericht 2008 von TDC verwiesen. TDC hält direkt alle Aktien von Sunrise.

11. Gemäss Meldung erstellt und betreibt Sunrise Telekommunikationsnetzwerke (Festnetz- und Mobilfunknetzwerke) und erbringt Dienstleistungen im Bereich der Telekommunikation an Privat- und Geschäftskunden in und von der Schweiz aus. Sunrise bietet Dienstleistungen in folgenden Bereichen an: Festnetz, Mobilfunk, Datenübertragung, Internet (Breitband und Dial-up). Für weitergehende Informationen wird auf den Auszug aus dem Handelsregister betreffend Sunrise vom 24. November 2009 verwiesen. [...].

12. Gemäss Meldung hat Sunrise folgende Tochtergesellschaften und Beteiligungen:

Tabelle 2: Beteiligungen von Sunrise

Tochtergesellschaft / Beteiligung	Beteiligungshöhe
Sunrise Internet Services AG, Zürich	[90-100] %
TDC Switzerland GmbH, Zürich	[90-100] %
TelCommunication Services AG, Zürich	[90-100] %
Econophone GmbH, Zürich (Tochtergesellschaft der TelCommunication Services AG, Zürich)	[90-100] %
Tele Danmark Communications Switzerland GmbH, Zürich	[90-100] %
DiAx GmbH, Zürich	[90-100] %
Come-2-IT AG, Bern	[30-40] %
TELDAS GmbH, Zürich	[20-30] %

## A.2 Gründe für den Zusammenschluss

13. Die Zusammenschlussparteien bringen vor, dass sie in einem besonderen Marktumfeld tätig seien, in welchem der frühere staatliche Anbieter Swisscom (Schweiz) AG (Swisscom) über viel grössere Marktanteile als die anderen Fernmeldedienstleister verfüge. Sowohl der WEKO wie auch der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom) sei bestens bekannt, dass Swisscom als Nachfolgerin der ehemals staatlichen PTT Telecom ein flächendeckendes Festnetz, einschliesslich eines landesweiten Backbone und einer flächendeckenden Ortsanschlussleitung (local loop), geerbt habe. Zudem sei Swisscom bereits jahrelang im Mobilfunkmarkt (mit ihren Natel A und C Netzwerken) aktiv gewesen, bevor die neuen Mobilfunkbetreiber DiAx / Sunrise und Orange im Jahr 1999 den Markt betreten hätten, nachdem sie im Jahr 1999 je eine GSM Konzessionen erhalten hätten. Somit habe sich Swisscom auf die Erhaltung und Expansion der bestehenden Kundenbasis und der Netzwerkinfrastruktur konzentrieren können. Demgegenüber mussten Orange und Sunrise grosse Investitionen tätigen, um ihre eigenen Netzwerke von Grund auf neu aufzubauen, eine eigene Kundenbasis zu bilden und neue Mitarbeiter zu schulen, um auf eine leistungsfähige und effiziente Belegschaft zählen zu können.

14. Des Weiteren wird in der Meldung ausgeführt, dass sich Swisscom in den letzten Jahren immer wieder bemüht habe, die neue Konkurrenz am effizienten Ausbau ihrer Präsenz in den entsprechenden Märkten zu hindern, z.B. durch die Verzögerung von Interkonnektionsverhandlungen und das Aufzwingen unangemessener Interkonnektionsbedingungen, durch die Nichtzulassung eines ungebündelten Anschlusses zu ihrem local loop sowie durch den Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung auf dem Mobilfunkterminierungsmarkt.

15. Als weiterer Grund für den Zusammenschluss wird die rasante Entwicklung der Telekommunikationstechnologie (z.B. UMTS, Glasfaser, IP-TV etc.) genannt. Mobilfunkbetreiber in der Schweiz seien gezwungen, sub-

stanzielle Investitionen zu tätigen. Um weiter mit Swisscom konkurrieren zu können, müssten sowohl Sunrise als auch Orange beispielsweise jeweils eigene UMTS-Netze aufbauen. Bereits heute verfüge Swisscom über die beste UMTS-Abdeckung.<sup>1</sup> Der Grund dafür liege darin, dass Orange und Sunrise nicht über die finanziellen Mittel verfügten, um mit Swisscom im technologischen Bereich Schritt zu halten; sie würden deshalb hinter Swisscom zurückfallen. Die Situation werde sich mit der Einführung der nächsten Mobilfunkgeneration LTE (Long Term Evolution) in den kommenden Jahren verschärfen, weil die Netzbetreiber für diesen Ausbau Investitionen in der Höhe von CHF 1 Mia. pro Anbieter erwarteten.

## A.3 Ziele des Zusammenschlussvorhabens

16. Aus der Meldung geht hervor, dass die beteiligten Unternehmen beabsichtigen, ihre Wettbewerbsposition im schweizerischen Telekommunikationsmarkt durch die Schaffung und Nutzung von Synergien zu stärken. Dies solle ihnen erlauben, Effizienz und Profitabilität zu verbessern, zur Bildung eines kompetitiven Marktumfeldes beizutragen und ihren schweizerischen Kunden und den anderen Marktteilnehmern höchst innovative und kompetitive Produkte und Dienste anzubieten. Zudem solle die Kombination der komplementären Geschäftszweige einerseits zur Bildung eines Telekommunikationsunternehmens mit einem diversifizierten Portfolio führen und andererseits solle das Unternehmen dadurch seine Position im schweizerischen Telekommunikationsmarkt und insbesondere auch Swisscom gegenüber verbessern. In diesem Zusammenhang führen die Zusammenschlussparteien die nachfolgenden Ziele auf:

<sup>1</sup> Vgl. dazu die Netzabdeckungskarten von Swisscom, Orange und Sunrise, abrufbar unter: <http://maps.sunrise.ch/coverage.php>; [www1.orange.ch/residential\\_support\\_coverage\\_swiss-coverage.html](http://www1.orange.ch/residential_support_coverage_swiss-coverage.html); [www.swisscom.ch/res/beratung-service/infrastruktur/mobilnetz/index.htm](http://www.swisscom.ch/res/beratung-service/infrastruktur/mobilnetz/index.htm) zuletzt besucht am 14. Dezember 2009).

*Ziel a: Verbesserte Position im Schweizer Markt durch Wertschöpfung und Synergiepotential*

17. Die fusionierte Unternehmung solle durch die Verbesserung der ungenügenden Skaleneffekte von Orange und Sunrise als stärkere Wettbewerberin positioniert werden. Diese stellten heute eines der grössten Hindernisse in der Marktentwicklung und Nachhaltigkeit der beiden Unternehmen dar.

18. Durch das Zusammengehen beabsichtigen die betroffenen Unternehmen Profitabilität und Effizienz zu verbessern. Dies solle auch dazu führen, dass die Aktionäre der fusionierten Unternehmung diese [...], die durch die Einführung von neuen Mobilfunkgenerationen wie LTE und anderen Innovationen notwendig werden.

19. Der Zusammenschluss werde zur Schaffung einer starken Nummer zwei in den schweizerischen Telekommunikationsmärkten führen, mit einem Marktanteil von 40 % im Mobilfunkmarkt und dem Potenzial, zum führenden alternativen Festnetz/DSL-Anbieter mit einem Marktanteil von 13 % im Breitbandmarkt zu werden. Zudem werde die fusionierte Unternehmung erhebliche und unmittelbar erreichbare Synergien in verschiedenen Bereichen wie etwa IT, G&A, Marketing etc. schaffen. Die geplante Transaktion werde der fusionierten Unternehmung ausserdem ermöglichen, die Aktivitäten für Marketing und Werbung zu erhöhen. Ausserdem werde sie von den Skalenerträgen der FT Gruppe, sowie deren "common purchasing and sourcing policy" profitieren.

20. Die erwartete Schaffung hoher Synergien durch den Zusammenschluss solle zu erheblichen Kosteneinsparungen führen, was zwangsläufig die Profitabilität und Effizienz der beteiligten Unternehmen verbessern werde. Dies solle sodann die Konkurrenzfähigkeit des schweizerischen Marktes generell erhöhen, was sich wiederum zu Gunsten der Kunden auswirken werde.

*Ziel b: Verbesserte Kundenangebote und -erfahrungen*

21. Nach dem Zusammenschluss sei die fusionierte Unternehmung besser positioniert, um die Abdeckung im Bereich der zweiten und dritten Mobilfunkgeneration zu verbessern. Die Verbindung der Netzwerke werde zu einer Überlappung der Abdeckung und damit vor allem auch zu einer Reduktion von Abdeckungslücken insbesondere in weiter entfernten und ländlicheren Gebieten führen. Dies solle auch dazu führen, dass die Leistung in denjenigen Bereichen, in welchen zurzeit Engpässe bestehen, verbessert werde. Verbesserte Handsets und konvergente Angebote könnten offeriert werden, indem man die Stärken der beiden Anbieter kombiniere ([...]).

22. Die fusionierte Unternehmung solle auch in der Lage sein, ihr Vertriebsnetzwerk zu verbessern und auszuweiten: Orange und Sunrise verfügen je über ca. 80 Verkaufsstellen, während Swisscom über ca. 170 Verkaufsstellen verfügt. Die Zusammenlegung der Vertriebsstellen/-netze werde die fusionierte Unternehmung in die Lage versetzen, ihre Lücken im Vertriebsnetz zu reduzieren und damit die Vertriebsabdeckung in der Schweiz effektiv zu erhöhen.

*Ziel c: Strategische Überlegungen*

23. Angesichts der oben beschriebenen Marktkonditionen bedeute die Zusammenführung der Aktivitäten von

Sunrise und Orange eine strategische Ergänzung sowie die Verbesserung von Wettbewerb auf dem schweizerischen Telekommunikationsmarkt.

24. Sunrise und Orange seien insofern komplementär, als Orange von der immer noch wachsenden Kundenbasis von Sunrise und von ihrer Erfahrung und ihren Netzen im Festnetzmarkt profitieren könne. Andererseits könne Sunrise von der finanzstarken, technisch versierten und erfahrenen Muttergesellschaft FT Gruppe sowie deren umfassendem Portfolio innovativer und kompatibler Produkte und Angebote profitieren.

25. Die Zusammenführung der Geschäftstätigkeiten dieser zwei Unternehmungen erlaube es mehrere Schwächen zu beseitigen. Sie sei zudem notwendig, um eine nachhaltige Marktposition zu gewinnen. Insbesondere führen auch die bestehenden und künftig zu erwartenden Beschränkungen im Bereich der Netze dazu, den geplanten Zusammenschluss durchzuführen: Die Einführung und der Unterhalt von mobilen Netzen ist höchst kostenintensiv. Weil diese Kosten für alle drei Mobilfunknetzbetreiber ungefähr gleich hoch seien, werde sofort ersichtlich, dass Orange und Sunrise eine viel schlechtere Kostenstruktur hätten als Swisscom. Das Zusammenschlussvorhaben gebe den beteiligten Unternehmen die Möglichkeit, ihre Netze zu kombinieren und somit erhebliche operative Kosten und Investitionen einzusparen. Gegenwärtig wird davon ausgegangen, dass etwa 25 % der Antennen ausser Betrieb genommen werden könnten. Gemäss Expertenmeinungen könnten die Netzkosteneinsparungen gar 60 % erreichen, falls die Netze zusammengelegt würden. Zudem ergebe sich weiteres Synergiepotential in verschiedenen anderen Bereichen wie Marketing, Kundenservice, Betrieb etc.

26. Schliesslich stehe die nächste Mobilfunkgeneration vor der Tür. Die Standards der vierten Mobilfunkgeneration (LTE), welche die bestehenden GSM und UMTS Standards (zweite und dritte Generation) ersetzen werden, seien schon verfügbar. Es sei somit zu erwarten, dass die fusionierte Unternehmung kurz- bzw. mittelfristig (kommende 2 bis 5 Jahre) in diese Mobilfunkgeneration werde investieren müssen, um der Kundennachfrage nach neuen und schnellen Dienstleistungen gerecht zu werden. Das Zusammenschlussvorhaben werde nicht nur die gegenwärtige Marktstellung von Orange und Sunrise verbessern, sondern auch die Finanzkraft der fusionierten Unternehmung, um in zukünftige Netzwerkerweiterungen und die Entwicklung von neuen Dienstleistungen zu investieren.

#### **A.4 Das Verfahren**

27. Am 22. Dezember 2009 hat die Wettbewerbskommission entschieden, das Zusammenschlussvorhaben einer Prüfung gemäss Art. 33 KG zu unterziehen.

28. Ein Antrag auf vorzeitige Bewilligung des Zusammenschlusses lag zum Zeitpunkt der Einleitung der Prüfung nicht vor.

29. Am 9. November 2009 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) ein Meldungsentwurf zum Zusammenschlussvorhaben der Unternehmen FT Gruppe und Sunrise ein. Mit Datum vom 19. November 2009 reichten die Zusammenschlusspar-

teilen einen weiteren, aktualisierten Entwurf einer Meldung ein.

30. Nach Prüfung der Meldungsentwürfe stellte das Sekretariat mit Schreiben vom 20. November 2009 fest, dass der erste Entwurf vom 9. November 2009 unter Berücksichtigung der im zweiten Meldungsentwurf vom 19. November 2009 angebrachten und markierten Änderungen als vollständig angesehen werde.

31. Mit Schreiben vom 23. November 2009 verlangte das Sekretariat von Orange und Sunrise vorab weitere Auskünfte gemäss Art. 15 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (VKU; SR 251.4).

32. Am 26. November 2009 ging beim Sekretariat die vollständige Meldung ein. Die Parteien beantragten, es sei auf die Eröffnung einer Prüfung gemäss Art. 33 KG zu verzichten und der Vollzug des Zusammenschlussvorhabens sei vor Ablauf der einmonatigen Frist zu bewilligen.

33. Mit Schreiben vom 27. November 2009 bestätigte das Sekretariat den Eingang der Meldung. Am 4. Dezember 2009 erklärte es die Vollständigkeit der Meldung vom 26. November 2009. Gemäss Art. 20 VKU beginnt die Frist von einem Monat für die Einleitung des Prüfungsverfahrens am Tag nach Eingang der vollständigen Meldung, im vorliegenden Fall begann die Frist daher am 27. November 2009 und endete am 27. Dezember 2009. Da dieser Tag auf einen Sonntag fiel, verlängerte sich die Frist bis zum 28. Dezember 2009.

34. Gestützt auf Art. 15 VKU befragte das Sekretariat mittels Fragebogen vom 26. und 27. November 2009 verschiedene Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen sowie das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM).

35. Die weiteren Auskünfte gemäss Art. 15 VKU reichten Orange und Sunrise je mit Schreiben vom 7. Dezember 2009 beim Sekretariat ein.

36. Mit Schreiben vom 11. Dezember 2009 forderte das Sekretariat Orange und Sunrise auf, einige ihrer Antworten vom 7. Dezember 2009 zu ergänzen.

37. Die ergänzenden Ausführungen liessen Orange mit Schreiben vom 15./17. Dezember 2009 und Sunrise mit Schreiben vom 15. Dezember 2009 zukommen.

38. Die Einleitung einer Prüfung des Zusammenschlussvorhabens gemäss Art. 33 KG wurde den Parteien mit Schreiben vom 28. Dezember 2009 mitgeteilt. Diesem Schreiben lag der Antrag des Sekretariats vom 18. Dezember 2009, eine Kopie der Medienmitteilung sowie das Aktenverzeichnis (Stand: 23. Dezember 2009) bei. Gleichzeitig wurden die Parteien eingeladen, bis zum 15. Januar 2010 zur vorläufigen Prüfung Stellung zu nehmen. Da den Parteien die Mitteilung über die Einleitung der Prüfung am 28. Dezember 2009 zugestellt wurde, endet die Frist für die Durchführung der Prüfung am Donnerstag, 29. April 2010 (Art. 20 Abs. 1 und 3 VKU).

39. Die Einleitung des Prüfungsverfahrens im vorliegend zu beurteilenden Zusammenschlussvorhaben wurde mittels Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB)<sup>2</sup> und im Bundesblatt (BBI)<sup>3</sup> veröffentlicht.

40. Mit Schreiben vom 13. Januar 2010 wurden die Parteien gebeten, weitere Auskünfte zu erteilen. Die entsprechenden Antworten reichten die Parteien je mit Schreiben vom 22. Januar 2010 ein.

41. Am 13. Januar 2010 stellten die Parteien ein Gesuch um Fristerstreckung für die Stellungnahme zur vorläufigen Prüfung bis Freitag, 22. Januar 2010, das vom Sekretariat gewährt wurde. Fristgerecht nahmen die Parteien am 22. Januar 2010 zum Antrag vom 22. Dezember 2009 Stellung (Stellungnahme).

42. Im Rahmen der vertieften Prüfung des Zusammenschlussvorhabens wurden neben den Parteien verschiedene inländische und ausländische Anbieter von Mobilfunkdienstleistungen sowie das BAKOM befragt.

43. Am 28. Januar 2010 reichten die Konsumentenschutzorganisationen acsi, FRC und Konsumentenschutz eine Stellungnahme ein. Hierin machten sie auf, ihrer Meinung nach, bestehende Gefahren für den Wettbewerb aufmerksam und sprachen sich gegen einen Zusammenschluss aus.

44. Am 23. Februar 2010 stellte das Sekretariat der WEKO den Zusammenschlussparteien die vorläufige Beurteilung vom 22. Februar 2010 zusammen mit einer Einladung zu einer Anhörung am 8. März 2010 zu und forderte sie auf bis zum 5. März 2010 hierzu Stellung zu nehmen.

45. Mit Schreiben vom 3. März 2010 stellte das Sekretariat der WEKO dem BAKOM die vorläufige Beurteilung zu.

46. Zur Anhörung am 8. März 2010 wurden zudem Swisscom und die Konsumentenschutzorganisationen mit Schreiben vom 3. März 2010 eingeladen. Im Rahmen der Anhörungen wurden die Zusammenschlussparteien sowie die Konsumentenschutzorganisationen und Swisscom von der WEKO befragt. Die Protokolle der Anhörungen wurden den Zusammenschlussparteien am 22. März 2010 zur Stellungnahme ausgehändigt.

47. Das Sekretariat hat die Zusammenschlussparteien am 9. März 2010 und das BAKOM am 11. März 2010 zu einer weiteren Anhörung am 22. März 2010 eingeladen.

48. Am 11. März 2010 reichten die Zusammenschlussparteien ihre Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung vom 22. Februar 2010 ein. Das Sekretariat der WEKO leitete die Stellungnahme der Zusammenschlussparteien zur vorläufigen Beurteilung vom 22. Februar 2010 mit deren Einverständnis am 18. März 2010 an die ComCom und das BAKOM zur Vorbereitung der Anhörung weiter.

49. Im Rahmen der Anhörung vom 22. März 2010 legte die ComCom ihre Einschätzung des Zusammenschlussvorhabens dar und unterbreitete verschiedene Vorschläge für Auflagen. Mit Schreiben vom 23. März 2010 wurden die Zusammenschlussparteien eingeladen zu den von der ComCom unterbreiteten Vorschläge Stellung zu nehmen. Am 25. März 2010 stellte die WEKO den Zusammenschlussparteien das Protokoll der Anhörung vom 22. März 2010 zu.

<sup>2</sup> Vgl. SHAB Nr. 9 vom 14. Januar 2010, S. 40.

<sup>3</sup> BBI 2010, 231.

50. Mit Schreiben vom 29. März 2010 forderte das Sekretariat der WEKO von den Zusammenschlussparteien gestützt auf Art. 15 VKU weitere Informationen an, welche die Zusammenschlussparteien am 1. April 2010 einreichten.

51. Zusammen mit der Stellungnahme der Zusammenschlussparteien vom 1. April 2010 zu den Vorschlägen für Auflagen von Seiten der ComCom stellten die Zusammenschlussparteien den Antrag einer allfälligen Beschwerde gegen die Verfügung der Wettbewerbskommission die aufschiebende Wirkung zu entziehen.

52. Am 6. April 2010 fand auf Wunsch der Zusammenschlussparteien zwischen ihnen und dem Präsidium der WEKO eine weitere Anhörung betreffend möglicher Auflagen statt. Die Wettbewerbskommission hat den Zusammenschlussparteien keine eigenen Vorschläge für mögliche Auflagen unterbreitet, da sie keine zielführenden Auflagen identifizieren konnte.

53. Mit Eingabe vom 9. April 2010 unterbreiteten die Zusammenschlussparteien mögliche Auflagen. Mit Schreiben vom 13. April 2010 unterbreiteten die Zusammenschlussparteien weitere mögliche Auflagen im Hinblick auf das Zusammenschlussvorhaben, welche dem BAKOM und der ComCom zur Stellungnahme weitergeleitet wurden. Das BAKOM und die ComCom haben hierzu am 16. April 2010 Stellung genommen. Die Parteien haben sich zu diesen Stellungnahmen mit Schreiben vom 19. April 2010 nochmals geäussert.

54. Die Vertreter der FT Gruppe erhielten am 30. Dezember 2009, 11. Januar 2010, 1. Februar 2010, 19. Februar 2010, 1. März 2010, 10. März 2010 und 16. März 2010 Akteneinsicht. Am 29. Dezember 2009, 11. Januar 2010, 29. Januar 2010, 1. Februar 2010, 18. Februar 2010, 1. März, 10. März 2010, 17. März 2010 und 25. März 2010 erhielten die Vertreter von Sunrise Akteneinsicht.

55. Am 19. April 2010 entschied die Wettbewerbskommission das Zusammenschlussvorhaben zu untersagen. Der Entscheid wurde den Zusammenschlussparteien mit Schreiben vom 21. April 2010 zugestellt.

## **B Erwägungen**

### **B.1 Geltungsbereich**

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

#### **B.1.1 Unternehmen**

57. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

### **B.1.2 Unternehmenszusammenschluss**

#### **B.1.2.1 Haupttransaktion**

58. Aus der Meldung geht hervor, dass die FT Gruppe und TDC am 25. November 2009 im Hinblick auf den

geplanten Zusammenschluss von Orange und Sunrise eine verbindliche Vereinbarung, einen verhandelten Entwurf eines Aktionärsbindungsvertrages (ABV) und ein Term Sheet mit den zentralen Regeln für den Unternehmenszusammenschluss, unterzeichnet haben. Die Unterzeichnung der Endversion des Aktienkaufvertrages ist für bis spätestens 15. Februar 2010 vorgesehen. Die FT Gruppe und TDC kamen überein, dass ihre hundertprozentige Tochtergesellschaft Sunrise an die FT Gruppe verkauft [...] werde. In der Folge werde die FT Gruppe 75 % der Aktien der fusionierten Unternehmung besitzen, während TDC die restlichen 25 % halten werde. Wie nachfolgend aufgezeigt, würde die FT Gruppe nach dem Zusammenschluss [...] die alleinige Kontrolle über die fusionierte Unternehmung halten.

59. [...].

60. [...].

61. [...].

62. [...].

#### **B.1.2.2 Nebenabreden - Konkurrenzverbot**

63. Aus der Meldung geht hervor, dass im ABV ein Konkurrenzverbot gegenüber dem fusionierten Unternehmen vereinbart wurde. Demgemäss haben sich die Parteien des ABV verpflichtet, die Geschäfte der Plus Gruppe<sup>4</sup> in der Schweiz weder direkt noch indirekt zu konkurrenzieren. Dies soll für einen Zeitraum von [0-3] Jahren ab Unterzeichnung des ABV gelten.

64. Konkurrenzverbote und andere ähnliche Klauseln – z.B. Abwerbungsverbote – schliessen einen oder mehrere potenzielle Wettbewerber insofern vom Wettbewerb aus, als diese bei Beachtung des Verbots auf die Aufnahme von Wettbewerb verzichten.<sup>5</sup> Konkurrenzverbote und andere ähnliche Klauseln, die der Ausfüllung und Konkretisierung eines Wettbewerbsverbotes dienen, kommen – wie vorliegend – im Rahmen von Zusammenschlussvorhaben häufig vor und sollen den Wert des verkauften Unternehmens, der sich regelmässig aus materiellen wie immateriellen Werten (z.B. das Know-how des Veräusserers oder Goodwill) zusammensetzt, sichern.<sup>6</sup> Würde auf ein Konkurrenzverbot verzichtet, bestünde im Gegenzug die Gefahr, dass Unternehmensverkäufe unattraktiv oder ganz unterbleiben würden, weil der Verkäufer seine frühere Kundschaft unmittelbar nach dem Verkauf wieder zurückgewinnen und dem veräusserten Unternehmen die Existenzgrundlage entziehen könnte.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> Dazu gehören die fusionierte Unternehmung sowie deren Tochtergesellschaften.

<sup>5</sup> Vgl. ZÄCH ROGER, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 2005, Rz. 248.

<sup>6</sup> LEUPOLD MICHAEL, Die Beurteilung von Konkurrenzverboten bei Unternehmensverkäufen im Lichte des neuen schweizerischen Kartellgesetzes, SZW 1998, S. 183 f.; Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden sind und für diese notwendig sind, ABI 2005/C 56/03, Rz. 18; IMMENGA ULRICH / KÖRBER TORSTEN, Kommentar zu Art. 8 FKVO, in: Immenga / Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 1. EG / Teil 2, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, München 2007, Rz. 46.

<sup>7</sup> ETTER BORIS, Konkurrenzverbote beim Unternehmenskauf und Wettbewerbsrecht, in: sic! 2001, S. 481 ff.; ferner Bekanntmachung, Rz. 18.

65. Im Entscheid ISS/Edelweissfm hat die WEKO im Zusammenhang mit Konkurrenzverboten ihre Praxis nach der EU-Bekanntmachung gerichtet.<sup>8</sup> Das zulässige zeitliche Mass für Konkurrenzverbote beträgt somit drei Jahre, wenn mit dem Unternehmen sowohl der Geschäftswert als auch das Know-how, beziehungsweise zwei Jahre, wenn nur der Geschäftswert übertragen wird.

66. Vorliegend machen die Zusammenschlussparteien geltend, dass ein Konkurrenzverbot von [0-3] Jahren notwendig sei, um der FT Gruppe zu ermöglichen, den vollen Wert der erworbenen Vermögenswerte zu erhalten und über ihre Tochtergesellschaft Orange den Kundenstamm und das Know-how, die in das fusionierte Unternehmen eingebracht werden, vollständig zu verwerten und zu integrieren. Gemäss der Meldung umfasst das Know-how insbesondere Fachkenntnisse im Bereich Technik und Vertrieb, wie beispielsweise das Know-how von Sunrise in Bezug auf konvergente Angebote und Netzwerke in der Schweiz.

67. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das vorgesehene Konkurrenzverbot zugunsten des fusionierten Unternehmens von [0-3] Jahren unter das Konzentrationsprivileg fällt.

## B.2 Vorbehaltene Vorschriften

68. Gesetzlich vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG sind im vorliegend zu beurteilenden Fall

Tabelle 3: Umsätze FT Gruppe und Sunrise im Jahr 2008

Mobilfunkanbieter	Umsätze in der Schweiz	Weltweite Umsätze
FT Gruppe (inkl. Orange)	CHF 1'308 Mio.	CHF 79'429 Mio. <sup>1)</sup>
Sunrise	CHF 1'856 Mio.	CHF 1'856 Mio.
<b>Total</b>	CHF 3'164 Mio.	CHF 81'285 Mio.

<sup>1)</sup> EUR 53'488 Mio.; Wechselkurs Schweizer Franken/Euro 1.4850 per 31. Dezember 2008 gemäss der Reference Exchange Rate Swiss Franc/Euro der Europäischen Zentralbank.

73. Die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG sind damit erreicht. Das Zusammenschlussvorhaben ist meldepflichtig.

## B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

74. Gemäss Art. 10 Abs. 2 KG kann die Wettbewerbskommission den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss:

- eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt; und
- keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt.

75. Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG gelten einzelne oder mehrere Unternehmen als marktbeherrschend, wenn sie auf

weder ersichtlich noch wurden solche von den Parteien geltend gemacht.<sup>9</sup>

## B.3 Meldepflicht

69. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der WEKO zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens CHF 2 Mrd. oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens CHF 500 Mio. erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens CHF 100 Mio. erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

70. Der weltweite Umsatz der FT Gruppe (inkl. Orange) beträgt im Jahr 2008 CHF 79'429 Mio. In der Schweiz erzielte die FT Gruppe (inkl. Orange) im Jahr 2008 einen Umsatz von CHF 1'308 Mio.

71. Bei Sunrise beträgt der weltweite Umsatz im Jahr 2008 CHF 1'856 Mio. Sunrise erwirtschaftet ihren gesamten Umsatz in der Schweiz. Somit beläuft sich der Umsatz in der Schweiz im Jahr 2008 ebenfalls auf CHF 1'856 Mio.

72. Die schweiz- und weltweiten Umsätze der FT Gruppe und von Sunrise im Jahr 2008 sind in folgender Tabelle aufgeführt:

einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

76. Unternehmen sehen sich in ihren Verhaltensspielräumen durch ihre aktuellen und potenziellen Konkurrenten beschränkt. Die voraussichtliche Marktstellung der Parteien nach dem Zusammenschluss ergibt sich folglich daraus, ob nach Realisierung ihres Vorhabens genügend aktuelle und potenzielle Konkurrenten verbleiben, die das Verhalten der Parteien nach dem Zusammenschluss disziplinieren werden.

77. Hierzu sind vorab die relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

<sup>8</sup> ISS/Edelweissfm, RPW 2006/4, S. 689, Rz. 38.

<sup>9</sup> Für die Problematik vorbehaltener Vorschriften im Bereich Telekommunikation vgl. Terminierung Mobilfunk, RPW 2007/2, S. 250 ff., Rz. 48 ff.; Mobilfunkmarkt, RPW 2002/1, S. 109 ff., Rz. 54 ff.

## B.4.1 Relevante Märkte

### B.4.1.1 Sachlich und räumlich relevante Märkte

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

79. Gemäss konstanter Praxis unterscheidet die WEKO im Telekommunikationsbereich zwischen folgenden Märkten: Festnetztelefoniemarkt, Breitbandinternetmarkt, Wholesale-Markt für Breitbandinternet, Markt für (TV-) Mehrwertdienste, Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen, Markt für Mobilfunkgeräte, Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen, Markt für Mobilfunkterminierung.<sup>10</sup> Im Rahmen dieses Verfahrens wurde ferner geprüft, ob im Mobilfunkbereich allenfalls weitere Märkte abzugrenzen sind.

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

### B.4.1.2 Festnetztelefoniemarkt

#### B.4.1.2.1 Sachlich relevanter Markt

81. Gemäss Praxis der WEKO bilden Festnetztelefoniedienstleistungen einen eigenen Markt.<sup>11</sup>

82. Endkunden fragen typischerweise an einem bestimmten Standort eine für Sprachtelefonie geeignete Verbindung zum öffentlichen Telefonnetz für abgehende und eingehende Anrufe sowie die Bereitstellung weiterer Dienste nach. Damit eine solche Verbindung erfolgen kann, wird ein Anschluss benötigt, wobei es sich bei standortgebundenen Zugängen in der Regel um einen Festnetzanschluss handelt.<sup>12</sup>

83. Ausgehend von Sprachtelefoniedienstleistungen ist generell festzustellen, dass Telefonieren über das Festnetz in der Regel günstiger ist als das Mobiltelefonieren, respektive kaum Preiskorrelationen oder gleichläufige Preisentwicklungen bestehen, was gegen eine Substituierbarkeit spricht (vgl. aber Rz. 109). Ebenso lässt sich feststellen, dass das erhebliche Wachstum der Anzahl Mobilfunkanschlüsse betreffend Mobilfunkkunden zu keinem signifikanten Rückgang der Anzahl Festnetzkunden geführt hat.<sup>13</sup>

84. Ausgehend von Festnetzanschlüssen ist zu fragen, welche Anschlüsse geeignet sind, Sprachtelefonie zu übertragen. Das Übertragen von Sprachtelefonie ist ohne Weiteres basierend auf dem ursprünglich dafür konzipierten, mehrheitlich aus Kupferkabel bestehenden Anschlussnetz von Swisscom möglich (in der Regel plain old telephone service [POTS]). Im Folgenden ist zu prüfen, inwiefern insbesondere die internetprotokollbasierte (IP-basierte) Telefonie, welche über andere drahtgebundene Anschlussnetze übertragen wird, als Alternative angesehen werden kann.<sup>14</sup>

85. Mittels IP-Telefonie besteht auch die Möglichkeit über einen Breitbandzugang zu telefonieren. In der Regel wird für IP-basierte Sprachtelefonie der in verschiedenen Zusammenhängen verwendete Begriff VoIP (Voice over IP) benutzt. Gewisse VoIP-Anwendungen lassen

sich mittlerweile mit denjenigen der herkömmlichen Telefonie im Hinblick auf deren Zuverlässigkeit, Sprachqualität und eingesetzter Endgeräten (insbesondere Telefon zu Telefon) vergleichen. VoIP wird in der Schweiz mittlerweile – bei steigender Popularität – von mehreren Fernmeldedienstleistern, darunter auch Kabelnetzunternehmen, angeboten.<sup>15</sup>

86. Praxisgemäss umfasst der relevante Markt drahtgebundene Festnetzanschlüsse, welche zur Übertragung von Sprachtelefonie (POTS oder IP-basiert) geeignet sind, wobei im Fall der IP-basierten Übertragung ein Breitbandanschluss notwendig ist.<sup>16</sup>

#### B.4.1.2.2 Räumlich relevanter Markt

87. Die Festnetztelefonie basiert auf dem Festnetz der Schweiz und ist fernmelderechtlich auf den schweizerischen Markt beschränkt. Zudem bieten die Fernmeldedienstleister der Schweiz ausschliesslich innerhalb der Schweiz Dienstleistungen an. Es ist folglich von einem nationalen Markt für Festnetztelefonie auszugehen.<sup>17</sup>

### B.4.1.3 Breitbandinternet-Markt

#### B.4.1.3.1 Sachlich relevanter Markt

88. In diesem Markt fragen Endkunden eine Verbindung ins Internet nach. Dabei kann zwischen einer Dial-up- und einer Breitbandverbindung unterschieden werden. Diese beiden Verbindungstypen unterscheiden sich in erster Linie in der Bandbreite. Dial-up-Verbindungen nutzen die tiefen Frequenzen des Kupferkabels, Breitbandverbindungen die höheren Frequenzen. Dies erlaubt bei Breitbandverbindungen ein paralleles Telefonieren und Nutzen des Internets, was bei Dial-up-Verbindungen nicht möglich ist. So lässt sich eine Dial-up Verbindung ohne weiteres durch eine Breitbandverbindung substituieren, aber nicht umgekehrt. Vor diesem Hintergrund spricht man von einer asymmetrischen Substituierbarkeit.

<sup>10</sup> Sunrise/Tele2, RPW 2008/4, S. 668 ff.; Swisscom/The Phone House, RPW 2008/2, S. 341 ff.; Gutachten TDC Switzerland vs. Swisscom Fixnet betreffend schneller Bitstromzugang, RPW 2008/1, S. 222 ff.; Terminierung Mobilfunk, RPW 2007/2, S. 241 ff.; Gutachten Interkonnectionsverfahren (Gutachten), RPW 2006/4, S. 739 ff.; Swisscom Fixnet/Betty Holding, RPW 2006/3, S. 470 ff.; Swisscom Fixnet/Cybernet, RPW 2006/2, S. 249 ff.

<sup>11</sup> Sunrise/Tele2, RPW 2008/4, S. 669 f., Rz. 25 ff.; Swisscom/The Phone House, RPW 2008/2, S. 343, Tabelle 1; Swisscom/Cybernet, RPW 2006/2, S. 252, Rz. 48 (mit weiteren Hinweisen).

<sup>12</sup> Sunrise/Tele2, RPW 2008/4, S. 670, Rz. 25; Gutachten Cablecom vs. Swisscom Fixnet betreffend Portierung von Einzelnummern (Cablecom vs. Swisscom), RPW 2005/3, S. 590, Rz. 18.

<sup>13</sup> Sunrise/Tele2, RPW 2008/4, S. 670, Rz. 26; Cablecom vs. Swisscom, RPW 2005/3, S. 590, Rz. 19.

<sup>14</sup> Sunrise/Tele2, RPW 2008/4, S. 670, Rz. 27; Cablecom vs. Swisscom, RPW 2005/3, S. 590, Rz. 22.

<sup>15</sup> Sunrise/Tele2, RPW 2008/4, S. 670, Rz. 28; Cablecom vs. Swisscom, RPW 2005/3, S. 590, Rz. 22 f.

<sup>16</sup> Sunrise/Tele2, RPW 2008/4, S. 670, Rz. 29; Cablecom vs. Swisscom, RPW 2005/3, S. 591, Rz. 28.

<sup>17</sup> Sunrise/Tele2, RPW 2008/4, S. 670, Rz. 37; Swisscom/Fastweb, RPW 2007/2, S. 314, Rz. 35 (mit weiteren Hinweisen); Swisscom Fixnet/Cybernet, RPW 2006/2, S. 253, Rz. 54.



89. Die internationale Fernmeldeunion (ITU) definiert einen Dienst oder ein System als breitbandig, wenn die Datenübertragungsrate 2048 kbit/s übersteigt. Bei kleineren Bandbreiten wird von Dial-up-Verbindungen gesprochen. Diese erlauben Geschwindigkeiten bis 56 kbit/s ohne und 128 kbit/s mit ISDN-Modem.<sup>18</sup>

90. Weiter unterscheiden sich die beiden Anschlusstechnologien im Hinblick auf den Preis. Während bei einer Dial-up-Verbindung jede Minute einzeln verrechnet wird, ist bei Breitbanddiensten eine monatliche Grundgebühr zu entrichten (Pauschaltarif), welche unabhängig von der Dauer der Nutzung oder der bezogenen Datenmenge ist.<sup>19</sup>

91. Der relevante Markt umfasst aus Sicht der Endkunden den Zugang zu Breitbanddiensten. Zum relevanten Markt gehören die leitungsgebundenen Technologien, welche auf dem Netz und insbesondere der Kupferleitung von Swisscom beruhen (u.a. Bitstream Access, ADSL bzw. BACS) sowie CATV, PLC und Glasfaser. Dieser kann jedoch nicht dem gleichen Markt wie leitungsgebundenes Breitbandinternet zugeordnet werden.<sup>20</sup> Betreffend Dial-up-Verbindungen ist zu bemerken, dass diese heutzutage kaum noch von Bedeutung sind. Deshalb wurde im Rahmen der Prüfung des Zusammenschlusses auf eine gesonderte Betrachtung verzichtet.

#### **B.4.1.3.2. Räumlich relevanter Markt**

92. Breitbandinternet basiert auf dem Festnetz der Schweiz. Dieses ist fernmelderechtlich auf den schweizerischen Markt beschränkt. Somit ist analog zum Festnetztelefoniemarkt von einem nationalen Markt auszugehen (vgl. Rz. 87).<sup>21</sup>

#### **B.4.1.4 Markt für (TV-) Mehrwertdienste**

##### **B.4.1.4.1. Sachlich relevanter Markt**

93. Im Entscheid Swisscom Fixnet/Betty Holding hat die WEKO einen Markt für TV-Werbe- und Mehrwertdienstplattformen abgegrenzt. Dabei handelt es sich um Angebote, die einen Zusammenhang mit TV-Sendungen aufweisen und vor allem über das Festnetztelefon und über das Mobiltelefon, beispielsweise per SMS, angeboten werden.<sup>22</sup>

94. Die Zusammenschlussparteien machen geltend, dass die Unternehmen, welche solche Mehrwertdienste anbieten, nicht unterscheiden, ob diese Mehrwertdienste im Rahmen von TV- oder Radiosendungen verwendet oder für die Verwendung in schriftlichen Publikationen nachgefragt werden. Demzufolge solle der sachlich relevante Markt nicht nur TV-Mehrwertdienste, sondern Mehrwertdienste allgemein umfassen.

95. Im Rahmen des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens kann die Frage, ob der sachlich relevante Markt nur TV-Mehrwertdienste oder Mehrwertdienste allgemein umfasst, offengelassen werden, da in diesem Markt keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken bestehen (vgl. nachfolgend Rz. 135 ff.).

##### **B.4.1.4.2. Räumlich relevanter Markt**

96. Mehrwertdienste werden von der Marktgegenseite, d.h. den Endkonsumenten, in der Regel im jeweiligen Sprachgebiet des Landes nachgefragt.<sup>23</sup> Folglich ist für

die Schweiz von drei räumlich relevanten Märkten auszugehen: Je einem relevanten Markt für die deutsch-, die französisch- und die italienischsprachige Schweiz.

#### **B.4.1.5 Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen**

##### **B.4.1.5.1. Sachlich relevanter Markt**

97. Um ihren Kunden Mobilfunkabonnemente (häufig inklusive eines vom Anbieter von Mobilfunkdienstleistungen subventionierten Mobilfunkgeräts) zu verkaufen, benötigen die Mobilfunkanbieter Absatzkanäle. Diese finden sie in Form ihrer eigenen Verkaufsstellen oder in Form von Verkaufsstellen Dritter.

98. Die Verkaufsstellen sind in sogenannte "Street Channel" und "Direct Channel" zu unterscheiden. Zum Street Channel gehören Verkaufsstellen, in welchen ausgebildetes Personal berät und die an stark frequentierten, meist urbanen Standorten platziert sind. Die grösseren Anbieter sind Swisscom, Orange, Sunrise und Mobilzone. Daneben gibt es zahlreiche Fachhändler, welche ebenfalls den Vertrieb von Mobilfunkabonnemen-ten und -geräten der wichtigsten Mobilfunkanbieter übernehmen. Zum Direct Channel gehören hauptsächlich das Internet, das Telefonmarketing und Vertragsabschlüsse per Post oder auch Direktabschlüsse auf der Strasse.

99. Im Entscheid Swisscom/The Phone House analysierte die WEKO die Substituierbarkeit dieser beiden Absatzkanäle und kam zum Schluss, dass der Street Channel als eigener, sachlich relevanter Markt abzugrenzen ist.<sup>24</sup>

##### **B.4.1.5.2. Räumlich relevanter Markt**

100. Die Vertreter von Mobilfunkdienstleistungen vermitteln Mobilfunkabonnemente, die auf Leistungen eines Mobilfunknetzes in der Schweiz basieren. Es kann somit von einem räumlich relevanten Markt ausgegangen werden, welcher das Gebiet der gesamten Schweiz umfasst.<sup>25</sup>

#### **B.4.1.6 Markt für Mobilfunkgeräte**

##### **B.4.1.6.1. Sachlich relevanter Markt**

101. Ein Mobilfunkgerät wird hauptsächlich gekauft, um mit einer anderen Person zu kommunizieren, sei es mittels eines Gesprächs oder mittels anderer Kommunikationsformen wie beispielsweise Textnachrichten (SMS und MMS). Zusätzlich bieten viele Mobilfunkgeräte noch weitere Nutzungsmöglichkeiten wie das Abrufen von E-Mails, das Surfen im Internet, das Hören von Musik, die Verwaltung von Terminen, etc. Trotzdem liegt die Hauptfunktion des Mobilfunkgeräts in der Kommunikation mit anderen Personen.

<sup>18</sup> Sunrise/Tele2, RPW 2008/4, S. 669, Rz. 21 f.

<sup>19</sup> Sunrise/Tele2, RPW 2008/4, S. 669, Rz. 21 ff.

<sup>20</sup> Sunrise/Tele2, RPW 2008/4, S. 669, Rz. 24; Swisscom Fixnet/Cybernet, RPW 2006/2, S. 250 ff., Rz. 32 ff. (mit weiteren Hinweisen).

<sup>21</sup> Sunrise/Tele2, RPW 2008/4, S. 670, Rz. 37; Swisscom Fixnet/Cybernet, RPW 2006/2, S. 253, Rz. 54 (mit weiteren Hinweisen).

<sup>22</sup> Swisscom Fixnet/Betty Holding, RPW 2006/3, S. 473, Rz. 36.

<sup>23</sup> Swisscom Fixnet/Betty Holding, RPW 2006/3, S. 474, Rz. 44.

<sup>24</sup> Swisscom/The Phone House, RPW 2008/2, S. 343 f., Rz. 27 ff.

<sup>25</sup> Swisscom/The Phone House, RPW 2008/2, S. 345, Rz. 54 f.

102. Auch in diesem Markt kann, gleich wie beim Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen, zwischen den beiden Verkaufskanälen Street Channel und Direct Channel unterschieden werden. Grösstenteils sind dieselben Unternehmen im Markt für Mobilfunkgeräte tätig, wie auch im Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen. Dies ist vor allem der Fall wegen der komplementären Beziehung dieser beiden Produkte.<sup>26</sup>

103. Die EU-Kommission hat darüber hinaus einen separaten Markt für Mobilfunkequipment (wie z.B. Bluetooth) abgegrenzt.<sup>27</sup> Ob sich eine solche Abgrenzung rechtfertigt, kann im Rahmen des vorliegenden Verfahrens offenbleiben, da in diesem Bereich keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf das Zusammenschlussvorhaben bestehen (vgl. nachfolgend Rz. 140 f.).

#### **B.4.1.6.2. Räumlich relevanter Markt**

104. Bis anhin hat die WEKO die räumliche Abgrenzung des Marktes für Mobilfunkgeräte offengelassen. Sie ging davon aus, dass es sich bei den Produzenten von Mobilfunkgeräten um grosse, multinationale Unternehmen handelt, die ihre Produkte weltweit vertreiben und folglich der räumlich relevante Markt für Mobilfunkgeräte mindestens die Schweiz umfasst.<sup>28</sup> Die EU-Kommission hat die Frage der räumlichen Abgrenzung des Marktes für sowie den Jahresbericht 2008 von der FT Gruppe Mobilfunkequipment bis anhin ebenfalls offengelassen. Sie ging im Prinzip jedoch von einem globalen Markt aus.<sup>29</sup>

105. Eine definitive räumliche Marktabgrenzung kann auch im Rahmen dieses Verfahrens unterbleiben, da in diesen Märkten keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken bestehen (vgl. nachfolgend Rz. 140 f.).

#### **B.4.1.7 Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen (Endkundenmarkt)**

##### **B.4.1.7.1. Sachlich relevanter Markt**

106. Praxisgemäss unterscheidet die WEKO im Bereich Mobilfunk zwei Ebenen: Die Wholesale- und die Retail-Ebene.<sup>30</sup>

107. Im Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen fragen Endkunden Kommunikationsmittel nach, welche ihnen ermöglichen über ein Mobilfunknetz mit einer anderen Person in Verbindung zu treten. Aus Sicht der Endkunden dienen eingehende bzw. ausgehende Sprachverbindungen dem selben Verwendungszweck, da beide Verbindungen eine Kommunikation ermöglichen. Allenfalls kann zwischen den Kommunikationspartnern zwischen Anrufer und Angerufenem unterschieden werden, da der Anrufer die finanziellen Folgen der Verbindung zu tragen hat. In der Schweiz gilt das sogenannte cpp-Prinzip (calling party pays). Erhält also ein Mobilfunkteilnehmer einen Anruf, so muss er dafür nichts bezahlen. Eine Ausnahme besteht dann, wenn sich der Kunde im Ausland befindet; dann kommen sogenannte Roaming-Gebühren zur Anwendung, die der Angerufene in Abhängigkeit der telefonierten Minuten bezahlt.<sup>31</sup>

108. Die Marktgegenseite der Endkunden besteht aus a) Mobilfunkanbietern,<sup>32</sup> welche die zur Kommunikation

notwendige Infrastruktur aufbauen und anbieten oder b) Weiterverkäufern von SIM-Karten (Weiterverkäufer) oder Mobile Virtual Network Operator (MVNO), die ihre Leistungen an Endkunden auf der Grundlage der Leistungen der Mobilfunkanbieter erbringen.

109. Ein Endkunde entscheidet sich hauptsächlich aufgrund zweier Eigenschaften für einen Mobilfunkanschluss: Der Kunde hat einerseits die Möglichkeit zeit- und ortsunabhängig zu telefonieren und ist andererseits immer, wann und wo auch immer er sich gerade aufhält, erreichbar. Diese beiden Eigenschaften des Mobilfunks unterscheiden diesen in entscheidender Weise von einem Festnetzanschluss. Im Weiteren ist ein Mobilfunkanschluss in der Regel personenbezogen, während ein Festnetzanschluss meistens ortsbezogen ist. Ein Mobilfunkanschluss beinhaltet daher die wichtigsten Eigenschaften eines Festnetzanschlusses, geht aber gleichzeitig darüber hinaus. In diesem Zusammenhang spricht man auch von asymmetrischer Substituierbarkeit. Das Festnetz kann in gewissen Situationen durch das Mobilfunknetz substituiert werden, nicht jedoch umgekehrt.<sup>33</sup>

110. Die WEKO hat bisher den Transfer von Daten ausdrücklich von der Sprachkommunikation getrennt und für die Sprachtelefonie einen eigenständigen Markt abgegrenzt.<sup>34</sup> Für den Zweck der Prüfung des vorliegenden Zusammenschlusses erscheint es jedoch nicht notwendig den Transfer von Daten gesondert von der Sprachtelefonie zu betrachten. Die Ausführungen betreffen Mobilfunkdienstleistungen aus Endkundensicht umfassen nachfolgend folglich sowohl Sprachtelefonie als auch den Transfer von Daten.

##### **B.4.1.7.2. Räumlich relevanter Markt**

111. Die von der ComCom vergebenen Konzessionen haben für das Gebiet der Schweiz Gültigkeit. Auch die Marktgegenseite (Nachfrager von Mobilfunkabonnements) fragt in der Regel Mobilfunkdienstleistungen in der Schweiz nach. Der Retail-Markt Mobilfunkdienstleistungen ist folglich national abzugrenzen.<sup>35</sup>

<sup>26</sup> Swisscom/The Phone House, RPW 2008/2, S. 343 f., Rz. 42 ff.

<sup>27</sup> Vodafone/Mannesmann, COMP/M.1795, Rz. 22; Vodafone/Vivendi/Canal+, COMP/JV.48, Rz. 61.

<sup>28</sup> Swisscom/The Phone House, RPW 2008/2, S. 345, Rz. 56 f.

<sup>29</sup> Vodafone/Mannesmann, COMP/M.1795, Rz. 25; Vodafone/Vivendi/Canal+, COMP/JV.48, Rz. 62.

<sup>30</sup> Swisscom/The Phone House, RPW 2008/2, S. 345, Rz. 47; Mobilfunkmarkt, RPW 2002/1, S. 118 ff, Rz. 88 ff.

<sup>31</sup> Sunrise/Tele2, RPW 2008/4, S. 670, Rz. 30; Swisscom/The Phone House, RPW 2008/2, S. 345, Rz. 48; Mobilfunkmarkt, RPW 2002/1, S. 120, Rz. 97.

<sup>32</sup> Im Rahmen des vorliegenden Verfahrens impliziert die Terminologie "Mobilfunkanbieter", dass der entsprechende Anbieter über ein eigenes Mobilfunknetz verfügt. Ist demgegenüber von Fernmeldediensteanbieter oder von Mobilfunkdienstleistungsanbietern die Rede, umfassen diese Begriffe auch Weiterverkäufer und MVNO.

<sup>33</sup> Swisscom/The Phone House, RPW 2008/2, S. 344, Rz. 50 f.; Terminierung Mobilfunk, RPW 2007/2, S. 255, Rz. 87 ff.

<sup>34</sup> Terminierung Mobilfunk, RPW 2007/2, S. 254 f., Rz. 80 ff.

<sup>35</sup> Sunrise/Tele2, RPW 2008/4, S. 670, Rz. 38 f.; Swisscom/The Phone House, RPW 2008/2, S. 345, Rz. 58 f.; Terminierung Mobilfunk, RPW 2007/2, S. 261, Rz. 136 ff.; Swisscom Fixnet/Cybernet, RPW 2006/2, S. 253, Rz. 53 f.; Mobilfunkmarkt, RPW 2002/1, S. 122, Rz. 105 ff.

#### **B.4.1.8 Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze (Netzzugangsmarkt)**

##### **B.4.1.8.1. Sachlich relevanter Markt**

112. Im Netzzugangsmarkt fragen Weiterverkäufer und MVNO bei den Netzbetreibern Dienstleistungen nach, um diese an Endkunden weiterzuverkaufen.<sup>36</sup> Die WEKO kam in der Untersuchung Mobilfunk zum Schluss, dass je von einem eigenen Markt für ab- bzw. eingehende mobile Fernmeldedienste auszugehen ist.<sup>37</sup> Zum Markt für abgehende mobile Fernmeldedienste hat sich das Sekretariat bisher erst summarisch im Schlussbericht zur Vorabklärung betreffend Zugang zu Mobilfunknetzen geäußert.<sup>38</sup>

113. Im Zusammenhang mit abgehenden mobilen Fernmeldediensten stellen die Netzbetreiber die Angebotsseite dar. Die Marktgegenseite besteht aus den Weiterverkäufern und MVNO, die den Zugang auf ein Mobilfunknetz nachfragen, um Mobilfunkdienstleistungen unter eigenem Namen an Endkunden anbieten zu können.

114. Im Gegensatz zum Wholesale-Markt für eingehende mobile Dienstleistungen (siehe Terminierung; B.4.1.9) haben die Weiterverkäufer und MVNO die Möglichkeit die Leistung bei allen Netzbetreibern nachzufragen, da hinsichtlich der Eigenschaften und des Verwendungszwecks jeder Netzbetreiber, solange noch genügend freie Kapazitäten vorhanden sind, den Zugang zu seinem Mobilfunknetz gewähren kann. Folglich ist von einem einzigen Netzzugangsmarkt auszugehen.

115. Offenbleiben kann, ob der Netzzugangsmarkt in zwei separate Märkte für Sprach- und Datenleistungen zu unterteilen ist (vgl. auch Rz. 110).

116. Die erfolgte Marktabgrenzung wird im Übrigen auch von der Europäischen Kommission (EU-Kommission) in dieser Art vorgenommen. So ging die EU-Kommission z.B. im Entscheid T-Mobile/Orange Niederlande von einem einzigen sachlich relevanten Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze aus.<sup>39</sup>

##### **B.4.1.8.2. Räumlich relevanter Markt**

117. In Analogie zur räumlichen Abgrenzung im Endkundenmarkt ist auch für den Netzzugangsmarkt von einem, die ganze Schweiz umfassenden Markt auszugehen (vgl. Rz. 111). Im Übrigen wird dieser Markt auch von der EU-Kommission national abgegrenzt.<sup>40</sup>

#### **B.4.1.9 Markt für Mobilfunkterminierung (Terminierungsmarkt)**

##### **B.4.1.9.1. Sachlich relevanter Markt**

118. Ein Anruf in Mobilfunknetze setzt sich aus Originierung, Transit und Terminierung zusammen. Die Terminierung stellt sicher, dass ein Anruf zu einem ganz bestimmten Anschluss weitergeleitet wird und von dem entsprechenden Endkunden entgegengenommen werden kann. Beim Markt für Mobilfunkterminierung handelt es sich um die Terminierung eines Sprachanrufes in das jeweils eigene Netz.<sup>41</sup> In der Schweiz ist jeder Mobilfunkanbieter verpflichtet, Anrufe von anderen Mobilfunkanbietern in sein eigenes Netz zu terminieren.<sup>42</sup>

119. Orange und Sunrise bringen in ihren Stellungnahmen zum Antrag vor, dass ein eigenständiger Markt für Mobilfunkterminierung nicht ausgewiesen werden könne. Vielmehr sei die Mobilfunkterminierung notwendiger Teil eines Marktes für Mobilfunkdienstleistungen, da ohne Terminierungsnachfrage und Terminierungsangebot die Netzbetreiber Mobilleistungen gar nicht anbieten könnten.

120. Dieses Argument wurde von den Mobilfunkanbietern in anderen Verfahren bereits vorgebracht. Dennoch geht die WEKO in ständiger Praxis davon aus, dass für die Terminierung von Anrufen in das Mobilfunknetz eines Anbieters kein Substitut besteht, weil jede Mobiltelefonnummer an dasjenige Mobilfunknetz gebunden ist, welches der Endkunde über seine SIM-Karte nutzt. Alle Fernmeldedienstleister, die eine Terminierung in das Netz des jeweiligen Mobilfunkanbieters nachfragen, haben daher bezüglich dieser Dienstleistung keine Ausweichmöglichkeit.<sup>43</sup> Folglich ist für die Terminierung von Anrufen in ein Mobilfunknetz eines Anbieters jeweils von einem eigenen sachlich relevanten Markt auszugehen. Dies hat zur Folge, dass in der Schweiz derzeit vier Märkte für Mobilfunkterminierung bestehen, namentlich derjenige von Swisscom, Sunrise, Orange und der In&Phone SA (In&Phone). Diese sachliche Marktabgrenzung deckt sich im Übrigen auch mit derjenigen der EU-Kommission<sup>44</sup> und derjenigen des Bundesverwaltungsgerichts.<sup>45</sup>

<sup>36</sup> Mobilfunkmarkt, RPW 2002/1, S. 121, Rz. 94.

<sup>37</sup> Mobilfunkmarkt, RPW 2002/1, S. 121, Rz. 94 ff.

<sup>38</sup> Zugang zu Mobilfunknetzen/Einstellung der Vorabklärung, RPW 2006/3, S. 432.

<sup>39</sup> T-Mobile/Orange Netherlands, COMP/M.4748, Rz. 17; vgl. auch die Empfehlung 2007/879/EG der Kommission vom 17. Dezember 2007 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, ABI L 344/65.

<sup>40</sup> T-Mobile/Orange Netherlands, COMP/M.4748, Rz. 18.

<sup>41</sup> Sunrise/Tele2, RPW 2008/4, S. 670, Rz. 35; Gutachten, RPW 2006/4, S. 743, Rz. 18.

<sup>42</sup> Sog. Interoperabilitätsverpflichtung; vgl. Art. 11 Abs. 3 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG, SR 784.10).

<sup>43</sup> Terminierung Mobilfunk, RPW 2007/2, S. 252, Rz. 70 ff.; Mobilfunkmarkt, RPW 2002/1, S. 120, Rz. 95.

<sup>44</sup> Vgl. Empfehlung 2003/311/EG der Kommission vom 11. Februar 2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, ABI L 114/45, Anhang, Markt 16.

<sup>45</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. Februar 2010, B-2050/2007, E. 9.8.

#### **B.4.1.9.2. Räumlich relevanter Markt**

121. Die Mobilfunkanbieter besitzen nationale Konzessionen, womit sie rechtlich auf ein nationales Angebot in der Schweiz eingeschränkt sind. Folglich bieten die Mobilfunkanbieter ihre Angebote nur schweizweit an. Es ist somit von einem auf die Schweiz begrenzten räumlich relevanten Markt auszugehen.<sup>46</sup>

#### **B.4.1.10 Wholesale-Markt für internationales Roaming (Roaming-Markt)**

##### **B.4.1.10.1. Sachlich relevanter Markt**

122. Bis anhin hat die WEKO keinen eigenen relevanten Markt für Dienstleistungen im Bereich des internationalen Roamings abgegrenzt.

123. Beim internationalen Roaming handelt es sich um eine Dienstleistung, die es Endkunden ermöglicht, mit ihrem Mobilfunkgerät (und ihrer SIM-Karte) auch in ausländischen Mobilfunknetzen zu telefonieren, angerufen zu werden oder Daten auszutauschen. Dabei wird zwischen dem sog. outbound und inbound traffic unterschieden. Beim outbound traffic handelt es sich aus Sicht der schweizerischen Mobilfunkanbieter um den Roaming-Verkehr ihres Endkunden im Ausland. Demgegenüber bezieht sich der inbound traffic auf den Verkehr, den Endkunden ausländischer Mobilfunkanbieter in der Schweiz generieren.

124. Um Mobilfunkkunden diese Dienstleistung anbieten zu können, schliessen die Mobilfunkanbieter auf der Wholesale-Ebene Vereinbarungen betreffend den Zugang zu Kapazitäten auf einem Mobilfunknetz eines ausländischen Mobilfunkanbieters ab. Um eine möglichst gute Abdeckung im Ausland zu erreichen, schliessen Mobilfunkanbieter bilaterale Abkommen mit möglichst vielen Mobilfunkanbietern in einem Land ab. Roaming-Abkommen werden teilweise auch mit Anbietern abgeschlossen, die Spezialkonditionen anbieten, wie beispielsweise innerhalb von Roaming-Allianzen (z.B. Freemove Alliance). Auf der Nachfrageseite stehen somit (ausländische) Mobilfunkanbieter, die ihren Endkunden ermöglichen auch im Ausland mobile Dienstleistungen nutzen zu können, indem sie sich in das Mobilfunknetz eines ausländischen Anbieters einbuchen, ohne das Mobilfunkgerät bzw. die SIM-Karte zu wechseln. Der Roaming-Markt bezieht sich lediglich auf den inbound traffic. Der outbound traffic ist hingegen beim Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen zu berücksichtigen.

125. In älteren Entscheiden ging die EU-Kommission davon aus, dass im Roaming-Markt jeder Mobilfunkanbieter in seinem Mobilfunknetz marktbeherrschend war (single market dominance). Dies wurde unter anderem damit begründet, dass der Mobilfunkanbieter keine Möglichkeit hatte, beim Roaming auf die Netzwahl seines Endkunden Einfluss zu nehmen. Da dies in der Zwischenzeit technisch jedoch möglich ist und auch gemacht wird, ist die EU-Kommission in ihren letzten Entscheiden zum Schluss gekommen, dass alle Mobilfunkanbieter eines Landes betreffend Wholesale-Angebote für internationales Roaming miteinander in Wettbewerb stehen.<sup>47</sup>

126. Auch unter Berücksichtigung des schweizerischen Mobilfunkmarktes und den von der WEKO bis anhin

vorgenommenen Marktabgrenzungen im Bereich Mobilfunk, sind keine Gründe ersichtlich, eine von der neueren Praxis der EU-Kommission abweichende Marktabgrenzung<sup>48</sup> vorzunehmen.

#### **B.4.1.10.2. Räumlich relevanter Markt**

127. Die Roaming-Abkommen zwischen den Mobilfunkanbietern verschiedener Länder beziehen sich auf die Erbringung von Mobilfunkdienstleistungen in einem spezifischen Land. Dabei sind die Mobilfunkanbieter auf das ihre Konzession umfassende Gebiet beschränkt. Folglich ist auch beim Roaming von einem national abgegrenzten Markt auszugehen. Diese Ausführungen decken sich im Übrigen mit denjenigen der EU-Kommission zum räumlich relevanten Markt für internationales Roaming auf Wholesale-Ebene.<sup>49</sup>

#### **B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten**

128. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 % oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, diese Märkte werden hier als "vom Zusammenschluss betroffene Märkte" bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

##### **B.4.2.1 Feststellung der betroffenen Märkte anhand der Marktanteile der beteiligten Unternehmen**

###### **B.4.2.1.1. Festnetztelefoniemarkt**

129. Der Marktanteil von Sunrise im Markt für Festnetztelefonie betrug im Jahr 2008 10,6 %, derjenige von Tele2 5,7 %. Folglich ist für Sunrise im Jahr 2008 von einem Marktanteil von 17,3 % auszugehen.<sup>50</sup>

130. Orange bietet erst seit kurzem Festnetzdienstleistungen an. Das Angebot basiert auf xDSL und Carrier Pre-Selection (CPS; Betreibervorauswahl), welche von VTX und Swisscom zur Verfügung gestellt werden. Festnetzkunden von Orange stehen folglich weiterhin in einem Vertragsverhältnis mit Swisscom in Bezug auf die monatlichen Grundgebühren. Nach Darstellung der Zusammenschlussparteien beträgt der Marktanteil von Orange in diesem Markt weniger als [0-10] %.

<sup>46</sup> Sunrise/Tele2, RPW 2008/4, S. 670, Rz. 38; Gutachten, RPW 2006/4, S. 743, Rz. 43 f.

<sup>47</sup> T-Mobile/Orange Netherlands, COMP/M.4748, Rz. 24 ff. (mit weiteren Hinweisen).

<sup>48</sup> T-Mobile/Orange Netherlands, COMP/M.4748, Rz. 24 ff. (mit weiteren Hinweisen).

<sup>49</sup> T-Mobile/Orange Netherlands, COMP/M.4748, Rz. 27 (mit weiteren Hinweisen).

<sup>50</sup> Amtliche Fernmeldestatistik des BAKOM 2008 (BAKOM 2008), S. 15, abrufbar unter: [www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00744/00746/](http://www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00744/00746/) (zuletzt besucht am 12. Februar 2010).

Tabelle 4: Marktanteile Festnetztelefonie (basierend auf der Anzahl Kundenverträge)

Unternehmen	Marktanteile 2006 <sup>1)</sup>	Marktanteile 2007 <sup>2)</sup>	Marktanteile 2008 <sup>2)</sup>	Marktanteile Mitte 2009 <sup>1)</sup>
Orange	[0-10] %	0,0%	< 1%	[0-10]%
Sunrise	[10-20]%	11,3%	10,6%	[10-20]%
Tele2 <sup>51</sup>	[0-10]%	7,1%	5,7%	[0-10]%
<b>Total</b>	<b>[10-20]%</b>	<b>18,4%</b>	<b>&lt;17,3%</b>	<b>[10-20]%</b>

<sup>1)</sup> Schätzungen der beteiligten Unternehmen.

<sup>2)</sup> Quelle: BAKOM 2008, S. 27, abrufbar unter: [www.bakom.ch/dokumentation/zahlen/00744/00746/](http://www.bakom.ch/dokumentation/zahlen/00744/00746/).

131. Da der Marktanteil der beteiligten Unternehmen im Bereich Festnetztelefonie weniger als 20 % beträgt und kein Unternehmen einen Marktanteil von 30 % hat, liegt kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

#### B.4.2.1.2. Breitbandinternet-Markt

132. Die Zusammenschlussparteien bringen vor, dass der Marktanteil von Sunrise im Jahr 2008 im Markt für Breitbandinternet 8,5 % betragen habe. Nach der Übernahme von Tele2 habe sich der Marktanteil von Sunrise im ersten Halbjahr 2009 auf [10-20] % erhöht. Nach Schätzungen von Orange liegen ihre eigenen Marktanteile bei [0-10] % (2008) bzw. [0-10] % (Mitte 2009).

Tabelle 5: Marktanteile Breitbandinternet (basierend auf Anzahl Kundenverträge)

Unternehmen	Marktanteile 2006 <sup>1)</sup>	Marktanteile 2007 <sup>2)</sup>	Marktanteile 2008 <sup>2)</sup>	Marktanteile Mitte 2009 <sup>1)</sup>
Orange	[0-10] %	–	–	[0-10] %
Sunrise	[10-20] %	10,5 %	8,5 %	[10-20] %
Tele2	[0-10] %	3 %	2,7 %	[0-10] %
<b>Total</b>	<b>[10-20] %</b>	<b>13,5 %</b>	<b>11,2 %</b>	<b>[10-20] %</b>

<sup>1)</sup> Schätzungen der beteiligten Unternehmen.

<sup>2)</sup> Quelle: BAKOM 2008, S. 20, abrufbar unter: [www.bakom.ch/dokumentation/zahlen/00744/00746/](http://www.bakom.ch/dokumentation/zahlen/00744/00746/).

133. Da der Marktanteil der beteiligten Unternehmen im Bereich Breitbandinternet weniger als 20 % beträgt und kein Unternehmen einen Marktanteil von 30 % hat, liegt kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

134. Im Parteigutachten von swiss economics bringen die Zusammenschlussparteien dennoch vor, dass es die direkte Folge der Fusion sei, dass die heute unbestrittene Marktmacht von Swisscom insbesondere im Breitbandmarkt durch die Entstehung eines – verglichen mit den heutigen Wettbewerbern – stärkeren Gegenspielers eingeschränkt wird. Aufgrund der tiefen Marktanteile der fusionierten Unternehmung wurde in diesem Bereich allerdings keine vertiefte Prüfung durchgeführt.

#### B.4.2.1.3. Markt für (TV-) Mehrwertdienste

135. Gemäss Ausführungen der Zusammenschlussparteien habe Orange keine 090\*-Mehrwertdienstnummern,

fordere aber, wie alle Fernmeldediensteanbieter bei ihren Kunden im Auftrag von Mehrwertdiensteanbietern die im Rahmen der Erbringung dieser Dienste angefallenen Gebühren ein. Orange biete keine sprachbasierten Mehrwertdienste an, habe aber ein limitiertes Angebot von datenbasierten Mehrwertdiensten über ihr WAP Portal sowie über SMS wie z.B. Nachrichten und Spiele. Orange biete über ihr WAP Portal auch Dienste von Drittanbietern an, vor allem Erotikinhalte. Daneben seien für die Abonnenten von Orange auch Angebote von Drittanbietern über SMS an eine Kurznummer (short code) zugänglich. Orange ziehe die Gebühren für diese Dienste ein und erhalte davon einen Prozentsatz. Die grössten Anbieter von nicht sprachbasierten Mehrwertdiensten sind [...].

<sup>51</sup> Sunrise erwarb Tele2 Ende 2008.

136. Sunrise verfügt über [...] Mehrwertdienstnummern. [...] In Anbetracht der [...] Umsätze von Sunrise in diesem Bereich beträgt der Marktanteil von Sunrise gemäss Ausführungen der Zusammenschlussparteien weniger als [0-10] %.

137. Angesichts der Marktanteile im Jahr 2008 von deutlich unter [0-10] % im Falle von Orange und in jedem Fall weniger als [0-10] % im Falle von Sunrise liegt kein betroffener Markt im Sinn von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

#### B.4.2.1.4. Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen

138. Im Rahmen des Zusammenschlussvorhabens Swisscom/The Phone House ermittelte die WEKO die Marktanteile mehrerer Mobilfunkanbieter im Bereich des Vertriebs von Mobilfunkdienstleistungen.<sup>52</sup> Demnach waren Orange und Sunrise jeweils Inhaber von 3,8 % bzw. 3,3 % sämtlicher Verkaufsstellen für Mobilfunkdienstleistungen in der Schweiz.<sup>53</sup> Da die Anzahl der Verkaufsstellen lediglich ein begrenzt geeigneter Indikator für die Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse ist, hat die WEKO zusätzlich die Marktanteile erhoben, die sich aus der Anzahl vermittelter Abonnemente ergeben. Im Jahr 2007 betragen die Marktanteile von Orange und Sunrise je weniger als 10 %.<sup>54</sup>

139. Gemäss den Ausführungen der Zusammenschlussparteien lagen die Marktanteile von Orange und

Sunrise auch im Jahr 2008 jeweils deutlich unter [0-10] %. Folglich liegt auch im Bereich des Vertriebes von Mobilfunkdienstleistungen kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

#### B.4.2.1.5. Markt für Mobilfunkgeräte

140. Im bereits erwähnten Entscheid Swisscom/The Phone House prüfte die WEKO auch den Markt für Mobilfunkgeräte. Die Analyse für das Jahr 2007 ergab, dass die Marktanteile von Orange und Sunrise im relevanten Markt jeweils unter 10 % lagen.<sup>55</sup>

141. Die Zusammenschlussparteien bringen vor, dass Orange im Jahr 2008 einen Marktanteil von schätzungsweise 7,6 % und Sunrise von schätzungsweise [0-10] % hatte. Demzufolge liegt kein im Sinn von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU betroffener Markt vor.

#### B.4.2.1.6. Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen (Endkundenmarkt)

142. Im Endkundenmarkt können Marktanteile auf Netzwerk- oder Markenbasis berechnet werden. Die Marktanteile auf Netzwerkbasis berechnen sich aufgrund der Anzahl Kundenverträge auf einem Mobilfunknetz (Marktanteile auf Netzwerkbasis; vgl. Tabelle 6). Die Berechnung der Marktanteile auf Markenbasis erfolgt gestützt auf sämtliche im schweizerischen Markt vorhandenen Mobilfunkdienstleistungsanbieter (Marktanteile auf Markenbasis; vgl. Tabelle 7 und Tabelle 8).

Tabelle 6: Marktanteile Endkundenmarkt auf Netzwerkbasis (basierend auf Anzahl Kundenverträgen)<sup>56</sup>

Unternehmen	Marktanteile 2006 <sup>1)</sup>	Marktanteile 2007 <sup>2)</sup>	Marktanteile 2008 <sup>2)</sup>	Marktanteile Mitte 2009 <sup>1)</sup>
Orange (inkl. Lycamobile)	[10-20] %	18,6 %	18,1 %	[10-20] %
Sunrise (inkl. Lebara, Phone House AG)	[10-20] %	19,6 %	20,4 %	[20-30] %
Tele2	[0-10] %	1 %	1,1 %	[0-10] %
<b>Total</b>	<b>[30-40] %</b>	<b>39,2 %</b>	<b>39,6 %</b>	<b>[30-40] %</b>

<sup>1)</sup> Schätzungen der beteiligten Unternehmen.

<sup>2)</sup> Quelle: BAKOM 2008, S. 26, abrufbar unter: [www.bakom.ch/dokumentation/zahlen/00744/00746/](http://www.bakom.ch/dokumentation/zahlen/00744/00746/)

<sup>52</sup> Swisscom/The Phone House, RPW 2008/2, S. 346 f.

<sup>53</sup> Swisscom/The Phone House, RPW 2008/2, S. 346, Tabelle 3.

<sup>54</sup> Swisscom/The Phone House, RPW 2008/2, S. 341, Rz. 66 ff.

<sup>55</sup> Swisscom/The Phone House, RPW 2008/2, S. 348 f., Tabelle 5.

<sup>56</sup> Für die Marktanteile der weiteren Wettbewerber vgl. Tabelle 14.

Tabelle 7: Marktanteile Endkundenmarkt auf Markenbasis (basierend auf Anzahl Kundenverträgen; Schätzung Orange)<sup>57</sup>

Unternehmen	Marktanteile 2006	Marktanteile 2007	Marktanteile 2008	Marktanteile Mitte 2009
Orange	[10-20] %	[10-20] %	[10-20] %	[10-20] %
Sunrise (inkl. Yallo)	[10-20] %	[10-20] %	[20-30] %	[20-30] %
Tele2	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
<b>Total</b>	<b>[30-40] %</b>	<b>[30-40] %</b>	<b>[30-40] %</b>	<b>[30-40] %</b>

Tabelle 8: Marktanteile Endkundenmarkt auf Markenbasis (basierend auf Anzahl Kundenverträgen; Schätzung Sunrise)<sup>58</sup>

Unternehmen	Marktanteile 2006	Marktanteile 2007	Marktanteile 2008	Marktanteile Mitte 2009
Orange	[10-20] %	[10-20] %	[10-20] %	[10-20] %
Sunrise (inkl. Yallo)	[10-20] %	[10-20] %	[10-20] %	[10-20] %
Tele2	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
<b>Total</b>	<b>[30-40] %</b>	<b>[30-40] %</b>	<b>[30-40] %</b>	<b>[30-40] %</b>

143. Unabhängig von der Betrachtungsweise (Marktanteile auf Netzwerk- oder Markenbasis) handelt es sich beim Endkundenmarkt um einen betroffenen Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

**B.4.2.1.7. Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze (Netzzugangsmarkt)**

144. Aus untenstehender Tabelle geht hervor, dass sich die Marktanteile im Bereich Zugang zu Mobilfunknetzen in den letzten Jahren stark erhöht haben. Dank vieler Weiterverkäufer und MVNO konnten Orange und Sunrise ihre Marktanteile erhöhen, so dass Orange und Sunrise im Jahr 2008 über Marktanteile in der Höhe von [30-40] % bzw. [0-10] % verfügten. Folglich liegt ein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

Tabelle 9: Marktanteile beim Netzzugangsmarkt (basierend auf über den Wholesale-Kanal vertriebene Anzahl SIM-Karten, Schätzung Orange)<sup>59</sup>

Unternehmen	Marktanteile 2006	Marktanteile 2007	Marktanteile 2008	Marktanteile Mitte 2009
Orange	[30-40] %	[30-40] %	[30-40] %	[30-40] %
Sunrise	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[10-20] %
<b>Total</b>	<b>[30-40] %</b>	<b>[30-40] %</b>	<b>[40-50] %</b>	<b>[50-60] %</b>

<sup>57</sup> Für die Marktanteile der weiteren Wettbewerber vgl. Tabelle 15.

<sup>58</sup> Für die Marktanteile der weiteren Wettbewerber vgl. Tabelle 15.

<sup>59</sup> Für die Marktanteile der weiteren Wettbewerber vgl. Tabelle 23.

Tabelle 10: Marktanteile beim Netzzugangsmarkt (basierend auf über den Wholesale-Kanal vertriebene Anzahl SIM-Karten, Schätzung Sunrise)<sup>60</sup>

Unternehmen	Marktanteile 2006	Marktanteile 2007	Marktanteile 2008	Marktanteile Mitte 2009
Orange	[30-40] %	[30-40] %	[30-40] %	[30-40] %
Sunrise	[10-20] %	[10-20] %	[10-20] %	[20-30] %
<b>Total</b>	<b>[40-50] %</b>	<b>[50-60] %</b>	<b>[40-50] %</b>	<b>[50-60] %</b>

#### B.4.2.1.8. Markt für Mobilfunkterminierung (Terminierungsmarkt)

145. Wie bereits ausgeführt, stellt jedes Mobilfunknetz einen eigenen relevanten Markt für die Mobilfunkterminierung dar. Sowohl Orange als auch Sunrise verfügen folglich im jeweiligen ihr Mobilfunknetz umfassenden

Terminierungsmarkt über einen Marktanteil von 100 %. Demzufolge handelt es sich bei den Terminierungsmärkten um betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

Tabelle 11: Umsätze Terminierungsmärkte (Million CHF; nach Wert Telefonie und SMS)

Unternehmen/Märkte	Umsätze 2006	Umsätze 2007	Umsätze 2008	Umsätze Mitte 2009
Orange (Marktanteil: 100%)	CHF [...]	CHF [...]	CHF [...]	CHF [...]
Sunrise (Marktanteil: 100%)	CHF [...]	CHF [...]	CHF [...]	CHF [...]

#### B.4.2.1.9. Wholesale-Markt für internationales Roaming (Roaming-Markt)

146. Aus der nachfolgenden Tabelle geht hervor, dass es sich beim Roaming-Markt um einen im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU betroffenen Markt handelt.

Tabelle 12: Marktanteile Roaming-Markt (basierend auf der Menge der eingehenden Anrufterminierung; nach Wert [Telefonie, SMS und Daten])

Unternehmen	Marktanteil 2006	Marktanteil 2007	Marktanteil 2008	Marktanteil Mitte 2009
Orange	[20-30]%	[30-40]%	[30-40]%	[20-30]%
Sunrise	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%
<b>Total</b>	<b>[40-50]%</b>	<b>[40-50]%</b>	<b>[40-50]%</b>	<b>[40-50]%</b>

#### B.4.2.1.10. Fazit

147. Tabelle 13 zeigt im Überblick die vom Zusammenschluss tangierten Märkte und ob es sich bei dem tangierten Markt um einen betroffenen Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU handelt.

<sup>60</sup> Für die Marktanteile der weiteren Wettbewerber vgl. Tabelle 24.



Tabelle 13: Vom Zusammenschluss tangierte Märkte

Markt	Betroffener Markt?
Breitbandinternet-Markt	nein
Festnetztelefoniemarkt	nein
Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen	nein
Markt für Mobilfunkgeräte	nein
Markt für (TV-) Mehrwertdienste	nein
Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen	ja
Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze	ja
Markt für Mobilfunkterminierung	ja
Wholesale-Markt für internationales Roaming	ja

#### B.4.3 Marktstellung auf den vorliegend betroffenen Märkten (Einzelmarktbeherrschung)

148. Im Rahmen der Beurteilung des aktuellen Wettbewerbs sind die Marktanteile der drei wichtigsten Wettbewerber in den betroffenen Märkten sowie die in den letzten fünf Jahren neu eingetretenen Unternehmen zu bezeichnen (Art. 11 Abs. 1 Bst. e und f VKU). Bei der Beurteilung der potenziellen Konkurrenz geht es um die Frage, welche Unternehmen in den nächsten drei Jahren in die vom Zusammenschluss betroffenen Märkte eintreten könnten (Art. 11 Abs. 1 Bst. f VKU).

149. Die Bestimmung der aktuellen und der potenziellen Konkurrenz erfolgt nachfolgend jeweils nacheinander für die einzelnen Märkte.

#### B.4.3.1 Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen (Endkundenmarkt)

##### B.4.3.1.1. Aktueller Wettbewerb

150. Wie bereits erwähnt, können die Marktanteile im Endkundenmarkt auf Netzwerk- oder Markenbasis berechnet werden. Die nachfolgenden Tabellen enthalten die Marktanteile von Orange und Sunrise sowie die ihrer Konkurrenten im Endkundenmarkt auf Netzwerkbasis (vgl. Tabelle 14) sowie auf Markenbasis (vgl. Tabelle 15).

Tabelle 14: Marktanteile Endkundenmarkt (auf Netzwerkbasis)

Unternehmen	2006	2007	2008
Swisscom	[60-70] %	61.0 %	60.4 %
Sunrise	[10-20] %	[10-20] %	[20-30] %
Orange	[10-20] %	18.6 %	18.1 %
Tele2	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
In&Phone	[0-10] %	0.01 %	0.01 %

Tabelle 15: Marktanteile Endkundenmarkt (auf Markenbasis; nach Anzahl Kunden)

Unternehmen	2006	2007	2008
Swisscom	[50-60] %	[50-60] %	[50-60] %
Sunrise (inkl. Yallo)	[10-20] %	[10-20] %	[10-20] %
Orange	[10-20] %	[10-20] %	[10-20] %
Migros	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
Coop	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
Tele2	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
Andere	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %

151. Aus Tabelle 14 geht hervor, dass in den Jahren 2006 - 2008 neben Orange und Sunrise auch noch Swisscom, Tele2 und In&Phone im Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen als Mobilfunkanbieter tätig waren. Allerdings wurde bereits an anderer Stelle ausgeführt (Fn. 122), dass Tele2 Ende 2008 von Sunrise übernommen wurde.<sup>61</sup> Nach dem Zusammenschluss werden folglich neben der fusionierten Unternehmung nur noch Swisscom und In&Phone als Mobilfunkanbieter tätig sein.

152. Orange, Sunrise und Swisscom sind im Besitze einer GSM Mobilfunkkonzession. In&Phone besitzt hingegen eine technologieneutrale Mobilfunkkonzession. Wie aus Tabelle 14 hervorgeht, hat In&Phone lediglich einen geringen Marktanteil. Dies liegt daran, dass In&Phone bis anhin mit einem Nischenprodukt im Geschäftskundenbereich tätig war. Gemäss eigener Angaben bietet In&Phone mit "campusGSM" Geschäftskunden eine ganzheitliche Lösung für Sprach- und Datendienste an. Mit einem firmeneigenen GSM-Netzwerk sollen bestehende Geräte wie Festnetztelefone, DECT-Mobiltelefone oder Pager durch ein Mobilfunkgerät ersetzt werden.<sup>62</sup> Darüber hinaus ist In&Phone auf Orange, Sunrise oder Swisscom angewiesen, um ihren Kunden eine flächendeckende Erreichbarkeit garantieren zu können. Am 2. Dezember 2009 hat In&Phone bekanntgegeben, dass sie die ehemaligen Mobilfunkstandorte von Tele2 gekauft habe.<sup>63</sup> Weitere diesbezügliche Ausführungen werden nachfolgend unter dem Aspekt "potenzieller Wettbewerb" abgehandelt (vgl. Rz. 168).

153. Swisscom verfügt, ebenso wie Orange und Sunrise über eine GSM- sowie eine UMTS-Konzession und ein sehr gut ausgebautes Mobilfunknetz. Dadurch ist sie in der Lage ihren Endkunden umfassende und qualitativ hochwertige Mobilfunkdienstleistungen anzubieten. In den letzten Jahren war Swisscom im Endkundenmarkt die mit Abstand stärkste Wettbewerberin. Ein grosser Vorteil für Swisscom ist denn auch, dass sie nicht nur in den Mobilfunkmärkten, sondern auch in den Bereichen Festnetz und Breitband präsent ist und eine starke Marktstellung besitzt. In letzter Zeit konnte sich Swisscom mit ihrem Produkt Swisscom-TV auch im TV-Markt etablieren. Zudem besitzt Swisscom eine hohe Finanzkraft, die es ihr ermöglicht weitere Investitionen und hohe Ausgaben für Marketing und Werbung zu tätigen, etc.

154. Seit 2005 bieten mehrere Unternehmen als Weiterverkäufer Mobilfunkdienstleistungen für Endkunden an. Dabei werden durch den Weiterverkäufer SIM-Karten eines Mobilfunkanbieters mit oder ohne entsprechendes Endgerät abgegeben. Häufig sind zudem die Preise der Weiterverkäufer tiefer als diejenigen der Mobilfunkanbieter. Über den Verkauf hinaus besteht zwischen dem Weiterverkäufer und dem Endkunden keine Vertragsbeziehung. Der Status des Weiterverkäufers verändert sich auch nicht, wenn er die SIM-Karte unter einer eigenen Marke verkauft. In der Schweiz verkaufen beispielsweise Migros, Coop oder Aldi Mobilfunkdienstleistungen unter eigener Marke an Endkunden. In der Regel handelt es sich bei diesen Angeboten um Prepaid-Dienstleistungen. Allerdings bietet z.B. Migros auch ein Postpaid-Produkt an. Aus den Antworten auf die Fragebögen sowie aus den eingeforderten Verträgen geht hervor, dass in der Schweiz derzeit 17 Weiterverkäufer tätig sind (vgl. Rz. 247).

155. Daneben bieten in der Schweiz auch noch wenige MVNO Mobilfunkdienstleistungen an. Ein MVNO bietet genau wie ein Weiterverkäufer Mobilfunkdienstleistungen unter einer eigenen Marke an, ohne über ein eigenes Mobilfunknetz oder entsprechende Konzessionen zu verfügen. Allerdings rechnet ein MVNO selber ab, tritt gegenüber dem Endkunden als vom Mobilfunkanbieter unabhängiger Dienstleister auf und verfügt über eigene Netzwerkelemente, die es dem MVNO ermöglichen selbst kontrollierte Servicedienstleistungen anzubieten. Nach Definition des BAKOM erfüllt in der Schweiz zum heutigen Zeitpunkt nur die Barablu AG die Voraussetzungen als MVNO. Für das zu beurteilende Fusionsvorhaben werden solche Mobilfunkdienstleistungsanbieter als eigenständige Anbieter von Mobilfunkdienstleistungen (MVNO) ohne eigenes Netz definiert, die den von ihnen angebotenen Mobilfunktarif selbständig festlegen können und lediglich die Konditionen für den Zugang

<sup>61</sup> Vgl. auch Sunrise/Tele2, RPW 2008/4, S. 668 ff.

<sup>62</sup> Vgl. [www.inphone.ch](http://www.inphone.ch) (zuletzt besucht am 14. Dezember 2009).

<sup>63</sup> Pressemitteilung In&Phone vom 2. Dezember 2009 (abrufbar unter: [www.inphone.ch/downloads/2009\\_12\\_02\\_PR\\_purchase%20of%20T2%20antenna%20sites%20by%20inphone\\_%20Fv.1.pdf](http://www.inphone.ch/downloads/2009_12_02_PR_purchase%20of%20T2%20antenna%20sites%20by%20inphone_%20Fv.1.pdf); zuletzt besucht am 14. Dezember 2009) sowie "Naissance du numéro 3 de la téléphonie mobile" in: l'AGEFI vom 3. Dezember 2009, S. 6.

zum Mobilfunknetzes ihres Netzbetreibers vertraglich festgelegt haben. Auf diese Weise sind Anbieter von Mobilfunkdienstleistungen grundsätzlich im Rahmen der mit dem Netzbetreiber ausgehandelten Nutzungskosten in der Ausgestaltung ihrer Mobilfunktarife frei und können so mit allen weiteren Mobilfunkanbietern grundsätzlich in Konkurrenz treten. Ob sie allerdings gegenüber den Netzbetreibern konkurrenzfähig sind, hängt letztlich von den Bedingungen ab, zu welchen sie einen Netzzugang erhalten haben. Stellt man auf die Vertragsbeziehung zwischen dem Endkunden und dem Mobilfunkdienstleistungsanbieter sowie das unternehmerische Risiko ab, können in der Schweiz derzeit 7 aktive MVNO identifiziert werden (vgl. Rz. 250).

156. Durch den Zusammenschluss wird die fusionierte Unternehmung ihre Effizienz in diversen Bereichen steigern können. Weiterhin ist eine Erhöhung ihrer Marktmacht wahrscheinlich.

157. Bei der Betrachtung der Marktaktivitäten der drei Netzbetreiber im Endkundenmarkt kann festgestellt werden, dass im Hinblick auf einen Preiswettbewerb Sunrise

am aktivsten ist. Bei der Betrachtung der Marktanteilsentwicklung zeigt sich, dass Sunrise sowohl was die originierten als auch die terminierten Minuten anbelangt seinen Marktanteil in den letzten Jahren geringfügig aber stetig vergrössern konnte.

Abbildung 1: Entwicklung der Marktanteile

[...]

158. Das BAKOM veröffentlicht jährlich Berichte über die Entwicklung der Mobilfunkkosten im Endkundenmarkt. In diesem Zusammenhang vergleicht das BAKOM die Mobilfunktarife anhand von unterschiedlichen Warenkörben, welche jeweils einen typischen Mobilfunknutzer abbilden. Dabei unterscheidet das BAKOM jeweils zwischen einem Musterkunden mit geringem, mittlerem und grossem Nutzungsbedarf. Stellt man nun die günstigsten Mobilfunktarife gegenüber, so kann festgestellt werden, dass Sunrise (bzw. die Weiterverkäufer von Sunrise-Tarifen) zwischen 2007 und 2009 fast ausnahmslos den jeweils günstigsten Mobilfunktarif anbot.

Tabelle 16: Vergleich Abonnement, Warenkorb geringer Nutzungsbedarf<sup>64</sup>

Jahr	Angebot	Netzbetreiber	Kosten pro Jahr	Platz
2009	Flat Basic Without Mobile	Sunrise	CHF 260	1
	Zero 25	Sunrise	CHF 313	2
	Mobilezone – Freedom	Orange	CHF 400	3
	Natel Basic Liberty	Swisscom	CHF 508	9
2008	Zero	Sunrise	CHF 313	1
	Mobilezone – Freedom	Orange	CHF 400	2
	Optima 30 Option SMS automatique	Orange	CHF 440	3
	Natel Basic Liberty SMS Option 50	Swisscom	CHF 525	8
2007	Tele2 – Mobile Start	Tele2	CHF 254.50	1
	Relax Libero	Sunrise	CHF 307.80	2
	Tele2 – Mobile Tip	Tele2	CHF 398.30	3
	Optima 30 Option SMS automatique	Orange	CHF 440.30	7
	Natel Basic Liberty	Swisscom	CHF 508.40	13

<sup>64</sup> Quelle: Studien Analyse der Preise der Jahre 2007 bis 2009, abrufbar unter: [www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00545/00722/00910/](http://www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00545/00722/00910/) (zuletzt besucht am 12. Februar 2010).

Tabelle 17: Vergleich Prepaid, Warenkorb geringer Nutzungsbedarf<sup>65</sup>

Jahr	Angebot	Netzbetreiber	Kosten pro Jahr	Platz
2009	Salut Mobile	Sunrise	CHF 126	1
	Yallo	Sunrise	CHF 129	2
	M-Budget Mobile	Swisscom	CHF 179	3
	X-treme Prepay	Orange	CHF 191	4
2008	Yallo	Sunrise	CHF 122	1
	Salut Mobile	Sunrise	CHF 126	2
	Lyca Mobile	Orange	CHF 171	3
	X-treme Prepay	Orange	CHF 176	4
	M-Budget Mobile	Swisscom	CHF 185	5
2007	Yallo	Sunrise	CHF 124.20	1
	M-Budget Mobile	Swisscom	CHF 205.80	2
	CoopMobile	Orange	CHF 220.20	3

Tabelle 18: Vergleich Abonnement, Warenkorb mittlerer Nutzungsbedarf<sup>66</sup>

Jahr	Angebot	Netzbetreiber	Kosten pro Jahr	Platz
2009	Flat Basic without Mobile	Sunrise	CHF 423	1
	Zero 25	Sunrise	CHF 565	3
	Freedom	Orange	CHF 570	4
	Natel Basic Liberty SMS Option 50	Swisscom	CHF 878	13
2008	Zero	Sunrise	CHF 494	1
	Mobilezone – Freedom	Orange	CHF 570	2
	Zero Plus	Sunrise	CHF 613	3
	Natel Basic Liberty SMS Option 50	Swisscom	CHF 878	9
2007	Tele2 Mobile Start	Tele2	CHF 526.99	1
	Mobilezone – Freedom	Orange	CHF 590.27	2
	Relax Libero	Sunrise	CHF 644.85	4
	Optima 100 Option SMS automatique	Orange	CHF 675.45	5
	Natel Easy Liberty SMS Option 50	Swisscom	CHF 829.41	13

<sup>65</sup> Quelle: Studien Analyse der Preise der Jahre 2007 bis 2009, abrufbar unter: [www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00545/00722/00910/](http://www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00545/00722/00910/) (zuletzt besucht am 12. Februar 2010).

<sup>66</sup> Quelle: Studien Analyse der Preise der Jahre 2007 bis 2009, abrufbar unter: [www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00545/00722/00910/](http://www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00545/00722/00910/).

Tabelle 19: Vergleich Prepaid, Warenkorb mittlerer Nutzungsbedarf<sup>67</sup>

Jahr	Angebot	Netzbetreiber	Kosten pro Jahr	Platz
2009	Salut Mobile	Sunrise	CHF 305	1
	Yallo	Sunrise	CHF 316	2
	X-treme Prepay	Orange	CHF 434	3
	M-Budget Mobile	Swisscom	CHF 435	4
2008	Salut Mobile	Sunrise	CHF 305	1
	Yallo	Sunrise	CHF 309	2
	Lycamobile	Orange	CHF 359	3
	X-treme Prepay	Orange	CHF 405	4
	M-Budget Mobile	Swisscom	CHF 454	7
2007	Yallo	Sunrise	CHF 316.85	1
	M-Budget Mobile	Swisscom	CHF 503.08	2
	CoopMobile	Orange	CHF 534.18	3

Tabelle 20: Vergleich Abonnement, Warenkorb hoher Nutzungsbedarf<sup>68</sup>

Jahr	Angebot	Netzbetreiber	Kosten pro Jahr	Platz
2009	Flat Basic without Mobile	Sunrise	CHF 701	1
	Zero 50	Sunrise	CHF 834	4
	Mobilezone – Freedom	Orange	CHF 909	6
	Natel Pro Liberty SMS Option 50	Swisscom	CHF 1329	12
2008	Zero Plus	Sunrise	CHF 735	1
	Mobilezonenet – Freedom	Orange	CHF 909	2
	Max	Sunrise	CHF 913	3
	Natel Pro Liberty SMS Option 50	Swisscom	CHF 1329	9
2007	Relax Super	Sunrise	CHF 886.30	1
	Mobilezonenet – Freedom	Orange	CHF 937.10	2
	Tele2 Mobile Tip	Tele2	CHF 1044	3
	Optima 200 Option SMS automatique	Orange	CHF 1290.50	7
	Natel Pro Liberty SMS Option 50	Swisscom	CHF 1449.30	14

<sup>67</sup> Quelle: Studien Analyse der Preise der Jahre 2007 bis 2009, abrufbar unter: [www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00545/00722/00910/](http://www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00545/00722/00910/).

<sup>68</sup> Quelle: Studien Analyse der Preise der Jahre 2007 bis 2009, abrufbar unter: [www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00545/00722/00910/](http://www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00545/00722/00910/).

Tabelle 21: Vergleich Prepaid, Warenkorb hoher Nutzungsbedarf<sup>69</sup>

Jahr	Angebot	Netzbetreiber	Kosten pro Jahr	Platz
2009	Salut Mobile	Sunrise	CHF 628	1
	Yallo	Sunrise	CHF 638	2
	X-treme Prepay	Orange	CHF 865	4
	M-Budget Mobile	Swisscom	CHF 884	5
2008	Salut Mobile	Sunrise	CHF 628	1
	Yallo	Sunrise	CHF 632	2
	Lycamobile	Orange	CHF 718	3
	X-treme Prepay	Orange	CHF 824	4
	M-Budget Mobile	Swisscom	CHF 924	7
2007	Yallo	Sunrise	CHF 655.10	1
	M-Budget Mobile	Swisscom	CHF 1031.70	2
	Coop Mobile	Orange	CHF 1096.40	4

159. Im Bereich der Abonnemente war im Jahr 2007 der preisliche Unterschied zwischen den Angeboten von Sunrise und dem des Weiterverkäufers von Orange (Mobilezone) gering. Im mittleren Nutzungssegment war der Weiterverkäufer von Orange (Mobilezone) günstiger als Sunrise. In den Jahren 2008 und 2009 sind die Tarife von Sunrise allerdings deutlich günstiger als diejenigen von Orange bzw. deren Weiterverkäufer. Bei den Marktanteilen im Bereich terminierter Minuten kann gleichzeitig festgestellt werden, dass Sunrise seit dem zweiten Quartal 2008 stetig Marktanteile hinzugewinnt, während Orange und Swisscom leicht Marktanteile einbüßen.

160. Aus Tabelle 15 wird ersichtlich, dass – trotz diverser im Endkundenmarkt erhältlicher Marken – die Zusammenschlussparteien gemeinsam mit Swisscom die mit Abstand grössten Marktanteile besitzen. Gemessen an den Marktanteilen (sowohl auf Netzwerk- wie auch auf Markenbasis) betrifft der Zusammenschluss im Endkundenmarkt die Nummer zwei und die Nummer drei. Orange und Sunrise (inkl. Tele2) hielten im Endkundenmarkt im Jahr 2008 einen Marktanteil auf Markenbasis von ca. [30-40] %. Ihr grösster Wettbewerber ist Swisscom mit [50-60] % Marktanteil. Auf Netzwerkbasis betragen die Marktanteile ca. 40 % für die fusionierte Unternehmung und ca. 60 % für Swisscom. Die Differenz zwischen dem gemeinsamen Marktanteil Orange und Sunrise (inkl. Tele2) einerseits und dem von Swisscom andererseits betrug im Jahr 2008 ungefähr [20-30] %.

161. Des Weiteren ist aus Tabelle 14 und Tabelle 15 ersichtlich, dass die Verschiebungen der Marktanteile in den letzten drei Jahren sehr gering waren. Die Marktanteile von Swisscom waren in den letzten drei Jahren eher stabil. Während Orange in den letzten drei Jahren Marktanteile verloren hat, konnte Sunrise leicht zulegen. Durch die Akquisition von Tele2 Ende 2008 konnte Sunrise ihren Marktanteil auf [20-30] % (auf Netzwerkbasis) erhöhen.

162. Die Marktanteilswerte weisen auf einen hohen Konzentrationsgrad auf dem Endkundenmarkt hin. Einen hohen Konzentrationsgrad bestätigen der Hirschman-Herfindahl-Index (HHI) vor dem Zusammenschluss, der HHI nach dem Zusammenschluss und das Delta-HHI ( $\Delta$ HHI). Der HHI berechnet sich aus der Summe der quadrierten Marktanteile (in %) sämtlicher im Markt tätigen Unternehmen. Tabelle 22 gibt die gerundeten Schätzungen für diese HHI-Werte gestützt auf die Marktanteile von 2008 auf Netzwerkbasis wieder.

163. Gemäss Praxis der EU-Kommission ergeben sich in der Regel keine horizontalen Wettbewerbsbedenken in einem Markt, dessen HHI nach dem Zusammenschluss unterhalb von 1000 liegt. Derartige Märkte bedürfen in der Regel keiner genaueren Untersuchung. Dasselbe gilt in der Regel für Zusammenschlussvorhaben, bei denen der HHI zwischen 1000 und 2000 und der  $\Delta$ HHI unterhalb von 250 liegt, oder wenn der HHI oberhalb von 2000 und der  $\Delta$ HHI unter 150 liegt.<sup>70</sup>

<sup>69</sup> Quelle: Studien Analyse der Preise der Jahre 2007 bis 2009, abrufbar unter: [www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00545/00722/00910/](http://www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00545/00722/00910/).

<sup>70</sup> Migros/Denner, RPW 2008/1, S. 169, Rz. 319 f.

Tabelle 22: HHI vor und nach dem Zusammenschluss und Delta-HHI

HHI vor dem Zusammenschluss	4438
HHI nach dem Zusammenschluss	5216
$\Delta$ HHI	778

164. Allerdings bleiben die übrigen Mobilfunkdienstleistungsanbieter (Weiterverkäufer und MVNO) bei dieser Art der Berechnung unberücksichtigt.<sup>71</sup> Dennoch zeigt der HHI deutlich den hohen Konzentrationsgrad im vorliegenden Markt.

165. Insbesondere die starke Stellung von Swisscom wird voraussichtlich verhindern, dass sich die fusionierte Unternehmung im Markt alleine unabhängig von anderen Wettbewerbern verhalten können wird. Trotz hoher Marktanteile ist durch die Präsenz von Swisscom eine einzelmarktbeherrschende Stellung der fusionierten Unternehmung unwahrscheinlich.

#### B.4.3.1.2. Potenzieller Wettbewerb

166. Obwohl die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung der fusionierten Unternehmung aufgrund der aktuellen Konkurrenz unwahrscheinlich ist, wird der Vollständigkeit halber an dieser Stelle noch kurz auf die Frage des potenziellen Wettbewerbs eingegangen.

167. Potenzielle Konkurrenten können in Form zweier verschiedener Arten von Mobilfunkdienstleistungsanbietern in den Endkundenmarkt eintreten: Entweder als Mobilfunkanbieter oder als Weiterverkäufer / MVNO.

168. Es ist nicht ganz auszuschliessen, dass in den nächsten Jahren neue Mobilfunkanbieter in den schweizerischen Markt eintreten werden, wobei ein Markteintritt jedoch schwierig sein dürfte. [...] Diesbezüglich ist festzuhalten, dass auch Orange ausführte, dass sie nicht erwarte, dass ein dritter Wettbewerber in den Mobilfunkmarkt einsteige.<sup>72</sup>

169. Die Markteintrittsbarrieren für Anbieter, die ein Mobilfunknetz von Grund auf neu aufbauen müssen, sind sehr hoch. Die diesbezüglichen Kosten liegen gemäss Schätzung der Zusammenschlussparteien bei rund CHF [1-2] Mia. Zudem ist die Akzeptanz von Mobilfunkantennen bei der Schweizer Bevölkerung sehr tief, so dass es sehr schwierig ist, neue Antennenstandorte zu finden. In Bezug auf den Aufbau eines Mobilfunknetzes sieht beispielsweise auch die befragte Deutsche Telekom bei einem Markteintritt in die Schweiz grosse Schwierigkeiten. So geht sie davon aus, dass der Aufbau eines eigenen Mobilfunknetzes für einen Markteintritt zurzeit wenig geeignet scheint, da ein weiteres flächendeckendes Mobilfunknetz aus heutiger Sicht kaum wirtschaftlich zu betreiben wäre. [...].

170. Die Zusammenschlussparteien machen in ihrer Stellungnahme geltend, dass der Zusammenschluss auf die bestehenden Eintrittsbarrieren keinen Einfluss haben wird. Dem ist nur insoweit zuzustimmen, als dass die rechtlichen, technischen und organisatorischen Rahmenbedingungen für den Aufbau eines Mobilfunknetzes durch den Zusammenschluss nicht berührt werden. Es

ist somit nicht davon auszugehen, dass ein allfälliger Markteintritt in Bezug auf den Netzausbau infolge des Zusammenschlusses erschwert wird.

171. Auch wenn dies die Zusammenschlussparteien als spekulativ erachten, ist allerdings nicht auszuschliessen, dass sich durch den Zusammenschluss die Markteintrittsbarrieren im Allgemeinen noch erhöhen. Durch den Zusammenschluss würde ein zweites starkes Unternehmen entstehen, welches ein grosses Interesse hätte, dass kein zusätzlicher Konkurrent als Netzbetreiber in den schweizerischen Mobilfunkmarkt eintritt. Zudem müsste sich eine neu eintretende Mobilfunkanbieterin neu gegen zwei grosse Anbieter durchsetzen.

172. Demgegenüber wäre es durchaus möglich, dass ein Teil der Infrastruktur von einem bestehenden Mobilfunkanbieter übernommen werden könnte. Dies würde einen Markteintritt erleichtern. Ein Markteintritt würde auch durch eine Übernahme eines bestehenden Kundenstammes erleichtert. Eine diesbezügliche Nachfrage und der Wunsch eines Eintrittes in den schweizerischen Mobilfunkmarkt auf diesem Weg wäre vorhanden. So hat beispielsweise [...] Orange und Sunrise die Übernahme einer Anzahl Kunden von Orange / Sunrise angeboten, um diesen Endkunden dann als MVNO über das Mobilfunknetz von Orange und Sunrise Mobilfunkdienstleistungen anzubieten. [...].

173. Ergänzend ist festzuhalten, dass sich in den letzten Jahren keine neuen Mobilfunkanbieter im schweizerischen Markt etablieren konnten. So mussten sich beispielsweise zwei namhafte ausländische Mobilfunkanbieter wieder aus dem schweizerischen Mobilfunkmarkt zurückziehen. Telefonica hat im Jahre 2000 eine UMTS-Konzession erworben, die notwendigen Investitionen jedoch nie getätigt. Schliesslich musste Telefonica ihre Konzession zurückgeben. Auch Tele2, die damalige Nummer zwei der alternativen Festnetz- und Breitbandanbieter und Nummer vier im Mobilfunkmarkt, gab Ende 2008 ihre Tätigkeit in der Schweiz auf und wurde von Sunrise übernommen.

174. Anfang Dezember 2009 konnte der Presse entnommen werden, dass In&Phone die ehemaligen Antennenstandorte von Tele2 von Sunrise übernommen hat. Gemäss eigenen Angaben verfolge In&Phone das

<sup>71</sup> Zur Stellung der Weiterverkäufer und MVNO vgl. Rz. 243 ff.

<sup>72</sup> „Mit Swisscom auf Augenhöhe kämpfen“, Interview mit Thomas Sieber, CEO von Orange, in: Finanz und Wirtschaft vom 9. Januar 2010, S. 23.

Ziel, eine wichtige Rolle im schweizerischen Mobilfunkmarkt zu spielen.<sup>73</sup> An dieser Stelle sei erwähnt, dass In&Phone eine technologieneutrale Konzession besitzt. Es ist ihr folglich zurzeit möglich, neben den traditionellen Mobilfunkdienstleistungen wie Telefonie, SMS und MMS Datendienste mit höheren Bandbreiten wie beispielsweise mobiles Internet anzubieten. Bis heute ist allerdings nicht bekannt, ob und in wieweit In&Phone in weitere Technologien investiert hat oder in Zukunft investieren wird. Allerdings plant In&Phone gemäss ihren Ausführungen den Aufbau einer LTE-basierten Infrastruktur und zieht, falls nötig, zwischenzeitlich eine UMTS-Lösung in Betracht. In welchem Zeitraum diese Pläne umgesetzt und Datendienste mit höheren Bandbreiten tatsächlich angeboten werden können, ist unklar.

175. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass In&Phone als potenzielle Konkurrenz zu betrachten ist, jedoch vorläufig nur im Bereich GSM tätig sein wird. Unabhängig davon sind die Markteintrittsbarrieren für Mobilfunkanbieter als hoch zu bezeichnen und es ist daher unwahrscheinlich, wenn auch nicht ganz auszuschliessen, dass in den nächsten drei Jahren ein neuer Markteintritt erfolgt oder In&Phone zu einem effektiven Wettbewerber wird (vgl. hierzu auch Rz. 259).

176. In Bezug auf Weiterverkäufer und MVNO ist damit zu rechnen, dass in nächster Zeit weitere Anbieter in den Schweizer Markt eintreten werden. Die Kosten für einen solchen Markteintritt bewegen sich gemäss den Aussagen der Zusammenschlussparteien zwischen CHF [...] und CHF [...]. Die grössten Kosten entstünden dabei in der Regel für Marketingaufwendungen. Allerdings muss berücksichtigt werden, dass MVNO nur in den Markt eintreten können, wenn ihnen von den Mobilfunkanbietern das Netz zur Verfügung gestellt wird. Darüber hinaus müssen ihnen Zugangskonditionen gewährt werden, die es ihnen erlauben auf dem Endkundenmarkt wirtschaftlich tätig zu werden und Gewinne zu erwirtschaften. Diesbezüglich existiert für die Mobilfunkanbieter keine Verpflichtung ihr Netz zur Mitbenutzung zur Verfügung zu stellen. Die Zusammenschlussparteien führen in ihrer Stellungnahme aus, dass ein MVNO, der Anlagen im Sinne des FMG betreibt, transparenten, nicht diskriminierenden und kostenorientierten Zugang

zum Mobilfunknetz einer marktbeherrschenden Anbieterin via Interkonnektion verlangen könne. An dieser Stelle ist anzumerken, dass es zumindest fraglich ist, ob der Begriff der Interkonnektion im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d FMG auch die Originierung und den Zugang auf Mobilfunknetze auf Wholesale-Ebene umfasst. Über diese Frage hatten die ComCom und deren Rechtsmittelinstanzen bis anhin noch nicht zu entscheiden. Zudem ist anzumerken, dass selbst wenn die Originierung und der Zugang auf ein Mobilfunknetz mittels Interkonnektion erzwungen werden könnte, langwierige Interkonnektionsverfahren für MVNO in der Regel ein zu hohes Prozessrisiko im Hinblick auf die Dauer und die zu erwartenden Kosten bergen dürften.

177. Gesetzt den Fall, dass die Mobilfunkanbieter ihr Netz neuen MVNO ohne Weiteres zur Verfügung stellen, sind die Markteintrittsschranken als tief zu qualifizieren.

#### **B.4.3.1.3. Zwischenergebnis Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen**

178. Aus den oben dargelegten Gründen bestanden aufgrund der vorläufigen Prüfung zu diesem Zeitpunkt keine Anhaltspunkte dafür, dass der Zusammenschluss auf dem Endkundenmarkt zu einer Begründung oder Verstärkung einer einzelmarktbeherrschenden Stellung führte (Art. 10 Abs. 2 KG). Aus diesem Grund wurde diesbezüglich keine vertiefte Prüfung gemäss Art. 33 KG durchgeführt.

179. Aufgrund des hohen Konzentrationsgrades erfolgt in Abschnitt B.4.4 jedoch eine Analyse zur Frage einer kollektiven Marktbeherrschung durch die fusionierte Unternehmung und Swisscom.

#### **B.4.3.2 Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze (Netzzugangsmarkt)**

##### **B.4.3.2.1. Aktueller Wettbewerb**

180. Zum heutigen Zeitpunkt bieten nur Orange, Sunrise und Swisscom diese Dienstleistung Weiterverkäufern und MVNO an. Die nachfolgende Tabelle enthält die Marktanteile dieser drei Mobilfunkanbieter im Netzzugangsmarkt.

Tabelle 23: Marktanteile im Netzzugangsmarkt (Schätzungen Orange)

<b>Unternehmen</b>	<b>2006</b>	<b>2007</b>	<b>2008</b>
Orange	[30-40]%	[30-40]%	[30-40]%
Sunrise	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Swisscom	[60-70]%	[60-70]%	[50-60]%

<sup>73</sup> Vgl. Pressemitteilung In&Phone vom 2. Dezember 2009 (abrufbar unter: [www.inphone.ch/downloads/2009\\_12\\_02\\_PR\\_purchase%20of%20T2%20antenna%20sites%20by%20inphone\\_%20Fv.1.pdf](http://www.inphone.ch/downloads/2009_12_02_PR_purchase%20of%20T2%20antenna%20sites%20by%20inphone_%20Fv.1.pdf); zuletzt besucht am 14. Dezember 2009) sowie "Naissance du numéro 3 de la téléphonie mobile" in: L'AGEFI vom 3. Dezember 2009, S. 6.



Tabelle 24: Marktanteile im Netzzugangsmarkt (Schätzungen Sunrise)

Unternehmen	2006	2007	2008
Orange	[30-40]%	[30-40]%	[30-40]%
Sunrise	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%
Swisscom	[50-60]%	[40-50]%	[50-60]%

181. Aus Tabelle 23 wird ersichtlich, dass Orange und Sunrise im Jahr 2008 gemeinsam einen Marktanteil von [40-50] % hatten, während der Marktanteil von Swisscom bei [50-60] % lag. Allerdings ist aus den ersten Schätzungen für das Jahr 2009 ersichtlich, dass die Marktanteile von Swisscom gegenüber denjenigen von Orange und Sunrise [...] sind.

182. Möglicherweise könnte die fusionierte Unternehmung Swisscom als Nummer eins in diesem Markt verdrängen. Trotzdem wird Swisscom weiterhin eine starke Stellung einnehmen, die es der fusionierten Unternehmung kaum erlauben wird, sich unabhängig zu verhalten. Eine marktbeherrschende Stellung kann somit verneint werden, da Swisscom jederzeit entscheiden kann,

weitere Verträge mit Weiterverkäufern bzw. MVNO abzuschliessen. So hat Swisscom im Laufe der Prüfung mit einem MVNO einen Vertrag abgeschlossen. Es bestanden folglich aufgrund der vorläufigen Prüfung keine Anhaltspunkte für die Begründung einer einzelmarktbeherrschenden Stellung der fusionierten Unternehmung.

183. Die Marktanteilswerte weisen auf einen hohen Konzentrationsgrad auf dem Netzzugangsmarkt hin. Einen hohen Konzentrationsgrad bestätigen der Hirschman-Herfindahl-Index (HHI) vor dem Zusammenschluss, der HHI nach dem Zusammenschluss und das Delta-HHI ( $\Delta$ HHI). Tabelle 25 gibt die gerundeten Schätzungen für diese HHI-Werte gestützt auf die Marktanteilswerte auf Netzwerkbasis für das Jahr 2008 wieder.

Tabelle 25: HHI vor und nach dem Zusammenschluss und Delta-HHI

HHI vor dem Zusammenschluss	[...]
HHI nach dem Zusammenschluss	[...]
$\Delta$ HHI	760

#### B.4.3.2.2. Potenzieller Wettbewerb

184. Der Vollständigkeit halber wird nachfolgend noch auf den potenziellen Wettbewerb im Markt für den Zugang zu Mobilfunknetzen eingegangen.

185. In Bezug auf die potenzielle Konkurrenz in diesem Markt kann auf die Ausführungen zur potenziellen Konkurrenz (Mobilfunkanbieter) im Endkundenmarkt verwiesen werden (vgl. Rz. 168 ff.).

186. An dieser Stelle ist jedoch beizufügen, dass ein Anbieter in diesem Markt über genügend freie Kapazitäten verfügen muss, um diese den Weiterverkäufern und MVNO zur Verfügung stellen zu können. Zudem wird ein Weiterverkäufer oder MVNO regelmässig einen schweizweit flächendeckenden Zugang nachfragen. Es ist somit fraglich, ob ein neu eintretender Mobilfunkanbieter überhaupt die technischen Voraussetzungen erfüllt, um einem Weiterverkäufer / MVNO den Zugang zu seinem Netz gewähren zu können. Die Zusammenschlussparteien halten in diesem Zusammenhang fest, dass davon auszugehen ist, dass ein neu eintretender Mobilfunkanbieter ein nationales Roaming-Abkommen unterhalten wird, um für eigene Kunden eine lückenlose nationale Abdeckung anbieten zu können. Sollte dies zutreffen, ist davon auszugehen, dass auch ein neu eintretender Mobilfunkanbieter Weiterverkäufern und MVNO den Zugang zu seinem Netz gewähren können

wird. Dies bedingt jedoch, dass dies nicht im nationalen Roaming-Abkommen ausgeschlossen wurde, was heute allerdings bei MVNO zumindest teilweise der Fall ist.

#### B.4.3.2.3. Zwischenergebnis Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze

187. Aus den oben dargelegten Gründen bestanden aufgrund der vorläufigen Prüfung zu diesem Zeitpunkt keine Anhaltspunkte dafür, dass der Zusammenschluss auf dem Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze zu einer Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung gemäss Art. 10 Abs. 2 KG durch eine Einzelmarktbeherrschung führte. Aus diesem Grund wurde diesbezüglich keine vertiefte Prüfung gemäss Art. 33 KG durchgeführt.

188. Aufgrund des hohen Konzentrationsgrades erfolgt in Abschnitt B.4.4. jedoch eine Analyse zur Frage einer kollektiven Marktbeherrschung durch die fusionierte Unternehmung und Swisscom.

#### B.4.3.3 Markt für Mobilfunkterminierung (Terminierungsmarkt)

##### B.4.3.3.1. Vorbemerkung

189. Die Marktabgrenzung führt dazu, dass jeder Mobilfunkanbieter auf dem jeweiligen Markt für die Terminierung in sein Mobilfunknetz der einzige Anbieter ist. Eine

marktbeherrschende Stellung kann jedoch nicht allein anhand der Marktanteile beziehungsweise des Fehlens von Wettbewerbern ermittelt werden. Ein grosser Marktanteil bedeutet lediglich, dass der in Frage stehende Betreiber eine marktbeherrschende Stellung einnehmen könnte.<sup>74</sup> Jedoch sind die wirtschaftlichen Merkmale des betreffenden Marktes in jedem Einzelfall eingehend zu prüfen.<sup>75</sup>

190. Um zu beurteilen, ob die fusionierte Unternehmung über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, muss untersucht werden, inwiefern sie sich auf den relevanten Märkten unabhängig verhalten kann. Ein Unternehmen wird sich auf dem relevanten Markt von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können (vgl. Art. 4 Abs. 2 KG), wenn es sich ausreichend starker aktueller oder potenzieller Konkurrenz gegenüber sieht. Ebenfalls kann ein unabhängiges Verhalten von der Marktgegenseite oder von Einflüssen des nachgelagerten Marktes eingeschränkt werden.

191. Im Rahmen der Untersuchung Terminierung Mobilfunk hat die WEKO festgestellt, dass die drei Mobilfunkanbieter Orange, Sunrise und Swisscom in ihrem Markt jeweils einen Marktanteil von 100 % haben. Darüber hinaus wurde festgehalten, dass Orange und Sunrise bis zum 31. Mai 2005 über keine marktbeherrschende Stellung verfügten. Dies wurde damit begründet, dass Orange und Sunrise (im Gegensatz zu Swisscom) ihre Terminierungsgebühren nicht unabhängig festlegen konnten. Vielmehr hätten sie ihre Preise an das von Swisscom festgelegte Preisniveau angleichen müssen. Die WEKO liess hingegen offen, ob Orange und Sunrise nach dem 1. Juni 2005 marktbeherrschend waren.<sup>76</sup>

192. Im Gutachten vom 20. November 2006 in Sachen Interkonkurrenzverfahren Mobilfunkterminierung kam die WEKO zum Schluss, dass Orange und Sunrise zum Zeitpunkt des Gutachtens ebenfalls als marktbeherrschend zu qualifizieren waren. Aufgrund des aktuellen und potenziellen Wettbewerbs sowie aufgrund ihres Verhaltens nach dem 1. Juni 2005 habe festgestellt werden können, dass Orange und Sunrise ebenfalls in der Lage seien, sich auf dem Markt für die Terminierung von Anrufen von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.<sup>77</sup>

193. Durch den Zusammenschluss sollen die Mobilfunknetze von Orange und Sunrise zu einem Netz zusammengeführt werden. Hierdurch fällt ein Terminierungsmarkt weg. Während heute Sunrise und Orange jeweils 20 % der Telefonanrufe in ihrem Netz terminieren, würde die fusionierte Unternehmung 40 % der Telefonanrufe in ihrem Netz terminieren. Aufgrund der höheren Anteile am gesamten Terminierungsvolumen in der Schweiz verstärkt sich damit die Position der fusionierten Unternehmung im Terminierungsmarkt. Durch die Marktconsolidierung würde die fusionierte Unternehmung in ihrem neu entstandenen Terminierungsmarkt als Anbieterin wiederum marktbeherrschend und befände sich gemessen am Marktanteil als Nachfragerin im Terminierungsmarkt der Swisscom in einer verstärkten Marktposition. Daher ist nun zu prüfen, ob die marktbeherrschende

Stellung durch den Zusammenschluss insgesamt noch verstärkt wird (Art. 10 Abs. 1 KG).

#### B.4.3.3.2. Aktueller Wettbewerb

194. Anlässlich der Analyse einer Wettbewerbssituation ist abzuklären, wer Wettbewerber ist und welches Kräfteverhältnis zwischen diesen Wettbewerbern besteht.<sup>78</sup>

195. Die vorliegende Marktconstellation ist dadurch gekennzeichnet, dass in jedem der vier abgegrenzten relevanten Terminierungsmärkte nur ein Anbieter vorhanden ist und damit jeder Anbieter über einen Marktanteil von 100 % verfügt. Orange, Sunrise, Swisscom und In&Phone besitzen also ein Monopol am eigenen Netz. Die Terminierung von Anrufen findet immer im eigenen Netz des jeweiligen Mobilfunkanbieters statt. Andere Anbieter können nicht auf dem Netz anderer Netzbetreiber terminieren, was dazu führt, dass im jeweiligen Markt aktueller und potenzieller Wettbewerb durch andere Anbieter von vornherein ausgeschlossen ist.<sup>79</sup> Dennoch kann hieraus nicht automatisch geschlossen werden, dass die einzelnen Netzbetreiber über eine marktbeherrschende Stellung verfügen, die es ihnen erlaube, sich unabhängig zu verhalten (vgl. Rz. 201 ff.).

196. Darüber hinaus sind die wirtschaftlichen Merkmale des betreffenden Marktes in jedem Einzelfall eingehend zu prüfen. Dabei kann unter anderem die Finanzkraft von Unternehmen Verhaltensspielräume im Hinblick auf Preis, Werbung und Kapazität bieten.<sup>80</sup> Im Gutachten in Sachen Interkonkurrenz kam die WEKO zum Schluss, dass auch aufgrund dieser Umstände kein Wettbewerb besteht, der eine disziplinierende Wirkung auf das Verhalten der Mobilfunkanbieter ausüben könnte. Das BAKOM geht aufgrund der Interdependenzen zwischen den einzelnen Terminierungsmärkten davon aus, dass derzeit die Verhandlungsmacht wohl symmetrisch zwischen den drei grossen Anbietern verteilt ist. Zur selben Schlussfolgerung kommen die beiden von den Zusammenschlussparteien in Auftrag gegebenen Gutachten, da sie argumentieren, dass eine Verbesserung der Verhandlungsposition des fusionierten Unternehmens im einen Terminierungsmarkt automatisch zu einer reziproken Verschlechterung der Verhandlungsposition im anderen Terminierungsmarkt führt.

<sup>74</sup> Vgl. Gutachten, RPW 2006/4, S. 744, Rz. 50; vgl. auch Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (2002/C 165/03), S. 16, Rz. 78.

<sup>75</sup> Vgl. Gutachten, RPW 2006/4, S. 744, Rz. 50.

<sup>76</sup> Terminierung Mobilfunk, RPW 2007/2, S. 271, Rz. 194 f.

<sup>77</sup> Vgl. Gutachten, RPW 2006/4, S. 752, Rz. 112.

<sup>78</sup> Vgl. Gutachten, RPW 2006/4, S. 744, Rz. 48.

<sup>79</sup> Vgl. Gutachten, RPW 2006/4, S. 744, Rz. 49.

<sup>80</sup> Vgl. Gutachten, RPW 2006/4, S. 744, Rz. 50 f.

197. Obwohl jeder Netzbetreiber auf seinem Netz eine Monopolstellung einnimmt, muss aufgrund der Interdependenzen zwischen den einzelnen Terminierungsmärkten (jeder Netzbetreiber ist gleichzeitig Anbieter und Nachfrager von Terminierungsdienstleistungen) der jeweilige Anteil eines jeden Netzbetreibers am gesamten Terminierungsumsatz in der Schweiz berücksichtigt werden. Da Swisscom heute sowohl bei Sunrise als auch bei Orange jeweils ca. 20 % des Terminierungsumsatzes in der Schweiz nachfragt, müsste Swisscom in der Zukunft 40 % des Terminierungsumsatzes in der Schweiz bei der fusionierten Unternehmung nachfragen. Damit verstärkt sich die Marktposition der fusionierten Unternehmung gegenüber Swisscom.

198. Heute wird ein Grossteil der Sprachtelefonie im Endkundenmarkt nicht mehr über Gesprächsminuten, sondern über Pauschalen abgerechnet, welche beispielsweise sämtliche Gespräche auf dem Netz des jeweiligen Betreibers (On-Net) während eines Monats beinhalten. Mit solchen Angeboten versuchen die Netzbetreiber möglichst viele Gespräche im eigenen Netz und möglichst wenige in Drittnetze zu terminieren. Mit zunehmender Grösse eines Mobilfunkanbieters steigt die Zahl der im eigenen Netz terminierten Minuten. Während heute sowohl Sunrise bei Orange als auch Orange bei Sunrise Terminierungsdienstleistungen nachfragen müssen, könnte die fusionierte Unternehmung diese Anrufe als On-Net-Anrufe durchführen. Hierdurch würde sich die gegenseitige Abhängigkeit der beiden Netzbetreiber auflösen und beide Mobilfunkanbieter müssten weniger Terminierungsleistungen nachfragen. Daher kann dem Argument der Zusammenschlussparteien, dass die Wettbewerbskommission zu Unrecht von einem Wegfall von Abhängigkeiten spreche nicht gefolgt werden. Dies führt zu einer Verstärkung der Marktposition der fusionierten Unternehmung in zweierlei Hinsicht. Erstens verdoppelt sich der Anteil der von Swisscom angebotenen und nachgefragten Terminierungsminuten gegenüber der heutigen Situation. Hierdurch wird die Marktposition der fusionierten Unternehmung gegenüber Swisscom verstärkt. Zweitens fallen die gegenseitigen Abhängigkeiten auf dem Terminierungsmarkt zwischen Sunrise und Orange weg. Vor diesem Hintergrund wird die fusionierte Unternehmung von Terminierungsdienstleistungen insgesamt weniger abhängig sein, als die beiden Netzbetreiber Sunrise und Orange heute. Dies bestätigen auch die im Parteigutachten präsentierten Zahlen. Während gemäss den aufgeführten Beispielen Sunrise insgesamt [...] Mio. Minuten und Orange insgesamt [...] Mio. Minuten an Terminierungsdienstleistungen nachfragt (also insgesamt [...] Mio. Minuten), müsste das fusionierte Unternehmen nur noch [...] Mio. Terminierungsminuten nachfragen.

#### B.4.3.3.3. Potenzieller Wettbewerb

199. Betreffend potenzieller Konkurrenz ist festzuhalten, dass ein allfälliger Markteintritt eines weiteren Mobilfunkanbieters, zur Entstehung eines weiteren Terminierungsmarktes mit einem Marktanteil des neuen Wettbewerbers von 100 % führen würde. Die anderen vorhandenen Fernmeldedienstleister müssten dann auch beim neuen Mobilfunkanbieter die Terminierung in dessen Netz einkaufen. Eine disziplinierende Wirkung auf die Wholesale-Märkte der anderen Anbieter wäre jedoch

nicht zu erwarten.<sup>81</sup> Insofern ändert sich in diesem Zusammenhang durch den Zusammenschluss nichts an der aktuellen Situation.

200. Allerdings darf in diesem Zusammenhang nicht vernachlässigt werden, dass der Zusammenschluss im Terminierungsbereich zumindest für neu eintretende Mobilfunkanbieter Konsequenzen haben wird.

#### B.4.3.3.4. Einfluss der Marktgegenseite

201. Vorliegend ist auch die Stellung der Marktgegenseite, nämlich die der Fernmeldedienstleister, welche Sprachtelefoniedienstleistungen an Endkunden anbieten, zu berücksichtigen.<sup>82</sup> Diese müssen, um entsprechende Dienstleistungen anbieten zu können, untereinander Verträge betreffend die Terminierung in die jeweiligen Netzwerke abschliessen. Hingegen kann die Terminierung ihrem Gegenstand entsprechend nicht von Endkunden nachgefragt werden.<sup>83</sup>

202. Die Marktgegenseite ist eventuell in der Lage ein Gegengewicht zu einer möglichen Marktmacht eines Mobilfunkanbieters zu erzeugen, wenn sie sich durch eine besondere Professionalität und Sachkunde auszeichnet.<sup>84</sup> Im Bereich Terminierung ist dies zumindest für die Mobilfunknetzbetreiber der Fall. Zurzeit handelt es sich nur um drei grosse Unternehmen mit einer professionellen Organisation, die ausserdem über gewisse Einblicke in die Geschäftstätigkeit ihrer Konkurrenten verfügen oder zumindest von der eigenen Geschäftstätigkeit auf diejenige der anderen Wettbewerber schliessen können. Durch den Zusammenschluss käme es zu einer Konzentration der Nachfrager und somit der Marktgegenseite in Bezug auf die Mobilfunkanbieter.

203. Aufgrund der Verpflichtung zur Interoperabilität (Art. 11 Abs. 1 FMG) können Fernmeldedienstleister zwar nicht mit dem Abbruch der Geschäftsbeziehungen drohen, sie haben jedoch die Möglichkeit, eine Preisdifferenzierung vorzunehmen, welche sich gegen gewisse Mobilfunkanbieter mit hohen Terminierungsgebühren richtet.<sup>85</sup>

204. Die Möglichkeit der Marktgegenseite, Preisdifferenzierung vorzunehmen, besteht darin, dass Anrufe, welche auf das Mobilfunknetz eines solchen Mobilfunkanbieters eingehen, wesentlich teurer angeboten werden, als Anrufe in alle anderen Mobilfunknetze. Zusätzlich wird der Endkunde durch einen Warnton auf die höheren Preise aufmerksam gemacht. Dadurch wird der Endkunde, sobald er eine Nummer des entsprechenden Mobilfunkanbieters anrufen will, tendenziell weniger oft oder weniger lange telefonieren als bei Anrufen in andere Mobilfunknetze. Durch diese Massnahmen kann das Mobilfunknetz eines kleinen Mobilfunkanbieters mit einer hohen Terminierungsgebühr von der Marktgegenseite

<sup>81</sup> Vgl. Gutachten, RPW 2006/4, S. 747, Rz. 71.

<sup>82</sup> Gutachten, RPW 2006/4, S. 747, Rz. 73; für eine eingehendere Analyse zur nachfrageseitigen Gegenmacht vgl. auch [www.rtr.at/en/tk/BescheidM1\\_08/M\\_1\\_08\\_mobilkom.pdf](http://www.rtr.at/en/tk/BescheidM1_08/M_1_08_mobilkom.pdf) (zuletzt besucht am 29. Januar 2010)

<sup>83</sup> Gutachten, RPW 2006/4, S. 741, Rz. 25.

<sup>84</sup> Gutachten, RPW 2006/4, S. 747, Rz. 73 (mit weiteren Hinweisen).

<sup>85</sup> Gutachten, RPW 2006/4, S. 747, Rz. 74.

unattraktiv gemacht werden. Ein kleiner Mobilfunkanbieter mit einer hohen Terminierungsgebühr würde so einen empfindlichen Rückgang der Anzahl Anrufe und Minuten und damit des Umsatzes erleiden, was zusätzlich in preislicher Hinsicht zu einem Imageproblem führen könnte.<sup>86</sup>

205. Bei der Marktgegenseite von Orange und Sunrise im Mobilfunkbereich handelt es sich in erster Linie um Swisscom. Durch die Verringerung der Abhängigkeit von Terminierungsdienstleistungen (mehr On-Net-Minuten) wird die fusionierte Unternehmung ihre Marktstellung daher insgesamt verstärken. Die Zusammenschlussparteien merken in diesem Zusammenhang an, dass sie sich auf dem Terminierungsmarkt nicht unabhängig verhalten können, da sie in jedem Fall mit einer Reaktion seitens Swisscom rechnen müssten.

#### **B.4.3.3.5. Einfluss der nachgelagerten Märkte**

206. Bei der Analyse sind auch die nachgelagerten Märkte mit einzubeziehen.<sup>87</sup> Wenn ein Mobilfunkanbieter im Endkundenmarkt schwach ist, so kann er sich im Terminierungsmarkt, in welchem er als Anbieter von Terminierungsdienstleistungen auftritt unter Umständen nicht unabhängig verhalten. Durch den Zusammenschluss wird sich die Marktstellung der fusionierten Unternehmung im Endkundenmarkt und im Netzzugangsmarkt verstärken. Die Zusammenschlussparteien machen in diesem Zusammenhang geltend, dass Weiterverkäufer und MVNO mit einem Interkonnectionsgesuch angemessene Preise erzwingen können, was sehr wohl eine disziplinierende Wirkung auf die Netzbetreiber habe. Ausserdem hätte bei der grossen Anzahl an Klageberechtigter der Wegfall eines einzigen Klageberechtigten keinen negativen Einfluss.

207. Wie später noch ausführlich dargelegt, sind die Weiterverkäufer und MVNO von den Netzbetreibern abhängig. Zudem ist der Anreiz für Weiterverkäufer und MVNO, eine Interkonnectionsklage anzustreben relativ gering. Würden ein Weiterverkäufer oder MVNO mit einer solchen Klage obsiegen, könnten alle anderen Weiterverkäufer und MVNO hiervon Kapital schlagen und ihrerseits ebenfalls niedrigere Terminierungsgebühren verlangen. Daher könnte der klagende Weiterverkäufer oder MVNO durch die Klage keinen Wettbewerbsvorteil für sich erlangen. Dem Prozessrisiko und den damit verbundenen Kosten steht also ein marginaler Nutzen gegenüber. Dies könnte auch eine Erklärung dafür sein, warum bis heute keine Interkonnectionsklage im Mobilfunkbereich zu Ende geführt wurde.

#### **B.4.3.3.6. Mögliche Beseitigung wirksamen Wettbewerbs auf den Terminierungsmärkten**

208. Gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG prüft die Wettbewerbskommission, ob durch die marktbeherrschende Stellung der wirksame Wettbewerb beseitigt werden kann. Art. 10 Abs. 4 KG verlangt, dass bei der Beurteilung der Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf die Wirksamkeit des Wettbewerbs auch die Marktentwicklung sowie die Stellung der Unternehmen im internationalen Wettbewerb zu berücksichtigen sind. Im Bereich Terminierung sind daher sowohl die Verhältnisse auf den einzelnen Terminierungsmärkten als auch die

Interdependenzen zwischen den Terminierungsmärkten zu betrachten.

209. Die festgestellte Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der fusionierten Unternehmung nach einem allfälligen Zusammenschluss muss folglich zudem die Möglichkeit eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

210. Die Zusammenschlussparteien machen geltend, dass ein Marktanteil von 100 % nicht erhöht werden kann und folglich auf den jeweiligen Märkten bereits heute kein Wettbewerb herrsche. Dabei verkennen die Parteien, dass das Vorliegen von Wettbewerb nicht alleine gestützt auf die Marktanteile erfolgen kann. So sind, wie bereits bei der Prüfung einer allfälligen marktbeherrschenden Stellung, weitere Aspekte zu berücksichtigen (vgl. Rz. 189 ff.). Ein Marktanteil von 100 % schliesst das Vorhandensein von Wettbewerb a priori nicht aus.

211. Durch den Zusammenschluss soll ein neuer, grösserer Wettbewerber in diesem Bereich entstehen. Der Zusammenschluss würde im Terminierungsmarkt der fusionierten Unternehmung dazu führen, dass ihr On-Net-Verkehr ca. 40 % betragen würde (statt wie bis anhin bei Orange und Sunrise je ca. 20 %). Durch die Verdoppelung der Marktanteile im Endkundenmarkt und der Anrufe ins gleiche Netz, wäre sie einerseits in der Lage in diesem Bereich Kosten zu sparen und andererseits verstärkt von den sogenannten Club-Effekten<sup>88</sup> zu profitieren. Hierdurch wird insbesondere die Abhängigkeit von anderen Mobilfunkanbietern reduziert.

212. In der Vergangenheit ging die WEKO davon aus, dass sich Orange, Sunrise und Swisscom im Bereich der Terminierung gegenseitig kaum disziplinierten.<sup>89</sup> Diese Situation hat sich bis heute nicht grundlegend verändert. So vermögen Orange, Sunrise und Swisscom zurzeit kaum disziplinierend aufeinander einzuwirken.

Demgegenüber bringen die Zusammenschlussparteien vor, dass die Verpflichtung zur Interoperabilität eine disziplinierende Wirkung auf die Netzbetreiber habe. Dem ist im Grundsatz zuzustimmen. Allerdings verkennen die Zusammenschlussparteien dabei, dass es sich um eine gesetzliche Verpflichtung handelt, die nur dann Anwendung findet, wenn zwischen den Fernmeldedienstleistern keine vertragliche Vereinbarung getroffen werden kann. Zudem wird durch den Zusammenschluss der Kreis der potenziellen Kläger verringert, sodass auch die allfällig disziplinierende Wirkung einer drohenden Klage auf Interkonnection verringert wird.

213. Die Zusammenschlussparteien machen geltend, dass durch den Zusammenschluss nicht plötzlich von

<sup>86</sup> Gutachten, RPW 2006/4, S. 747, Rz. 74 f.

<sup>87</sup> Gutachten, RPW 2006/4, S. 748, Rz. 86.

<sup>88</sup> Als Club-Effekte werden positive Externalitäten bezeichnet, die im Rahmen einer abgeschlossenen Einheit entstehen können.

<sup>89</sup> Gutachten, RPW 2006/4, S. 747 f., Rz. 73 ff.

einer relativen Verstärkung der Marktposition gegenüber der Swisscom gesprochen werden könne. Die WEKO ist in diesem Zusammenhang der Meinung, dass durch den Zusammenschluss kaum mit einer grundlegenden Änderung der Wettbewerbsverhältnisse zu rechnen sein wird und geht daher davon aus, dass aufgrund der Reziprozität nach dem Zusammenschluss auf den einzelnen Terminierungsmärkten eine marktbeherrschende Stellung in einem Masse verstärkt wird, welches die Wettbewerbsverhältnisse in den Terminierungsmärkten nicht grundlegend verändert. .

#### B.4.3.3.7. Zwischenergebnis

214. Gestützt auf die oben gemachten Ausführungen kann daher festgehalten werden, dass der Zusammen-

schluss im Bereich Terminierung zu einer Verstärkung einer bestehenden marktbeherrschenden Stellung führen wird, welche die derzeit im Bereich Terminierung herrschenden Wettbewerbsverhältnisse nicht wesentlich zu ändern vermag.

#### B.4.3.4 Wholesale-Markt für internationales Roaming (Roaming-Markt)

##### B.4.3.4.1. Aktueller Wettbewerb

215. Wholesale-Angebote im Bereich internationales Roaming können nur von Inhabern von Mobilfunknetzen erbracht werden. Die nachfolgende Tabelle enthält die Marktanteile der drei Wettbewerber in diesem Markt.

Tabelle 26: Marktanteile Roaming-Markt (basierend auf der Menge der eingehenden Anrufterminierung)

Unternehmen	2006	2007	2008
Orange	[20-30]%	[30-40]%	[30-40]%
Sunrise	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%
Swisscom	[60-70]%	[50-60]%	[50-60]%

216. Aus Tabelle 26 wird ersichtlich, dass im Jahre 2008 einerseits Orange und Sunrise gemeinsam sowie andererseits Swisscom Marktanteile von je rund 50 % hatten. Auch in diesem Markt wird es nach dem Zusammenschluss nur noch zwei Wettbewerber geben.

217. Durch den Zusammenschluss würde die fusionierte Unternehmung im Bereich internationales Roaming unter Umständen attraktiver werden, um Vorzugskonditionen mit ausländischen Mobilfunkanbietern zu vereinbaren. Dennoch kann dies nicht zu einer einzelmarktbeherrschenden Stellung der fusionierten Unternehmung

führen, da die starke Stellung von Swisscom und der Marktgegenseite (ausländische Mobilfunkanbieter) im Roaming-Markt ein unabhängiges Verhalten verhindert.

218. Die Marktanteilswerte weisen auf einen hohen Konzentrationsgrad auf dem Roaming-Markt hin. Einen hohen Konzentrationsgrad bestätigen der Hirschman-Herfindahl-Index (HHI) vor dem Zusammenschluss, der HHI nach dem Zusammenschluss und das Delta-HHI ( $\Delta$ HHI). Tabelle 27 gibt die gerundeten Schätzungen für diese HHI-Werte gestützt auf die Marktanteilswerten auf Netzwerkbasis vom Jahr 2008 wieder.

Tabelle 27: HHI vor und nach dem Zusammenschluss und Delta-HHI

HHI vor dem Zusammenschluss	3982
HHI nach dem Zusammenschluss	5002
$\Delta$ HHI	1020

#### B.4.3.4.2. Potenzieller Wettbewerb

219. Auch in Bezug auf die potenzielle Konkurrenz im Roaming-Markt kann auf die Ausführungen in Rz. 168 ff. verwiesen werden.

#### B.4.3.4.3. Zwischenergebnis Wholesale-Markt für internationales Roaming

220. Aus den oben dargelegten Gründen bestanden aufgrund der vorläufigen Prüfung zu diesem Zeitpunkt keine Anhaltspunkte dafür, dass der Zusammenschluss auf dem Roaming-Markt zu einer Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung gemäss Art. 10 Abs. 2 KG durch eine Einzelmarktbeherrschung führte.

Aus diesem Grund wurde diesbezüglich keine vertiefte Prüfung gemäss Art. 33 KG durchgeführt.

221. Aufgrund des hohen Konzentrationsgrades erfolgt in Abschnitt B.4.4. jedoch eine Analyse zur Frage einer kollektiven Marktbeherrschung durch die fusionierte Unternehmung und Swisscom.

#### B.4.3.5 Zwischenergebnis Einzelmarktbeherrschung

222. Aus den obgenannten Gründen wurde anlässlich der vorläufigen Prüfung ersichtlich, dass im Endkundenmarkt, im Netzzugangsmarkt und im Roaming-Markt keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung durch Einzel-

marktbeherrschung des fusionierten Unternehmens bestehen. Folglich wurde diesbezüglich keine vertiefte Prüfung gemäss Art. 33 KG durchgeführt.

223. Für den Terminierungsmarkt kann zusammenfassend festgehalten werden, dass durch den Zusammenschluss der beiden vormals eigenständigen Mobilfunkanbieter Orange und Sunrise von einer Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der fusionierten Unternehmung auszugehen ist (siehe Rz. 189 ff.). Obwohl jeder Marktteilnehmer in seinem Terminierungsmarkt marktbeherrschend ist, könnte eine gegenseitige Disziplinierung über die Märkte hinweg erfolgen, da der jeweils andere die Terminierungsdienstleistung nachfragt. In der Vergangenheit hat sich gezeigt, dass eine solche Disziplinierung schwach ist.<sup>90</sup> Aufgrund der reziproken Abhängigkeit der Mobilfunknetzbetreiber ist allerdings davon auszugehen, dass sich trotz einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der fusionierten Unternehmung die Wettbewerbsverhältnisse nur geringfügig ändern werden.

#### B.4.4 Kollektive Marktbeherrschung

224. Ein Zusammenschluss kann allenfalls eine kollektiv marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken. Auch in einem solchen Fall kann die WEKO den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen oder Auflagen zulassen, sofern die Voraussetzungen von Art. 10 Abs. 2 KG gegeben sind. Hierbei ist zu prüfen, ob Anreize zu kollusivem Verhalten gegeben sind, und ob ein solches Verhalten mit grosser Wahrscheinlichkeit stabil bzw. dauerhaft sein wird. Die WEKO hat die allgemeinen Grundlagen und Erkenntnisse zur kollektiven Marktbeherrschung bereits in ihren Entscheidungen zu den Zusammenschlussvorhaben Migros/Denner und Heineken/Eichhof behandelt.<sup>91</sup>

225. Ausgehend von den Ausführungen zur aktuellen und potenziellen Konkurrenz wird eine allfällige kollektive Marktbeherrschung der fusionierten Unternehmung und Swisscom untersucht. Vorliegend wird zusätzlich auf die Ausführungen zu einer allfälligen kollektiven Marktbeherrschung auf die entsprechenden Argumente der Zusammenschlussparteien in ihrer Meldung und ihren Stellungnahmen eingegangen.

226. Die Zusammenschlussparteien machen geltend, dass für die Beurteilung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung eine dynamische Gesamtbetrachtung der Wettbewerbsverhältnisse erfolgen müsse und zwar sowohl auf der Zeitachse als auch in Bezug auf das Zusammenspiel der verschiedenen Faktoren untereinander. Zudem sei es erforderlich, dass die Wettbewerbsbehörde eindeutige Beweise liefern könne, dass die fusionierte Unternehmung andere Unternehmen als Wettbewerber beseitigen könne. "Entscheidend für eine Intervention wäre somit, dass die Analyse des Zusammenschlussvorhabens ergäbe, dass dieses nicht auf die Förderung der Effizienz, sondern auf die Erzielung von Monopolrenten und damit auf Ausbeutung gerichtet ist, und dass diese Ausbeutungsabsicht rechtsgenügend nachgewiesen ist". Von Amtes wegen sei eine Gesamtmarkt Betrachtung anzustellen und eventuelle negative Auswirkungen auf einem Markt positiven Auswirkungen auf einem anderen Markt gegenüberzustellen und diese Auswirkungen gegeneinander abzuwägen, sollte das

Zusammenschlussvorhaben tatsächlich eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden könne. Ausserdem seien einige Faktoren ambivalent, weil sie nicht nur die Möglichkeit von kollusivem Verhalten, sondern genauso Wettbewerb nachweisen könnten. Zudem seien die von den Zusammenschlussparteien vorgebrachten zu erwartenden positiven Auswirkungen im Antrag weitgehend unberücksichtigt geblieben. Insbesondere sei bedeutsam, dass zwei wesentlich schwächere Unternehmen als die Swisscom fusionieren würden, mit dem erklärten Ziel, ihre Effizienz erheblich zu verbessern und die Argumentation der WEKO, wonach das Kartellgesetz es nicht zulasse, Effizienzgewinne im Rahmen der Fusionskontrolle zu berücksichtigen, nicht stichhaltig sei. Der Nachweis kollusiven Verhaltens bedürfe, dass einzelne Kriterien nicht nur isoliert voneinander betrachtet werden. Vielmehr seien sie in einen geeigneten Gesamtzusammenhang zu setzen, der eine einwandfreie Rechtsanwendung zulasse. Eine simple ökonomische Analyse einzelner Faktoren lasse regelmässig keine Schlüsse darüber zu, was der gesamte Nettoeffekt dieser Faktoren in einem konkreten Fall in Bezug auf die Möglichkeit des Entstehens von kollusivem Verhalten in der Zukunft sein würde. So bringen die Zusammenschlussparteien vor, dass das Abarbeiten einzelner Faktoren im Sinne einer Checkliste zu keinem direkten Beweis darüber führe, ob die vorstehend genannten zentralen Voraussetzungen erfüllt sein würden. Deshalb sei für die Frage, ob kollektive Marktbeherrschung entstehen kann, gerade der Zusammenhang zwischen den einzelnen Faktoren und somit eine Gesamtschau bedeutend. Das Abarbeiten einzelner Faktoren führe im Ergebnis dazu, dass immer dann, wenn bestimmte Marktfaktoren gegeben seien, angenommen würde, ein Zusammenschluss führe zu kollusivem Verhalten.

227. Im Rahmen der von den Zusammenschlussparteien geforderten dynamischen Gesamtbetrachtung verweisen sie auf die Praxis der EU-Kommission bei der Ermittlung der Wahrscheinlichkeit koordinierten Verhaltens. Hierbei seien insbesondere auch die Besonderheiten und Strukturmerkmale der betroffenen Märkte und das Verhalten der beteiligten Unternehmen in der Vergangenheit zu berücksichtigen. Für den Nachweis von kollektiver Marktbeherrschung wäre demzufolge nachzuweisen, dass kollusives Verhalten bereits vor dem Zusammenschluss existiere. Da dies nach Ausführungen der Zusammenschlussparteien nicht der Fall gewesen sei, wäre auch zukünftig kein kollusives Verhalten zu erwarten. Eine solche Schlussfolgerung kann aber alleine schon aus dem Grund nicht gezogen werden, da ein Unternehmenszusammenschluss erst Rahmenbedingungen schaffen kann, welche zukünftiges kollusives Verhalten ermöglichen. Vor diesem Hintergrund kann

<sup>90</sup> Gutachten, RPW 2006/4, S. 739 ff.

<sup>91</sup> Migros/Denner, RPW 2008/1, S. 184 ff.; Heineken/Eichhof, RPW 2008/3, S. 422 ff.

aus der Tatsache, dass in der Vergangenheit kein kollusives Verhalten nachgewiesen wurde, nicht automatisch darauf geschlossen werden, dass auch in der Zukunft kein kollusives Verhalten stattfinden wird. Zudem ist dies für die Beurteilung des Zusammenschlusses unerheblich, da in diesem Rahmen nur geprüft werden muss, ob durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann (Art. 10 Abs. 2 KG). Demnach müssen die beteiligten Unternehmen nur in eine Lage kommen, die es ihnen ermöglicht, eine (implizite oder explizite) Koordinierung zu etablieren und aufrecht zu erhalten. Hierbei ist es für die Fusionskontrolle unerheblich, ob und auf welche Weise die beteiligten Unternehmen den wirksamen Wettbewerb in der Zukunft tatsächlich beseitigen werden oder nicht.

228. Im Rahmen der vertieften Prüfung wurde neben der Betrachtung der einzelnen Faktoren, welche eine kollektiv marktbeherrschende Stellung begünstigen können, auch eine dynamische Gesamtbetrachtung durchgeführt (vgl. Rz. 376 ff.). Zwar werden die einzelnen Faktoren und die sich daraus ergebenden Effekte einzeln beschrieben, allerdings erfolgt deren Würdigung stets im Gesamtzusammenhang, was letztendlich Schlussfolgerungen über ein mögliches zu erwartendes kollusives Verhalten zulässt. Ebenfalls wird am Ende der Prüfung der kollektiven Marktbeherrschung auf die von den Zusammenschlussparteien mehrfach vorgebrachten zu erwartenden positiven Auswirkungen eingegangen (vgl. Rz. 403 ff.). Im Hinblick auf die von den Zusammenschlussparteien vorgebrachten Effizienzreden sei insbesondere auf Rz. 408 ff. verwiesen.

229. Laut den Ausführungen der Zusammenschlussparteien müsse gemäss Motta der Nachweis erbracht werden, dass die betroffenen Unternehmen miteinander kommunizieren, um das kollusive Verhalten abzustimmen. Dies sei allerdings aufgrund des gespannten Verhältnisses zwischen Swisscom, Orange und Sunrise nicht zu erwarten. Diese Feststellung ist allerdings unvollständig und aus dem Zusammenhang gerissen. Zwei Sätze später hält Motta fest, dass sich Unternehmen auch ohne den Austausch von Informationen über Preis und Menge kollusiv verhalten können. Sie können sich auch dadurch koordinieren, dass sie Rahmenbedingungen schaffen und aufrecht erhalten, welche Kollusion vereinfachen.<sup>92</sup>

230. In der ökonomischen Literatur werden koordinierte Effekte, welche bei einer kollektiven Marktbeherrschung möglich sind, immer dann angenommen, wenn der zu erwartende Gewinn durch koordiniertes Verhalten grösser ist als die zu erwartenden Gewinne, gesetzt den Fall, dass der bzw. die Konkurrenten vom koordinierten Verhalten (Kollusion) abweichen.<sup>93</sup>

231. Als stillschweigend kollusives Verhalten von Unternehmen werden rechtlich formlose Aktivitäten der Koordinierung und Kooperation bezeichnet, die zum Ziel haben, den Wettbewerb in irgendeiner Form zu beschränken.<sup>94</sup> Insbesondere wenn Unternehmen in einer Folge von Perioden im Markt aktiv sind, erhält die Konkurrenzsituation eine zeitliche Dimension, die eine dynamische Betrachtung des Wettbewerbs erfordert. Durch die zeitliche Dimension und die damit verbundenen Reaktions-

möglichkeiten des jeweiligen Konkurrenten ergeben sich Anreize, welche stillschweigend kollusive Verhaltensweisen stabilisieren können. Dies lässt sich an einem Duopol bei Preiswettbewerb (sogenanntes Bertrand-Preis-Duopol) wie folgt veranschaulichen.<sup>95</sup> Nimmt man an, dass beide Konkurrenten homogene Güter (z.B. SMS, Sprachtelefonie oder mobiles Internet) und damit substituierbare Produkte zu den gleichen Kosten beschaffen und vertreiben, so entspricht der resultierende Marktpreis bei vollständiger Konkurrenz den Grenzkosten. Weil die Gesamtmenge in diesem Fall gleich Null ist, erzielen die beiden Firmen einen Gesamtgewinn von Null.<sup>96</sup> Das Konkurrenzgleichgewicht resultiert im Bertrand-Preis-Duopol aus der Tatsache, dass jeder der beiden Konkurrenten durch eine Preissenkung versucht, seinen Marktanteil zu erhöhen. Dies setzt allerdings voraus, dass der Gewinn durch den höheren Marktanteil die Mindereinnahmen aufgrund des niedrigeren Verkaufspreises übersteigt. Nur unter diesen Voraussetzungen hat jeder Konkurrent den kurzfristigen Anreiz den Preis zu senken, um damit die Nachfrage an sich zu ziehen und so seinen Gewinn zu maximieren, solange der Preis über dem Konkurrenzpreis (Preis = Grenzkosten) liegt. Der jeweils andere Anbieter hat allerdings den genau gleichen Anreiz seinen Preis geringfügig zu senken, so dass im Bertrand-Preis-Duopol letztendlich der Konkurrenzpreis resultiert.<sup>97</sup>

232. Mit einer solchen Marktsituation konfrontiert, ist es für die beiden Konkurrenten im Duopol allerdings ökonomisch rational vom Konkurrenzgleichgewicht in ein Kollusionsgleichgewicht überzugehen und damit einen Marktpreis zu vereinbaren, der den gemeinsamen Gewinn maximiert, um diesen dann untereinander aufzuteilen.<sup>98</sup> Solche Vereinbarungen können expliziter oder impliziter Natur sein. So könnte beispielsweise einer der beiden im Duopolmarkt agierenden Akteure (A) seinen Preis geringfügig erhöhen. Der jeweils Andere (B) hätte dann die Möglichkeit, seinen Preis beizubehalten oder ebenfalls zu erhöhen. Würde B seinen Preis beibehalten, könnte er so lange mit einem höheren Umsatz rechnen, als A seinen Verkaufspreis nicht anpasst. Würde B hingegen seinen Preis ebenfalls erhöhen, würde er mit der gleichen Verkaufsmenge einen höheren Gewinn als bis anhin erzielen können und zwar so lange, wie A den Verkaufspreis nicht wieder senkt. Da beide Akteure allerdings längerfristig von einer Preiserhöhung profitieren würden, scheint kollusives Verhalten (ob implizit oder explizit) das wahrscheinlichste Resultat, wenn die Rahmenbedingungen im Markt dies zulassen.

<sup>92</sup> "But firms might also sustain collusion without openly discussing prices or quantities, but coordinating so as to establish the environment that facilitates collusion": Motta Massimo, *Competition Policy - Theory and Practice*, Cambridge University Press, New York 2004, S. 189.

<sup>93</sup> KÜHN Kai-Uwe, *The Coordinated Effect of Mergers*, in: *Handbook of Antitrust Economics*, Herausgeber Buccrossi Paolo, 2008, S. 107 f.; Motta Massimo, a.a.O., S. 142.

<sup>94</sup> Migros/Denner, RPW 2008/1, S. 184, Rz. 457.

<sup>95</sup> Migros/Denner, RPW 2008/1, S. 184 f., Rz. 458 ff.

<sup>96</sup> Dies bedeutet nicht unbedingt, dass das Unternehmen keinen Gewinn mehr erwirtschaftet. Allerdings kann die Unternehmung dann keine überdurchschnittlichen Renditen mehr erwirtschaften.

<sup>97</sup> VARIAN Hal R., *Intermediate Microeconomics – a modern approach*, W. W. Norton & Company, New York 1996, S. 472 f.

<sup>98</sup> VARIAN Hal R., a.a.O., S. 473.

233. Zur Klärung der Möglichkeit, Wahrscheinlichkeit und Nachhaltigkeit einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung bedarf es daher einer Gesamtbetrachtung der Wettbewerbsbedingungen und des Wettbewerbsgeschehens auf den relevanten Märkten. In diesem Zusammenhang sind die kollusionshemmenden oder fördernden Marktcharakteristika jeweils auf vier Ebenen zu untersuchen.<sup>99</sup> Neben den Anreizen zur Etablierung und Aufrechterhaltung von implizitem oder explizitem kollusivem Verhalten müssen auch die Möglichkeiten untersucht werden, das Abweichen vom kollusiven Verhalten zu entdecken und erfolgreich zu bestrafen. Im Parteigutachten von swiss economics und in der Stellungnahme vom 11. März 2010 werden für eine Kollusion folgende Voraussetzungen angeführt: 1. Übereinstimmung im Ziel und im Gegenstand der Kollusion, 2. Kein Anreiz, vom kollusiven Arrangement abzuweichen: Der Nutzen einer Abweichung muss kleiner sein als die erwartete künftige Nutzeneinbusse aufgrund einer Retorsion durch hintergangene Kollusionspartner, 3. Glaubwürdige Bestrafungsandrohung bei Abweichung, 4. Keine Möglichkeit Dritter, die Kollusion zu unterwandern. Hierbei muss allerdings beachtet werden, dass die von den Zusammenschlussparteien vorgebrachten Voraussetzungen 2. und 3. voneinander abhängig sind. Ist der Nutzen, vom Kollusionsgleichgewicht abzuweichen bereits ohne drohende Sanktionen des hintergangenen Kollusionspartners geringer als der Nutzen, das Kollusionsgleichgewicht aufrecht zu erhalten, kann ein stabiles Kollusionsgleichgewicht auch ohne das Bestehen von Sanktionsmechanismen stabil sein. Zudem ist kollusives Verhalten nur möglich, wenn die Rahmenbedingungen dies zulassen, wie dies die Zusammenschlussparteien sinngemäss vorbringen. In der bisherigen Praxis hat die WEKO zur Beurteilung folgende Kriterien herangezogen: Anzahl der beteiligten Unternehmen, Marktanteile der beteiligten Unternehmen, Marktkonzentration, Symmetrien, Marktwachstum, Markttransparenz, Multimarktbeziehungen, Stellung der Marktgegenseite und potenzielle Konkurrenz.<sup>100</sup>

234. Die Zusammenschlussparteien führen zudem aus, dass eine kollektive Marktbeherrschung nicht möglich sei, da sich Swisscom und die fusionierte Unternehmung nämlich in Bezug auf eine mindestens 13 Punkte umfassende Liste von Aspekten einigen müssten, um ein gleichförmiges Verhalten effektiv erreichen zu können. Die von den Zusammenschlussparteien aufgeführte Liste könnte unter Umständen dazu verwendet werden eine explizite vertragliche Vereinbarung auszuarbeiten, um zu kolludieren. Für die Entstehung und Aufrechterhaltung von implizit kollusivem Verhalten genügt es hingegen, wenn die Kollusionspartner ein gemeinsames Verständnis von dem gemeinsam zu erreichenden Kollusionsziel haben, um sich entsprechend koordinieren zu können.

235. Als betroffene Märkte, welche im vorliegend zu beurteilenden Fall für eine kollektiv marktbeherrschende Stellung in Frage kommen, wurden der Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen (Endkundenmarkt), der Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze (Netzzugangsmarkt) und der Wholesale-Markt für internationales Roaming (Roaming-Markt) identifiziert. Um die Wahrscheinlichkeit von koordinier-

tem Verhalten auf einzelnen Märkten abschätzen zu können, muss – aufgrund der Interdependenzen – neben der Analyse einzelner Effekte auf den betroffenen Märkten auch eine Gesamtbeurteilung über die Märkte hinweg vorgenommen werden.<sup>101</sup> Wie dies die Zusammenschlussparteien vorbringen, bedarf es „einer dynamischen Gesamtbetrachtung, und zwar sowohl auf der Zeitachse – indem die vergangenen, gegenwärtigen und zukünftigen Wettbewerbsverhältnisse zu prüfen sind – als auch in Bezug auf das Zusammenspiel der verschiedenen Faktoren untereinander, indem hier eine Gesamtschau gefordert ist“.

236. In den Parteigutachten bringen die Zusammenschlussparteien vor, dass im Rahmen der Beurteilung eines Unternehmenszusammenschlusses zwei mögliche Fehler vermieden werden sollten: 1. Verbot eines Zusammenschlusses, obwohl dieser keine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt (Fehler 1. Grades) und 2. Zulassung eines Zusammenschlusses, obwohl es aufgrund eines Marktversagens gerechtfertigt wäre, diesen zu untersagen oder nur mit Auflagen oder Bedingungen zuzulassen (Fehler 2. Grades). Im Unterschied zur Einzelmarktbeherrschung müssen die kollektiv marktbeherrschenden Unternehmen ein stabiles Kollusionsgleichgewicht etablieren, was im Gutachten als die Bildung einer koordinierten Einheit beschrieben wird. Da dies gemäss dem Parteigutachten schwierig zu antizipieren sei, bestünde gegenüber der Beurteilung einer allfälligen Einzelmarktbeherrschung ein erhöhtes Risiko eines Fehlers 1. Grades.

237. Zur Etablierung einer kollektiven Marktbeherrschung bedarf es dem Zusammenwirken von den im Markt agierenden Akteuren, welche gemeinsam eine marktbeherrschende Stellung einnehmen können. Eine solche Koordination fällt bei einer Einzelmarktbeherrschung naturgemäss weg, da nur ein einzelner Akteur im Markt tätig ist. Gerade aus diesem Grund werden an die Feststellung einer kollektiven Marktbeherrschung erhöhte Anforderungen gestellt, um einen – von den Zusammenschlussparteien beschriebenen – Fehler 1. Grades zu vermeiden.

238. Nachfolgend werden die zur Beurteilung einer kollektiven Marktbeherrschung heranzuziehenden Kriterien (vgl. Rz. 233) erörtert und es wird, wo nötig, einzeln auf die betroffenen Märkte eingegangen.

<sup>99</sup> GANZ ELIANE E., Die Beurteilung von Fusionen kollektiv marktbeherrschender Unternehmen im schweizerischen und europäischen Wettbewerbsrecht, Zürich 2004, S. 165 f.

<sup>100</sup> Heineken/Eichhof, RPW 2008/3, S. 541 ff.; Migros/Denner, RPW 2008/1, S. 186 ff. sowie KÜHN KAI-UWE, a.a.O., S. 105 – 144 oder MOTTA MASSIMO, a.a.O., S. 142 ff., wobei in der ökonomischen Literatur weitere Kriterien, die einen Hinweis auf kollektive Marktbeherrschung hindeuten können, diskutiert werden.

<sup>101</sup> In Anlehnung an MOTTA MASSIMO, a.a.O., S. 148 f.



#### B.4.4.1 Anzahl der beteiligten Unternehmen, Marktanteile und Marktkonzentration

239. In der Meldung wird dargelegt, dass nach der Fusion Swisscom und die fusionierte Unternehmung gemeinsam einen Marktanteil von fast 100 % (auf Netzbasis) und von 84 % (auf Markenbasis) hielten, wobei der relevante Marktanteil von Swisscom (>60 %) bedeutend grösser sei als derjenige des kombinierten Unternehmens (<40 %). Des Weiteren wird angeführt, dass die Weiterverkäufer und MVNO mit einem kombinierten markenbasierten Marktanteil von [10-20] % mit den drei Hauptwettbewerbern (Swisscom, Orange und Sunrise) konkurrierten. Aufgrund der Differenz von mehr als 20 % zwischen den Marktanteilen von Swisscom und der fusionierten Unternehmung sei das Risiko von kollusivem Verhalten signifikant reduziert und aufgrund des von den Weiterverkäufern und MVNO ausgehenden Wettbewerbsdrucks erscheine jegliche Koordination unwahrscheinlich. Des Weiteren führen die Parteien in ihrer Stellungnahme aus, dass die Marktanteile auch nach dem Zusammenschluss stark asymmetrisch seien. Es sei zudem anerkannt, dass in einem asymmetrischen Duopol, in welchem es einen klaren Marktführer gebe, kaum zu kollusivem Verhalten kommen könne.

240. Zudem führen die Zusammenschlussparteien an, dass die Marktführerschaft von Swisscom auf gesetzgeberische Wertungen und Entscheidungen zurückzuführen sei und nicht darauf, dass bei den neuen Marktteilnehmern der Wille zu effektiver Konkurrenzierung gefehlt hätte. Im Gegenteil hätten die anderen Wettbewerber mit verschiedenen dynamischen Mitteln versucht, die Marktstellung von Swisscom anzugreifen und zu destabilisieren. Es ist darauf hinzuweisen, dass es für die Beurteilung der Marktverhältnisse im Rahmen der Fusionskontrolle unerheblich ist, wie diese zustande gekommen sind. Im Hinblick auf das Vorbringen, den Zusammenschlussparteien hätte es in der Vergangenheit nicht am Willen zur effektiven Konkurrenzierung gefehlt, wird auf die Ausführungen in Rz. 284 verwiesen.

241. Im Rahmen der Analyse der Marktdynamik (vgl. Rz. 157) konnte festgestellt werden, dass im untersuchten Zeitraum von 2007 bis 2009 Sunrise die aktivste Kraft im Markt war und insbesondere auf Orange einen gewissen Wettbewerbsdruck ausgeübt hat. So hat Sunrise gegenüber Orange geringfügig aber stetig an Marktanteilen gewonnen und Orange schliesslich überholt (vgl. Abbildung 1: Entwicklung der Marktanteile). Die Preisanalyse legt daher den Schluss nahe, dass Sunrise die Rolle eines "Maverick" im Markt gespielt hat. Dies bestätigt auch der Artikel in der Online-Ausgabe der NZZ, wonach Sunrise im dritten Quartal 2009 Umsatz und Gewinn aufgrund der im Jahr 2008 induzierten deutlichen Preissenkung steigern konnte.<sup>102</sup> Auch France Télécom bestätigt, dass Sunrise und Orange in starker Konkurrenz zueinander stehen, wenn gesagt wird, dass es für die Schweiz besser sei, zwei Akteure zu haben, die viel investieren, als die momentane Situation, in der es einen dominanten Anbieter gibt und zwei mit einem kleineren Marktanteil, die sich zudem noch bekämpfen.<sup>103</sup>

242. Zur Analyse der Anzahl beteiligter Unternehmen, der Marktanteile und der Marktkonzentration im Hinblick auf ein mögliches kollusives Verhalten von Swisscom

und der fusionierten Unternehmung werden die Verhältnisse auf dem Endkundenmarkt, dem Netzzugangsmarkt und dem Roaming-Markt einzeln untersucht.

##### B.4.4.1.1. Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen (Endkundenmarkt)

243. Im Endkundenmarkt kann zwischen Anbietern ohne eigenes Netz (Weiterverkäufer / MVNO) und Netzbetreibern unterschieden werden. In der Meldung wird bezugnehmend auf die Entscheidung der EU-Kommission im Fall T-Mobile/Orange Netherlands<sup>104</sup> vorgebracht, dass die Weiterverkäufer und MVNO einen erheblichen Wettbewerbsdruck auf die Netzbetreiber ausübten. Damit Weiterverkäufer und MVNO überhaupt einen Wettbewerbsdruck ausüben können, müssen diese in der Preisfestsetzung vom Netzbetreiber unabhängig agieren und mit diesem in Konkurrenz treten können. Dies ist insbesondere dann möglich, wenn Weiterverkäufer und MVNO einen regulierten Zugang zum Mobilfunknetz erhalten.

244. Die Zusammenschlussparteien führen an, dass der Markterfolg der Weiterverkäufer und MVNO zeige, dass sie sehr wohl in der Lage seien, den Retail-Markt aufzufrischen. Sie könnten den Netzwerkbetreibern nicht nur in Bezug auf Preise, sondern auch in Bezug auf andere Wettbewerbsparameter die Stirn bieten. So habe eine Studie des Vergleichsdienstes Comparis gezeigt, dass in einem beispielhaften Testszenario Aldi Suisse am besten abschneide, gefolgt von Tele2, Migros, Orange, Coopmobile und Cablecom Mobile. Dies sehen die Zusammenschlussparteien als Nachweis für das Bestehen wirksamen Wettbewerbs unter sämtlichen Mobilfunkdiensteanbietern. In der Anhörung vom 8. März 2010 führt der Swisscom CEO zudem aus, dass von Weiterverkäufern dahingehend ein Druck auf die Netzbetreiber ausgehe, als z.B. Migros günstiger sein wolle als Aldi oder Coop, sie diesen Druck dann an Swisscom weitergeben würden. Zudem würden grosse Weiterverkäufer versuchen die Mobilfunkanbieter gegeneinander auszuspielen. Damit üben die Reseller allerdings nur einen geringfügigen Druck auf die Netzbetreiber aus, da sie nur relativ zu den jeweils anderen günstigen Anbietern konkurrieren. [...].

245. Die meisten befragten Mobilfunkdienstleistungsanbieter führten allerdings aus, dass sie lediglich ihr Label

<sup>102</sup> Vgl. "Sunrise hat offenbar den Turnaround geschafft" Interview mit dem Chef von France Télécom, in: NZZ Online vom 6. November 2009, abrufbar unter: [www.nzz.ch/nachrichten/wirtschaft/aktuell/sunrise\\_auch\\_im\\_dritten\\_quartal\\_profitabel\\_gewachsen\\_1.3979235.html](http://www.nzz.ch/nachrichten/wirtschaft/aktuell/sunrise_auch_im_dritten_quartal_profitabel_gewachsen_1.3979235.html) (zuletzt besucht am: 12. Februar 2010).

<sup>103</sup> Vgl. "Mobil-Tarife sinken jährlich um 6 Prozent" in: NZZ am Sonntag vom 7. Februar 2010, abrufbar unter: [www.nzz.ch/nachrichten/wirtschaft/aktuell/mobil-tarife\\_sinken\\_jaehrlich\\_6\\_prozent\\_1.4846946.html](http://www.nzz.ch/nachrichten/wirtschaft/aktuell/mobil-tarife_sinken_jaehrlich_6_prozent_1.4846946.html) (zuletzt besucht am: 12. Februar 2010).

<sup>104</sup> Vgl. T-Mobile/Orange Netherlands, COMP/M.4748. In diesem Zusammenschlussvorhabens resultiert auf dem niederländischen Markt eine Situation, in welcher nach dem Zusammenschluss noch drei Netzbetreiber mit Marktanteilen von 48.5 %, 22.3 % und 25.5 % übrig geblieben sind (Rz. 31). Zudem ist die damals im niederländischen Markt herrschende Marktdynamik nicht mit der in der Schweiz vergleichbar (Rz. 44).

bzw. ihre Marke für einen mit dem jeweiligen Netzbetreiber vereinbarten Tarif zur Verfügung stellen und unter diesen Bedingungen die Mobilfunkdienstleistung des jeweiligen Netzbetreibers verkaufen (reine Weiterverkäufer). Für den Verkauf erhielten sie dann eine Provision, welche sich am Verkaufsumsatz orientiert.

246. Um die tatsächliche Konkurrenzsituation auf dem Endkundenmarkt abschätzen zu können ist es daher unumgänglich, die einzelnen Mobilfunkdienstleistungsanbieter ohne eigenes Netz zu qualifizieren. Hierzu wurden aufgrund der von den Mobilfunkdienstleistungsanbietern mit den Netzbetreibern geschlossenen Verträge zur Netzmitbenutzung zwei Kategorien (Weiterverkäufer und eigenständige Anbieter von Mobilfunkdienstleistungen) gebildet. Zudem muss zwischen dem Wettbewerbsdruck, den ein Weiterverkäufer bzw. ein MVNO auf dem Endkundenmarkt und auf dem Netzzugangsmarkt ausübt unterschieden werden. Während tiefe Endkundenpreise dem Weiterverkäufer bzw. MVNO höhere Verkaufszahlen ermöglicht, wirken sich gute Konditionen auf dem Netzzugangsmarkt in der Erzielung besserer Margen aus. Das Erzielen guter Margen durch einen Weiterverkäufer bzw. MVNO sagt aber noch nichts über sein Preissetzungsverhalten im Endkundenmarkt aus.

247. Als Weiterverkäufer wurden für das vorliegende Verfahren Mobilfunkanbieter definiert, die den von ihnen angebotenen Mobilfunktarif nur in Absprache mit ihrem Netzbetreiber festsetzen können und kein Kostenrisiko beim Angebot der Mobilfunkdienstleistung tragen. Sie bieten in eigenem oder fremdem Namen dem Endkunden Mobilfunkangebote an, welche sie vorher mit dem Netzbetreiber vereinbart haben. Für den Verkauf von SIM-Karten und Gesprächsminuten erhalten sie eine entsprechende Provision. Weiterverkäufer können aus diesem Grund nicht mit ihrem Netzbetreiber in Konkurrenz treten. Vielmehr ist das Angebot eines Weiterverkäufers dem Netzbetreiber zuzurechnen, da er damit

lediglich einen weiteren Vertriebskanal für den Verkauf seiner Mobilfunkdienstleistungen nutzt.

248. Damit ein Weiterverkäufer mit einem Netzbetreiber einen Vertrag schliesst, müssen aus ökonomischer Sicht zwei Bedingungen erfüllt sein. Auf der einen Seite muss der Weiterverkäufer auf dem Endkundenmarkt einen Preis anbieten können, mit welchem er eine gewisse Menge absetzen kann. Auf der anderen Seite nutzt der Weiterverkäufer sein Image und seine Marke aus, um gegenüber dem Netzbetreiber eine möglichst hohe Marge (z.B. in Form einer Provision) zu erzielen. Dies bedeutet allerdings nur, dass der Weiterverkäufer nur mit den Mobilfunkanbietern in seinem Preissegment in Konkurrenz tritt. Das Preisniveau innerhalb dieses Preissegments wird ihm vom Netzbetreiber vorgegeben, da in der Regel der Netzbetreiber die Endkundenpreise eines Weiterverkäufers entweder direkt festlegt oder indirekt über die Einkaufspreise determiniert. Vor einem solchen Hintergrund konkurriert der Weiterverkäufer zwar mit den anderen Anbietern in seinem Preissegment, ohne allerdings einen nennenswerten Einfluss auf das Preisniveau insgesamt zu haben. Vor diesem Hintergrund kann der Netzbetreiber – wie dies im Parteigutachten von RBB Economics dargelegt wird – neue Kundengruppen in anderen Preissegmenten erschliessen, ohne dabei das eigene Angebot zu kannibalisieren. Da eine solche Strategie der Markterschliessung dem Netzbetreiber zuzurechnen ist, müssen auch die hierbei ausgehandelten Endkundenpreise dem Netzbetreiber zugerechnet werden.

249. Aufgrund der Auswertung der zwischen den drei grossen in der Schweiz tätigen Netzbetreibern Orange, Sunrise und Swisscom und ihren Weiterverkäufern bzw. MVNO abgeschlossenen Verträge, konnten insgesamt 17 Weiterverkäufer auf dem schweizerischen Mobilfunkmarkt identifiziert werden. Diese werden in der nachfolgenden Tabelle zusammen mit einer kurzen Beschreibung des Vertrages aufgeführt.

Tabelle 28: Vertragsbedingungen der Weiterverkäufer

Weiterverkäufer / Netzbetreiber	Beschreibung
Aldi Suisse AG (Sunrise)	[...]

Weiterverkäufer / Netzbetreiber	Beschreibung
Red Bull Media House GmbH  (Sunrise)	[...]
[...]	[...]
Coop  (Orange)	[...]
Mobilezone AG <sup>105</sup>  (Orange)	[...]
API Telekom (Schweiz) AG  (Orange)	[...]
COLT Telecom AG  (Orange)	[...]
VTX Services SA, etc.  (Orange)	[...]
e-fon AG  (Orange)	[...]
Zirkumflex AG  (Orange)	[...]

<sup>105</sup> Mobilezone hat den Verkauf von Mobilfunkdienstleistungen per 1. Dezember 2009 eingestellt.

Weiterverkäufer / Netzbetreiber	Beschreibung
Reinvest select AG (Orange)	[...]
Abalon Telecom IT AG (Orange)	[...]
F.I.Z. GmbH (Orange)	[...]
Netstream AG (Orange)	[...]
Telebroke AG (Orange)	[...]
Telecom Liechten- stein AG (Orange)	[...]
Migros- Genossenschafts- Bund (Swisscom)	[...]

250. Wie in Tabelle 28 aufgezeigt, kann keiner der Weiterverkäufer eigenständige Mobilfunktarife anbieten. Die auf dem Endkundenmarkt angebotenen Tarife werden entweder in Absprache mit dem jeweiligen Netzbetreiber festgelegt oder die Weiterverkäufer können lediglich bestehende Mobilfunktarife des Netzbetreibers weiterverkaufen. Eine Ausnahme stellt hierbei Migros dar, die den Verkaufspreis der wiederaufladbaren Guthaben grundsätzlich selbst ausgestalten kann. Der Ausgestaltungsspielraum ist allerdings recht beschränkt, da eine Preisgestaltung nur im Rahmen der auf den Umsatz der verkauften Guthaben erzielten Provisionen möglich ist. Vor diesem Hintergrund scheiden alle 17 Weiterverkäufer als Konkurrenten zu den Mobilfunknetzbetreibern aus. Dies bestätigen die Zusammenschlussparteien auch implizit, wenn sie vorbringen, dass eine Multi-brandstrategie eine wichtige Strategie zur Gewinnung von Marktanteilen darstelle, da auf diese Weise neue Kundensegmente angesprochen werden können, die mit der eigenen Marke nicht oder weniger gut erreicht werden können. Auch in der Anhörung vom 8. März macht der CEO von Sunrise auf die fortlaufende Atomisierung (der Märkte) aufmerksam, welche zu einer stärkeren Marktsegmentierung zwingt. Weiterverkäufer seien für die Netzbetreiber wichtige Handelspartner, was den

Wettbewerbsdruck erhöhe. Zudem seien starke Marken für die fusionierte Unternehmung wichtig, um Wechsel der eigenen Kundschaft zu Swisscom zu vermeiden. Damit bestätigen die Zusammenschlussparteien selbst, dass Weiterverkäufer vorwiegend ein Instrument der Preisdifferenzierung sind und eben gerade nicht als effektive und eigenständige Konkurrenten gegenüber den Netzbetreibern im Endkundenmarkt auftreten. Auch die Zusammenschlussparteien sind der Meinung, dass die Weiterverkäufer ihre Endkundenpreise nicht eigenständig festlegen können (was aber gerade die zwingende Voraussetzung dafür wäre, um mit den Netzbetreibern in Konkurrenz treten zu können), indem sie ausführen, dass Weiterverkäufer in der Regel nicht bereit sind, den Netzbetreibern die Festsetzung der Endkundenpreise uneingeschränkt zu überlassen. Diese Ausführungen können nur bedeuten, dass die Netzbetreiber die Preise der Weiterverkäufer weitgehend vorgeben und den Weiterverkäufern nur ein äusserst eingeschränkter Handlungsspielraum zukommt. Anders wäre die Sachlage, wenn die Netzbetreiber MVNO und Weiterverkäufern den Zugang zu ihrem Mobilfunknetz zu kostenorientierten Preisen gewähren würden. Dann könnten diese mit den Netzbetreibern tatsächlich in effektive Konkurrenz treten (vgl. hierzu auch Ausführungen in Rz. 420).

251. Die Zusammenschlussparteien bringen in ihrer Eingabe vom 22. Januar 2010 vor, dass im Vorfeld zum Einstieg eines Weiterverkäufers oder MVNO kommerzielle Verhandlungen stattfinden, in welchen der Weiterverkäufer / MVNO Einfluss darauf nehmen könne, wie das spätere Pricing für seine Produkte aussehen wird. Weil sämtliche Netzbetreiber an Verträgen mit Unternehmen interessiert seien, die starke Marken und eine ausgebaute Vertriebsstruktur besitzen, sei die Verhandlungsmacht der Weiterverkäufer / MVNO in der Regel daher äusserst stark.

252. Im Rahmen dieser Verhandlungen ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Netzbetreiber den Weiterverkäufern keine Vertragsbedingungen und Mobilfunktarife anbieten, welche die eigenen Angebote kannibalisieren würden. Die starke Marktposition der Weiterverkäu-

fer zeigt sich, wenn überhaupt, nur in der Höhe der Provisionen, welche diese für die Nutzung ihrer Marke durch den Netzbetreiber erzielen. Es kann daher ausgeschlossen werden, dass die Weiterverkäufer im Hinblick auf die Endkumentarife einen disziplinierenden Einfluss auf die Netzbetreiber ausüben können. So gab im Übrigen auch Mobilezone an, dass der Verhandlungsspielraum hinsichtlich der Preisgestaltung eher gering war. Vor diesem Hintergrund ist auch das Vorbringen der Zusammenschlussparteien falsch, das Sekretariat würde die stetig zunehmende Bedeutung der MVNO und Weiterverkäufer massiv unterschätzen.

253. In Tabelle 29 werden MVNO aufgeführt und eine Kurzbeschreibung des Vertrages mit dem jeweiligen Mobilfunkanbieter abgegeben.

Tabelle 29: Vertragsbedingungen eigenständiger Anbieter von Mobilfunkdienstleistungen

MVNO / Netzbetreiber	Beschreibung
BeeOne Communications SA (Swisscom)	[...]
Lebara GmbH (Sunrise)	[...]
Barablu Mobile AG (Sunrise)	[...]
The Phone House SA (Sunrise)	[...]
Sympac B.V. (Sunrise)	[...]

MVNO / Netzbetreiber	Beschreibung
Cablecom (Sunrise)	[...]
[...]	[...]
Lycamobile Limited (Orange)	[...]

254. In der Schweiz existieren derzeit sieben Anbieter von Mobilfunkdienstleistungen, welche selber ein Angebot auf dem schweizerischen Mobilfunkmarkt anbieten können. [...] Bisher konnten die im schweizerischen Markt tätigen MVNO allerdings keine signifikanten Marktanteile erreichen. Gemäss den in Tabelle 15 aufgeführten Marktanteilen belaufen sich diese im Jahr 2008 auf weniger als [0-10] %. Für das Jahr 2009 schätzen die Zusammenschlussparteien den Marktanteil für MVNO auf rund [0-10] %. Damit spielen MVNO im schweizerischen Mobilfunkmarkt heute nach wie vor eine untergeordnete Rolle.

255. [...] Dieses Beispiel zeigt eindrücklich, dass MVNO – entgegen den Vorbringungen der Zusammenschlussparteien – mit den Netzbetreibern nicht in Konkurrenz treten können.

256. Ausgehend von der Befragung der Marktteilnehmer und der Analyse der zwischen den Weiterverkäufern / MVNO und Netzbetreibern geschlossenen Verträge muss aufgrund deren Ausgestaltung, der fehlenden Regulierung sowie aufgrund der vergleichsweise geringen Gewinnmargen, welche die Weiterverkäufer / MVNO im schweizerischen Markt erzielen, auf ein starkes Abhängigkeitsverhältnis geschlossen werden. Vor diesem Hintergrund müssen sämtliche im Markt angebotenen Tarife der Weiterverkäufer den jeweiligen drei Mobilfunknetzbetreibern zugeordnet werden. Darüber hinaus kann festgestellt werden, dass die MVNO auf dem Endkundenmarkt nicht mit den Mobilfunknetzbetreibern in Konkurrenz treten. Ausserdem üben sie letztendlich mit weniger als [0-10] % Marktanteil im Jahr 2008 sowie von den Zusammenschlussparteien geschätzten [0-10] % Marktanteil in 2009 keinen merklichen Einfluss aus und haben daher keine disziplinierende Wirkung auf die Netzbetreiber. Vor diesem Hintergrund sind im schweizerischen Mobilfunkmarkt – unabhängig vom Vorbringen der Zusammenschlussparteien – zurzeit effektiv lediglich drei schweizweit eigenständig agierende Anbieter von Mobilfunkdienstleistungen, namentlich Orange, Sunrise und Swisscom, tätig.

257. Durch den Zusammenschluss würde die Anzahl der im Endkundenmarkt effektiv konkurrierenden Akteure von drei auf zwei reduziert. Hierdurch würde die Koordination der Preise im Endkundenmarkt zwischen den

beiden verbleibenden Marktteilnehmern bedeutend vereinfacht. Gleichzeitig sinkt – alleine schon aufgrund der geringeren Anzahl der am möglichen kollusiven Verhalten beteiligten Akteure – die Unsicherheit, dass ein kollusives Gleichgewicht nicht beibehalten werden könnte.

258. Daher wird aufgrund der sich verstärkenden Marktkonzentration und der Reduktion der Marktteilnehmer von drei auf zwei der Anreiz und die Möglichkeiten zur Etablierung und Aufrechterhaltung von (implizitem oder explizitem) kollusivem Verhalten deutlich erhöht.

259. Zwar ist nicht auszuschliessen, dass neue Netzbetreiber in den schweizerischen Mobilfunkmarkt eintreten. Wie dies die Zusammenschlussparteien festhalten, will In&Phone gemäss Pressemitteilung eine wichtige Rolle spielen. Hierzu sind allerdings erhebliche finanzielle Investitionen notwendig, welche das BAKOM auf ca. CHF 1.2 Mrd. veranschlagt. Demgegenüber schätzen die Zusammenschlussparteien diese Kosten auf [1-2] Mrd. Es erscheint äusserst unwahrscheinlich, dass In&Phone diese Investitionen zu tragen vermag. [...].

260. Weiterhin bringen die Zusammenschlussparteien vor, dass seit dem Einstieg von Weiterverkäufern und MVNO die Preise im schweizerischen Endkundenmarkt massiv gefallen seien. Diese allgemeinen Preissenkungen sind allerdings eher auf das Senken der Terminierungsgebühren seitens Swisscom vom 1. Juni 2005 zurückzuführen als auf den Einstieg von Weiterverkäufern und MVNO in den schweizerischen Markt. Alleine aufgrund möglicher Preissenkungen auf eine verstärkte Konkurrenz seitens der Weiterverkäufer und MVNO zu schliessen wäre im vorliegenden Fall vorschnell und aus den oben genannten Gründen auch nicht möglich.

261. Die Zusammenschlussparteien machen zudem geltend, dass Weltunternehmen wie beispielsweise Apple mit ihren neu entwickelten Mobilfunkgeräten Druck auf die Netzbetreiber auszuüben vermögen und Mobilfunkanbieter zu reinen Verbindungsdienstleistern degradiert werden sollen. Zwar wird das mobile Internet in der Gesellschaft voraussichtlich einen immer höheren Stellenwert einnehmen. Dennoch ist nicht zu erwarten, dass das mobile Internet und die damit verbundenen Möglichkeiten die VoIP-Technologie zu nutzen in den nächsten zwei bis drei Jahren das mobile Telefonieren ersetzen

werden. Dennoch gehen die Zusammenschlussparteien in ihrer Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung davon aus, dass VoIP zumindest Druck auf die Mobilfunkanbieter ausüben werden. Ausserdem sind die Netzbetreiber auch heute schon im Bereich des mobilen Internets grösstenteils nur Zugangsprovider, woran auch die Einführung von neu entwickelten Mobilfunkgeräten nichts ändert. Es ist ebenfalls nicht ersichtlich, warum es den Zusammenschlussparteien nur aufgrund des Zusammenschlusses und der damit einhergehenden neu gewonnenen Grösse und erweiterten Produktpalette möglich sei, für Inhalte- und Anwendungsanbieter ein ernstzunehmenderer Partner zu werden, als dies bereits heute der Fall ist.

#### **B.4.4.1.2. Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze (Netzzugangsmarkt)**

262. Auf dem Netzzugangsmarkt können lediglich Marktteilnehmer als Anbieter agieren, welche über ein eigenes Mobilfunknetz verfügen. Der bisherige Marktführer Swisscom würde zusammen mit der fusionierten Unternehmung einen gemeinsamen Marktanteil von 100 % halten. Während heute Swisscom lediglich einem Weiterverkäufer und einem MVNO den Netzzugang gewährt, würde die fusionierte Unternehmung den restlichen im Markt tätigen Mobilfunkanbietern ohne eigenes Mobilfunknetz voraussichtlich Zugang gewähren. Hierbei ist allerdings zu beachten, dass es sich bei den Nachfragern grösstenteils um Weiterverkäufer handelt, welche ohnehin den Mobilfunknetzbetreibern zuzurechnen sind (vgl. hierzu Rz. 246 ff.).

263. Die Zusammenschlussparteien führen aus, dass die Mobilfunkanbieter über genügend freie Kapazitäten auf dem Netzzugangsmarkt verfügen werden. Da Weiterverkäufer und MVNO im Kampf um zusätzliche Marktanteile eine zentrale Rolle spielten, würden Mobilfunkanbieter alles daran setzen, die erforderlichen Kapazitäten anbieten zu können und, falls nötig, aufzubauen. Demzufolge sei die Behauptung, der Netzzugangsmarkt spiele eine untergeordnete Rolle, falsch. Wie nachfolgend aufgezeigt, darf auch der Netzzugangsmarkt nicht isoliert betrachtet werden, sondern muss in einem – wie von den Zusammenschlussparteien gefordert – dynamischen Gesamtzusammenhang beleuchtet werden.

264. Im Netzzugangsmarkt konkurrieren die Netzbetreiber um Weiterverkäufer und MVNO, indem sie diesen unterschiedliche Bedingungen für den Netzzugang anbieten. Allerdings müssen bei der Analyse des Netzzugangsmarkts zudem die Interdependenzen zwischen dem Netzzugangsmarkt und dem Endkundenmarkt berücksichtigt werden. Jeder Mobilfunkanbieter, welchem ein Netzbetreiber den Zugang zu seinem Mobilfunknetz gewährt, könnte unter gewissen Voraussetzungen mit den Mobilfunkdienstleistungsanbietern (inklusive den Netzbetreibern) auf dem Endkundenmarkt in Konkurrenz treten. Vor diesem Hintergrund haben Netzbetreiber ein grosses Interesse daran, den Nachfragern im Netzzugangsmarkt Konditionen anzubieten, welche ihre eigene Marktposition im Endkundenmarkt nicht schwächen und den MVNO keine Möglichkeit eröffnen, mit den Netzbetreibern in effektive Konkurrenz zu treten. Insbesondere

re aufgrund der Auswirkungen auf den Endkundenmarkt stellt sich bei den Netzbetreibern deshalb nicht nur die Frage nach ausreichenden Kapazitäten und nach der Netzauslastung, wie dies die Zusammenschlussparteien vorbringen. Von erheblich grösserer Relevanz sind aufgrund der zu erwartenden Konkurrenz im Endkundenmarkt die Zugangsbedingungen zum Netz des jeweiligen Betreibers.

265. Von den derzeit im schweizerischen Mobilfunkmarkt tätigen MVNO haben fünf Verträge mit Sunrise und einer einen Vertrag mit Orange sowie ein MVNO einen Vertrag mit Swisscom. Durch die Fusion würde die fusionierte Unternehmung den Grossteil der auf dem Endkundenmarkt tätigen MVNO auf sich vereinen und hätte damit diesen gegenüber eine sehr starke Marktposition. Zwar würde im Netzzugangsmarkt für MVNO Swisscom als Konkurrent im Markt vertreten sein, es ist allerdings noch nicht vorherzusehen, inwiefern Swisscom weiteren, in den schweizerischen Markt eintretenden MVNO, einen Netzzugang gewähren würde, auch wenn der CEO von Swisscom sagt, dass Swisscom viel riskiere, wenn sie ihr Netz nicht öffne.

266. Durch den Zusammenschluss zwischen France Télécom und Sunrise würde die Anzahl der im Netzzugangsmarkt agierenden Anbieter von drei auf zwei sinken. Zur Reduktion von drei auf zwei im Netzzugangsmarkt tätigen Anbietern äusserte sich der Grossteil der befragten Marktteilnehmer kritisch. Zudem befürchten einige Weiterverkäufer und MVNO aufgrund einer in den Verträgen vereinbarten Exklusivitätsklausel, dass die fusionierte Unternehmung ihr Vertragsverhältnis aufkündigen oder die Vertragsbedingungen zumindest ändern wird. Demgegenüber geht nur Coop explizit davon aus, dass sich der Wettbewerb durch den Zusammenschluss tendenziell intensiviere. Swisscom war mit der Aufnahme von MVNO auf ihr eigenes Netz in der Vergangenheit recht zurückhaltend. Selbst wenn Swisscom auf dem Netzzugangsmarkt vermehrt verschiedenen MVNO den Zugang zu ihrem Netz gewähren würde, wie dies die Zusammenschlussparteien vorbringen, würde die Koordination der Netzzugangsbedingungen durch die Fusion erheblich erleichtert, da die Anzahl der beteiligten Unternehmen von drei auf zwei sinken würde. Da zudem jeder MVNO unter gewissen Umständen mit den Netzbetreibern in Konkurrenz treten könnte, besteht ein deutlicher Anreiz zu kollusivem Verhalten zwischen den beiden dann noch im Markt verbleibenden Netzbetreibern. Vor diesem Hintergrund würde durch die Fusion auch im Netzzugangsmarkt sowohl der Anreiz als auch die Möglichkeiten zu kollusivem Verhalten deutlich gesteigert.

#### **B.4.4.1.3. Wholesale-Markt für internationales Roaming (Roaming-Markt)**

267. Anbieter auf dem Roaming-Markt können ebenfalls lediglich Marktteilnehmer sein, welche über ein eigenes Mobilfunknetz verfügen. In der Schweiz sind dies heute Swisscom, Sunrise und Orange mit einem gemeinsamen Marktanteil von 100 %. Nach dem Zusammenschluss reduziert sich die Anzahl der Anbieter von drei auf zwei, womit die Konzentration deutlich steigt (vgl. Tabelle 27). Dies würde dazu führen, dass ausländische Anbieter nur noch zwei mögliche Vertragspartner zur Auswahl haben, um Roaming-Verträge auszuhandeln.

268. Die meisten ausländischen Mobilfunkunternehmen schliessen mit allen drei Netzbetreibern in der Schweiz eine Roaming-Vereinbarung ab, um ihren eigenen Kunden im Ausland eine optimale Netzabdeckung zu gewährleisten. Gleichzeitig geben sie die Roaming-Gebühren an ihre Endkunden weiter. Der ausländische Endkunde wird allerdings in den wenigsten Fällen bewusst den einen oder anderen Roaming-Partner auswählen. Aus diesem Grund bieten ausländische Mobilfunkanbieter ihren Endkunden oft eine bevorzugte Auswahl von Roaming-Partnern an, indem sie bei automatischer Einwahl in ein fremdes Netz einen präferierten Roaming-Partner vorauswählen.

269. Der Zusammenschluss zwischen France Télécom und Sunrise führt auch im Roaming-Markt zu einer höheren Marktkonzentration, welche die Koordination der Roaming-Angebote für ausländische Mobilfunkkunden zwischen den beiden im Markt verbleibenden beiden Anbietern erheblich reduziert.

270. Nach Angaben des BAKOM profitiert Swisscom beim internationalen Roaming dank ihrer besseren Marktstellung in der Schweiz und der damit verbundenen Verhandlungsmacht über bedeutend tiefere Vorleistungspreise als Orange und Sunrise. Ein Zusammenschluss von Orange und Sunrise könnte nach Einschätzung des BAKOM die fusionierte Unternehmung in die Lage versetzen, neue Roaming-Verträge mit günstigeren Grosshandelsstarifen für sich auszuhandeln.

271. Im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 11. März 2010 bringen die Zusammenschlussparteien weiterhin vor, dass sich kollusives Verhalten auf dem Roaming-Markt nicht in der Schweiz auswirke und daher die Wettbewerbskommission nicht berechtigt sei, der fusionierten Unternehmung diesbezügliche Auflagen oder Bedingungen aufzuerlegen. Die Roaming-Tarife werden allerdings ausländischen Kunden, welche sich in der Schweiz aufhalten und in der Schweiz telefonieren verrechnet. Vor diesem Hintergrund wirkt sich der Sachverhalt in der Schweiz aus, da die Dienstleistung der Netzbetreiber in der Schweiz erbracht wird und die Kosten für den ausländischen Endkunden damit in der Schweiz verursacht werden. Es ist hierbei unerheblich, ob die Rechnungsstellung allenfalls indirekt über den ausländischen Mobilfunkanbieter im Ausland erfolgt. Damit fällt die Untersuchung einer möglichen kollektiven Marktbeherrschenden Stellung im Roaming-Markt in den Zuständigkeitsbereich der Wettbewerbskommission.

#### **B.4.4.1.4. Zwischenergebnis**

272. Durch den Zusammenschluss von France Télécom und Sunrise verstärkt sich auf allen vorgängig betrachteten Märkten die Marktkonzentration. Insbesondere würden nach dem Zusammenschluss auf dem Endkundenmarkt, dem Netzzugangsmarkt und dem Roaming-Markt auf der Angebotsseite effektiv jeweils nur noch zwei Akteure auftreten. Swisscom verfügt im Endkundenmarkt mit einem Marktanteil von ca. 60 % über eine vergleichsweise grössere Marktmacht als die fusionierte Unternehmung, welche einen Marktanteil von ca. 40 % auf sich vereinen würde, während die sonst im Markt tätigen MVNO mit weniger als [0-10] % Marktanteil in 2008 und geschätzten [0-10] % in 2009 im Endkundenmarkt eine untergeordnete Rolle spielen würden.

273. Entgegen den Behauptungen der Zusammenschlussparteien wurde durch die Analyse der Verträge zwischen den Mobilfunkunternehmen einerseits und den Weiterverkäufern sowie MVNO andererseits der Nachweis erbracht, dass sie im Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen auf die Netzbetreiber einen vernachlässigbaren Einfluss haben und mit ihnen nicht wirksam in Konkurrenz treten können.

#### **B.4.4.2 Symmetrien**

274. In der Literatur wird Symmetrie als Faktor anerkannt, der kollusives Verhalten zwischen Marktteilnehmern begünstigt.<sup>106</sup> Je symmetrischer zwei Marktteilnehmer sind, desto weniger können sie sich über ihre Produkte und Dienstleistungen unterscheiden. Bei einer perfekten Symmetrie auf allen Ebenen ist das primär verbleibende Unterscheidungskriterium der Preis. Die einzige Möglichkeit, in einem solchen Fall eine gegenseitige Preisunterbietung zu vermeiden, besteht in der (impliziten oder expliziten) Kollusion.

275. Symmetrie kann verschiedene Dimensionen betreffen,<sup>107</sup> so etwa Kosten- und Interessensymmetrie, Marktanteile, Anzahl Varietäten im Produktportfolio oder technologisches Knowhow. Die Wichtigkeit solcher Dimensionen ist in verschiedenen Industrien unterschiedlich.

276. In der Meldung wird vor allem auf mögliche Symmetrien bei den von den Wettbewerbern verfolgten Zielen (Interessensymmetrie), bei Produkten und Dienstleistungen (Produktsymmetrie) oder bei der Kostenstruktur (Kostensymmetrie) eingegangen. Es wird insbesondere hervorgehoben, dass sich Swisscom als ehemalige Monopolistin und unangefochtene Marktführerin im Hinblick auf ihre Interessen von der fusionierten Unternehmung unterscheiden würde. Es sei zu erwarten, dass Swisscom damit beschäftigt sein würde, ihre Marktdominanz zu erhalten, während die fusionierte Unternehmung neue Strategien zur Kundengewinnung plane. Zudem wird angefügt, dass Swisscom nur auf den schweizerischen Markt fokussiert sei, während Orange und Sunrise zu europäischen Telekommunikationsunternehmen gehören. Diese Interessensunterschiede könnten sogar zu einer Verstärkung des Wettbewerbs führen. Des Weiteren wird geltend gemacht, die Preisgestaltung sowie die Netzabdeckung von Sunrise und Orange seien trotz der relativ homogenen angebotenen Mobilfunkdienstleistungen im Vergleich zur Swisscom signifikant verschieden. Dies führe daher zu einer tiefen Produktsymmetrie. Im Hinblick auf die Kostenstrukturen und die Profitabilitätsraten von Swisscom und der fusionierten Unternehmung seien zudem grosse Unterschiede festzustellen, da Swisscom über eine bedeutend stärkere Auslastung verfüge und im Bezug auf die UMTS-Abdeckung und weitere Technologien über einen bedeutenden Vorteil verfüge. Zudem sei Swisscom finanziell viel stärker als Orange und Sunrise, so dass gerade die fusionierte Unternehmung einen höheren Anreiz hätte, den Wettbewerb aufrechtzuerhalten und die Position von Swisscom anzugreifen.

<sup>106</sup> KÜHN KAI-UWE, a.a.O., S. 117 und 128; MOTTA MASSIMO, a.a.O., S. 147.

<sup>107</sup> MOTTA MASSIMO, a.a.O., S. 147 f.



277. Die Zusammenschlussparteien machen in ihren Stellungnahmen geltend, dass der schweizerische Mobilfunkmarkt durch erhebliche Asymmetrien zu Lasten von Orange und Sunrise gekennzeichnet sei und dass diese Asymmetrien auch nach Vollzug des Zusammenschlusses weiter bestehen würden. Insbesondere bilde das jahrelang geradezu feindselige Verhältnis zu Swisscom, welches sich in den vielen gegen Swisscom angestregten Verfahren zeige, alles andere als einen Nährboden für gegenwärtiges oder künftiges kollusives Verhalten. Im Parteigutachten von swiss economics wird demgegenüber geltend gemacht, dass die primäre Auswirkung der steigenden Kostensymmetrie und technologischen Symmetrie durch den Zusammenschluss eine Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit (Effizienzgewinn und Qualitätssteigerung) von Orange/Sunrise mit entsprechenden Chancen für die Konkurrenzsituation sei [...]. Da Sunrise im vergangenen Jahr Marktanteile hinzugewinnen konnte, ist zum derzeitigen Zeitpunkt nicht ersichtlich, warum Sunrise nicht auch in Zukunft im Markt bestehen können.

278. Nachfolgend werden einzelne Symmetrien detailliert untersucht und gewürdigt. Zwar wurden zwischen Swisscom und den Zusammenschlussparteien in der Vergangenheit bereits mehrere Verfahren ausgetragen. Hieraus allerdings die Schlussfolgerungen zu ziehen, die Parteien würden sich auf allen Ebenen feindselig gegenüber stehen, wodurch kollusives Verhalten verunmöglicht würde, ist nicht zulässig.

279. Nach Meinung der Zusammenschlussparteien sprächen Symmetrien höchstens dann für kollusives Verhalten, wenn die betreffenden Unternehmen in jeglicher Hinsicht symmetrisch seien, was im vorliegend zu beurteilenden Zusammenschluss nicht der Fall sei.

280. Auch Symmetrien dürfen nicht isoliert betrachtet werden, sondern müssen in einem Gesamtzusammenhang gesehen werden (vgl. Rz. 226). So wird in der ökonomischen Literatur Symmetrie als begünstigender Faktor für Kollusion angesehen, der in einen Gesamtzusammenhang gebracht werden muss.<sup>108</sup> Daher ist es unzulässig, nur dann auf kollusives Verhalten zu schliessen, wenn die betreffenden Unternehmen in jeglicher Hinsicht symmetrisch sind.

281. In ihrer Praxis betrachtet die WEKO die Symmetrieverhältnisse für jeden relevanten Markt einzeln.<sup>109</sup> Im vorliegenden Fall können allerdings Kostensymmetrie und technologische Symmetrie gesamthaft betrachtet werden, da diese für alle betroffenen Märkte identisch sind. Bei der Betrachtung der Produktsymmetrie und der Interessensymmetrie drängt sich hingegen eine Einzelmarkt Betrachtung auf.

#### **B.4.4.2.1. Kostensymmetrie**

282. In ihrer Stellungnahme erklären die Zusammenschlussparteien, dass das erklärte Ziel des Zusammenschlusses die Effizienzsteigerung gegenüber Swisscom sei. Selbst wenn sich auf den betroffenen Märkten symmetrischere Bedingungen ergeben sollten, sei es trotzdem unwahrscheinlich, dass ein solch rein formaler Umstand die gesicherten Wohlfahrtsvorteile aus den Effizienzsteigerungen zu überwiegen vermag. Sie führen weiterhin an, dass es abwegig wäre, der fusionierten

Unternehmung eine Verbesserung ihrer Wettbewerbsposition vorzuhalten, mit dem Argument, ihre Verbesserung der Kostenstruktur sei wettbewerbsrechtlich bedenklich, weil sie zu höheren Symmetrien führe. So eine Schlussfolgerung wird vorliegend nicht derart gezogen. Dennoch ist nicht von der Hand zu weisen, dass im vorliegenden Fall eine Verbesserung der Kostenstruktur zu einer Verstärkung der Kostensymmetrie führt. Die Zusammenschlussparteien machen zudem geltend, der Zusammenschluss würde während der nächsten drei Jahre immense Kosten verursachen und Zeit in Anspruch nehmen, welche Swisscom für weitere Investitionen ins Netz (z.B. LTE-Standard) nutzen könne. Daher könne von Kostensymmetrie keine Rede sein. Die Zusammenschlussparteien schätzen, dass auch nach der Konsolidierung die Kosten ihres Netzwerks noch [...] % des Netzwerks von Swisscom betragen werden. Zudem bewerten die Zusammenschlussparteien die Verbesserung der Kostenstruktur, welche zu einer leicht erhöhten Symmetrie führe, als nur positiv für den Wettbewerb.

283. An anderer Stelle führen die Zusammenschlussparteien aus, dass grössere Symmetrien (z.B. in Bezug auf Kosten aber auch im Bezug auf Netzqualität) auch dazu führen, dass mehr Wettbewerb entsteht, weil die fusionierte Unternehmung endlich in der Lage sein wird, auf ähnlichem Level mit Swisscom zu konkurrieren. Damit räumen die Zusammenschlussparteien ein, dass der Zusammenschluss die Kostensymmetrien zwischen Swisscom und dem fusionierten Unternehmen vergrössert. Zudem führen die Zusammenschlussparteien an, dass die Verbesserung der Kostenstruktur eines der zentralen Elemente sei, um die Wettbewerbsposition der fusionierten Unternehmung nachhaltig zu verbessern.

284. [...]. Vor diesem Hintergrund bestünde für die Netzbetreiber bereits heute die Möglichkeit, stärker mit Swisscom in Konkurrenz zu treten. Die Zusammenschlussparteien merken hierzu an, dass Lycamobile zahlreiche Aspekte der Wertschöpfungskette selber übernehmen würde und daher die Kosten von Orange tiefer seien als bei ihren eigenen Mobilfunkangeboten. [...].

285. In Bezug auf die Kosten führen die Zusammenschlussparteien an, dass der Netzwerkbereich der fusionierten Unternehmung und Swisscom auch nach dem Zusammenschluss höchst asymmetrisch bleiben würde. Auch würde der Netzzusammenschluss für die fusionierte Unternehmung während der nächsten zwei Jahre immense Kosten zur Folge haben.

286. Zum jetzigen Zeitpunkt kann Swisscom aufgrund einer bedeutend höheren Netzauslastung als Orange und Sunrise in einem grösseren Masse Skalenerträge nutzen. Im Rahmen einer Simulationsrechnung hat das BAKOM die Kosteneinsparungen im GSM-Netz durch

<sup>108</sup> MOTTA MASSIMO, a.a.O., S. 147.

<sup>109</sup> Heineken/Eichhof, RPW 2008/3, S. 453, Rz. 276.

die Zusammenlegung der Netze geschätzt. In der Simulationsrechnung wurden für Swisscom mit einem Marktanteil von 60 % jährliche Gesamtkosten für den Netzbetrieb von [...] berechnet. Bei einem Marktanteil von je-

weils 20 % wurden für Sunrise jährliche Kosten von [...] und für Orange jährliche Kosten von [...] berechnet (vgl. Tabelle 30).

Tabelle 30: Kostenvergleich vor der Fusion basierend auf Simulationsrechnung BAKOM

	Swisscom (Primary 900 MHz, secondary 1800 MHz)	Sunrise (Primary 900 MHz, secondary 1800 MHz)	Orange (Primary 1800 MHz, secondary 900 MHz)
Jährliche Netzbetriebskosten	[...]	[...]	[...]
Jährlich Netzbetriebskosten pro 1 % Marktanteil	[...]	[...]	[...]
Vergleich der Kosten in Prozenten	[100-200]%	[100-200]%	[200-300]%

287. Durch einen Zusammenschluss könnte die fusionierte Unternehmung von Skalenerträgen in einem bedeutenden Umfang profitieren, wodurch sich die Kostenstrukturen von Swisscom und der fusionierten Unternehmung annähern würden, so dass aufgrund der neuen Aufteilung des gesamten Mobilfunkmarktes (ca. im Verhältnis 60 % zu 40 %, bisher 60 % zu 20 % und 20 %) die bisher vorhandenen Skaleneffekte zu Gunsten von Swisscom eine weniger bedeutende Rolle spielen

würden. Im Rahmen des Simulationsmodells hat das BAKOM zwei Modellrechnungen durchgeführt. Würde die fusionierte Unternehmung das Netz von Sunrise als Primärnetz nutzen, so würden bei einem Marktanteil von 40 % Kosten für das GSM-Netz in Höhe von jährlich [...] anfallen. Mit dem Netz von Orange als Primärnetz würden für das GSM-Netz Kosten in Höhe von jährlich [...] anfallen (vgl. Tabelle 31).

Tabelle 31: Kostenvergleich nach der Fusion basierend auf Simulationsrechnung BAKOM

	Swisscom	Fusioniertes Unternehmen (Netz Sunrise; Primary 900 MHz, secondary 1800 MHz)	Fusioniertes Unternehmen (Netz Orange; Primary 1800 MHz, secondary 900 MHz)
Jährliche Netzbetriebskosten	[...]	[...]	[...]
Jährlich Netzbetriebskosten pro 1 % Marktanteil	[...]	[...]	[...]
Vergleich der Kosten pro 1% Marktanteil in Prozenten	[100-200]%	[100-200]%	[100-200]%

288. Wie die Simulationsrechnung der Netzbetriebskosten des GSM-Netzes für das Jahr 2007 zeigt, würde eine bedeutend stärkere Kostensymmetrie zwischen der fusionierten Unternehmung und Swisscom entstehen. Bei der Primärnutzung des 900 MHz Frequenzspektrums sind aufgrund der Simulationsrechnung annähernd symmetrische Kostenstrukturen zu erwarten. Im Hinblick auf die Entwicklung der Kostensymmetrie im UMTS-Bereich sind ähnliche Entwicklungen zu erwarten.

289. Ob die hierdurch von der fusionierten Unternehmung erzielten Kosteneinsparungen allerdings dazu genutzt würden, die Position von Swisscom anzugreifen oder ob hierdurch kollusives Verhalten wahrscheinlicher wird, hängt massgeblich von der aufgrund des möglichen Wettbewerbs zu erwartenden Verschiebung der Marktanteile ab. Die Zusammenschlussparteien bringen hervor, dass die Verbesserung der Kostenstruktur eines der zentralen Elemente sei, um die Wettbewerbsposition der fusionierten Unternehmung nachhaltig zu verbessern. [...].

#### B.4.4.2.2. Technologische Symmetrie

290. Die Mobilfunknetze der drei Akteure im schweizerischen Markt basieren auf der gleichen Technologie (GSM 900/1800 und UMTS). Während Orange mehrheitlich 1800-Frequenzen besitzt, verfügt Sunrise vor allem über 900-Frequenzen. Durch den Zusammenschluss fällt hier ein leichter Nachteil von Orange (aufgrund der grösseren Anzahl an benötigten Antennen), welcher heute vor allem gegenüber Sunrise und Swisscom besteht und sich auch in den Kostenstrukturen bemerkbar macht, weg. Swisscom benutzt beide Frequenzen, womit durch den Zusammenschluss die technologische Symmetrie bei den Netzwerken vergrössert würde und die Netzwerke der beiden im Markt verbleibenden Netzbetreiber als annähernd äquivalent angesehen werden können. Die zusammengeschlossene Unternehmung würde zwar anfänglich über mehr Antennenstandorte verfügen als Swisscom, was zu Überkapazitäten bzw. einer mangelnden Auslastung führen könnte. Es ist allerdings davon auszugehen, dass diese in relativ kurzer Zeit abgebaut werden, so dass sich die beiden im Markt verbleibenden Netzbetreiber auch im Hinblick auf die Antennenstandorte weiter annähern würden. Auch bei Swisscom ist die Grundauslastung der Antennen nicht sonderlich hoch und es werden insbesondere für Peaks grosszügige Reserven einberechnet, so dass nach der Fusion auch in technologischer Hinsicht kaum mehr von Asymmetrie ausgegangen werden kann.

291. Die Zusammenschlussparteien führen aus, dass es für die fusionierte Unternehmung zentral sei, genügend finanzielle Mittel zur Verfügung zu haben, um nachzurüsten sowie um die regelmässig anfallenden Investitionen in neue Technologien tragen zu können. Ohne den Zusammenschluss würde Swisscom den beiden kleineren Mobilfunkanbietern endgültig davonziehen.

292. Den Zusammenschlussparteien ist dahingehend zuzustimmen, dass die Umstrukturierung der Netze und die Einführung von LTE Investitionen erfordern. Dennoch können auch bei der Netzzusammenlegung und dem Aufbau von LTE Synergien erzielt werden. Es ist sehr wahrscheinlich, dass die fusionierte Unternehmung die Investitionen in die LTE-Technologie vornehmen würde. Zudem machen die Zusammenschlussparteien geltend, dass es noch einige Jahre dauern wird, bis die fusionierte Unternehmung über ein mit Swisscom technologisch vergleichbares Mobilfunknetz verfügt. Unbestritten sei damit, dass die technologische Symmetrie der fusionierten Unternehmung im Vergleich mit Swisscom durch den Zusammenschluss zunehmen werde, da dies ja gerade das Ziel des Zusammenschlusses sei. Da allerdings wie nachfolgend noch gezeigt wird, die Ankündigung, mit Swisscom in starke Konkurrenz treten zu wollen aus Gründen ökonomischer Rationalität nicht realistisch erscheint (vgl. insbesondere Rz. 396), begünstigt eine grössere technologische Symmetrie tendenziell kollusives Verhalten. Im Rahmen der Anhörung vom 8. März 2010 führte der CEO von Swisscom – Carsten Schloter – zudem aus, dass seiner Meinung nach aus Perspektive der Endkunden die Anbieter [gemeint sind die Netzbetreiber] austauschbarer geworden seien und hinter allen nun leistungsfähigere Netze stehen würden.

293. Weiterhin führen die Zusammenschlussparteien an, dass der technische Wettbewerb im Telekommunikationsmarkt neben den Netzwerken eng mit den Endgeräten und Diensten der Fernmeldedienstleister zusammenhänge. Es wird angeführt, dass ein Anbieter, welcher lange Zeit zu wenig in die technische Entwicklung investiert habe, plötzlich von neuen Wettbewerbern überholt werde. Durch den Zusammenschluss solle den beteiligten Unternehmen dieses Schicksal erspart bleiben. Hierbei muss allerdings berücksichtigt werden, dass sich der Markt für mobile Endgeräte von den Mobilfunkmärkten sehr stark unterscheidet. Daher sind auch pauschale Vergleiche der Marktstrukturen grundsätzlich nicht möglich. Vor diesem Hintergrund ist dieses Vorbringen der Zusammenschlussparteien abzulehnen.

#### B.4.4.2.3. Produktsymmetrie

294. Auf dem Endkundenmarkt bieten alle Mobilfunkanbieter mehr oder weniger die gleichen Dienstleistungen (Voice, SMS, MMS, Voice-Mail, etc.) und vergleichbare Endgeräte an. Wie die Zusammenschlussparteien zutreffend feststellen, werden diese Basisdienstleistungen immer in Bündeln angeboten (Voice, SMS/MMS und meist noch mobiles Internet). Alleine durch die Bündelung der Basisdienstleistungen entstehen dadurch aber noch keine neuen eigenständigen Produkte, sondern immer nur neue Zusammenstellungen der Menge dieser Basisdienstleistungen zu einem anderen Preis. Da die Basisdienstleistungen auch nur eigenständig konsumiert werden können (es ist nicht möglich Voice-Telefonie und SMS so zu kombinieren, dass hieraus eine neue Dienstleistung entstehen würde), entsteht durch die Kombination auch kein neues Produkt. Vor diesem Hintergrund sind die von den Zusammenschlussparteien bezeichneten „Produkte“ nichts anders als eine andere Preisgestaltung dieser Bündel von Basisdienstleistungen. Hinsichtlich der Angebote zeichnen sich die Anbieter zudem durch eine ähnliche Kundensegmentierung aufgrund ihrer Zahlungsbereitschaft aus. Was die monatlichen Grundgebühren anbelangt, so werden von den drei Netzbetreibern gestaffelte Abonnemente in vergleichbaren Grössenordnungen angeboten. Zwar sind diese Angebote im Detail betrachtet in der Ausgestaltung je nach Anbieter unterschiedlich (Anzahl Freiminuten / gratis SMS, etc.), zielen aber grundsätzlich auf die jeweils gleichen Kundengruppen ab, so dass zwischen den derzeitigen Angeboten der Netzbetreiber (was die reinen Mobilfunkabonnemente anbelangt) bereits heute eine grosse Produktsymmetrie vorliegt. So unterscheiden sich die Preise in der Ausgestaltung zwar, allerdings sind die Preisniveaus vergleichbar, wie dies das BAKOM im Rahmen ihrer Studien regelmässig zeigt.<sup>110</sup> Die Zusammenschlussparteien merken an, dass die Produkte und Preise der Mobilfunkanbieter nicht vergleichbar seien. Zudem sei auch der BAKOM Preisvergleich deshalb unvollständig, nicht repräsentativ sowie rudimentär und entspreche nicht der Realität, weil alle Angebote, welche nicht alleine auf einem Preis/Minute-Verhältnis beruhen,

<sup>110</sup> Vgl. Analyse der Preise durch das BAKOM, abrufbar unter: [www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00545/00722/00910/](http://www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00545/00722/00910/) (zuletzt besucht am 12. Februar 2010).

ausser Acht gelassen würden. Zudem seien bei Flat-Angeboten Preisvergleiche aufgrund der unbekanntenen Variable "telefonierte Minuten" nicht möglich. Im Markt bestehen zahlreiche Anwendungen zum Vergleich von Mobilfunktarifen, so beispielsweise der vom BAKOM verwendete Teligen-Basket. Auch im Bereich "telefonierte Minuten" haben die Mobilfunkbetreiber Erfahrungswerte im Hinblick auf die durchschnittliche Dauer eines Telefonanrufs. Vor diesem Hintergrund sind die tatsächlichen Preisniveaus für Mobilfunknetzbetreiber erkennbar und damit transparent. Entgegen der Vorbringung der Zusammenschlusspartei, ändert hieran auch die Subventionierung der Endgeräte nichts, da den Mobilfunknetzbetreibern die Einstandspreise bekannt sind.

295. Zu erwähnen sind auch Bündelangebote, bei denen Mobilfunk, Breitbandinternet und Festnetz zu einem Kombipreis angeboten werden (Triple Play). [...]. Der Zusammenschluss führt dazu, dass auch Orange-Kunden von solchen Bündelangeboten vermehrt profitieren könnten und so eine noch grössere Produktsymmetrie bei den nach erfolgtem Zusammenschluss verbleibenden Netzbetreibern entstehen würde.

296. Sowohl im Netzzugangsmarkt als auch im Roaming-Markt stellt die Nutzung des Mobilfunknetzwerkes der einzelnen Anbieter das einzige angebotene Produkt dar. Aus diesem Grund besteht hier bereits heute eine sehr grosse Produktsymmetrie. Zwar weisen – wie dies die Zusammenschlussparteien auch vorbringen – die Netze von Swisscom, Sunrise und Orange Unterschiede in der Qualität der Abdeckung auf, welche aber im Rahmen der Fusion und der damit einhergehenden Netzoptimierung der fusionierten Unternehmung weitgehend wegfallen werden. Vor diesem Hintergrund ist ebenfalls auf dem Netzzugangsmarkt und dem Roaming-Markt von einer grösseren Produktsymmetrie auszugehen.

297. Wenn die Zusammenschlussparteien vorbringen, eine Produktsymmetrie würde voraussetzen, dass die Produkte und Preise der Mobilfunkanbieter vergleichbar seien und dass dies vorliegend nicht der Fall sei, da die Anbieter über eine Vielzahl von Angeboten und Preisplänen verfügten, die voneinander abweichen, vernachlässigen sie die Tatsache, dass im Bereich der Mobilfunkdienstleistungen (Voice, SMS, mobiles Internet) jeder Preisplan letztendlich nichts anderes ist, als ein unterschiedlicher Preis für diese drei Basisprodukte. Inwiefern also unterschiedliche Preispläne für Mobilfunkdienstleistungen zu unterschiedlichen Produkten führen sollen, ist nicht ersichtlich. Hieran ändert auch die Tatsache nichts, dass die Mobilfunkanbieter die Endgeräte bei verschiedenen Angeboten unterschiedlich subventionieren, was nach Meinung der Zusammenschlussparteien gegen eine Produktsymmetrie sprechen würde, die wiederum koordiniertes Verhalten erleichtern würde.

298. Weiterhin fügen die Zusammenschlussparteien an, dass weitere Faktoren für die Produktqualität massgebend seien, so etwa Netzabdeckung, Qualität der Kundenberater, Gesprächsqualität, usw. und dass die Anzahl dieser verschiedenen Serviceelemente in ihrer Gesamtheit das Produkt ausmachen würden. Da der geplante Zusammenschluss aber gerade darauf abzielt, Netzabdeckung, Qualität der Kundenberater, Ge-

sprächsqualität, usw. zu verbessern, bestätigen die Zusammenschlussparteien damit vielmehr, dass sich hierdurch die Produktsymmetrie zwischen der fusionierten Unternehmung und Swisscom weiter verstärkt.

#### **B.4.4.2.4. Interessensymmetrie**

299. Alle drei Mobilfunknetzbetreiber sind Kapitalgesellschaften und zeichnen sich daher grundsätzlich in der Gewinnmaximierung als vorrangig zu erreichendes Ziel aus. Vor diesem Hintergrund ist das Interesse der im Markt agierenden Mobilfunknetzbetreiber in erster Linie symmetrisch. Dies kann dennoch dazu führen, dass die jeweiligen Marktteilnehmer auf den einzelnen Märkten unterschiedliche Strategien anwenden. Entgegen der Ansicht der Zusammenschlussparteien behauptet die WEKO nicht, dass das vorrangige Ziel einer Kapitalgesellschaft, welches in der Gewinnmaximierung besteht, per se eine Interessenssymmetrie impliziere. Wenn allerdings Kollusion die gewinnmaximierende Strategie ist, muss davon ausgegangen werden, dass die potenziell daran beteiligten Unternehmen eine solche Strategie wählen werden.

#### *Endkundenmarkt*

300. Ob im Endkundenmarkt nach dem Zusammenschluss von Sunrise und Orange zwischen der fusionierten Unternehmung und Swisscom eher konkurrierendes oder kolludierendes Verhalten zu erwarten ist, hängt massgeblich von der Einschätzung ab, ob Verschiebungen der Marktverhältnisse wahrscheinlich sind, da die Mindereinnahmen durch das Absenken der Mobilfunkpreise durch ein höheres Kundenaufkommen und den damit verbundenen höheren Umsatz kompensiert werden müssen (vgl. Rz. 231). Da der Endkundenmarkt im Abonnementsbereich aufgrund der hohen Wechselkosten und der vergleichsweise geringen Wechselbereitschaft träge auf Preisänderungen reagiert, können durch Preisunterbietungen im Mobilfunkmarkt kaum bzw. nur über einen längeren Zeitraum Marktanteile hinzugewonnen werden.<sup>111</sup> Auch die in den letzten Jahren recht stabilen Marktverhältnisse innerhalb des Mobilfunkmarktes legen den Schluss nahe, dass es nach dem Zusammenschluss kaum zu grösseren Marktverschiebungen zwischen der fusionierten Unternehmung und Swisscom kommen würde. Vielmehr würde der noch bestehende Wettbewerb zwischen Sunrise und Orange wegfallen. Gerade aus diesen Gründen würden Preissenkungen lediglich die Margen des jeweiligen Netzbetreibers verringern, ohne dass dieser hierbei mit einem Zugewinn an Neukunden rechnen könnte (vgl. hierzu auch Rz. 385). Daher sind unabhängig von der Kostenentwicklung grössere Preissenkungen kaum zu erwarten.

301. Hierzu bringen die Zusammenschlussparteien vor, dass Mindereinnahmen auch durch tiefere Kosten kompensiert werden können und daher das oben genannte Argument nicht nachvollziehbar sei. Das Vorbringen, dass Mindereinnahmen durch verhältnismässig tiefere Kosten kompensiert werden können, wird nicht bestritten. Dennoch kann alleine aufgrund tieferer Kosten nicht

<sup>111</sup> Vgl. Studie betreffend die Nutzung von Mobilfunkdiensten vom September 2007, abrufbar unter: [www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00545/00722/00906/](http://www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00545/00722/00906/) (zuletzt besucht am 12. Februar 2010).

automatisch darauf geschlossen werden, dass ein Unternehmen diese durch Kostensenkungen an den Endkunden weitergibt, wie dies die Zusammenschlussparteien vorbringen. Weiterhin machen die Zusammenschlussparteien geltend, dass Netzbetreiber vor dem Dilemma stünden, auf der einen Seite Kosteneinsparungen an die Kunden weitergeben und auf der anderen Seite damit Investitionen tätigen zu müssen. Da eine reine Weitergabe an die Kunden den Marktanteil der fusionierten Unternehmung nicht merklich erhöhen würde, gehen die Zusammenschlussparteien davon aus, dass wohl vor allem das Investieren in Infrastruktur, Service etc. zur Steigerung der Qualität den Wettbewerb gegenüber Swisscom intensivieren würde. Zudem habe Sunrise dank ihrer Investitionen, der Multibrandstrategie und den Bündelangeboten in den letzten Jahren Marktanteile, Umsatz und Gewinn steigern können. Es sei daher nicht einsichtig, weshalb sich die fusionierte Unternehmung nicht auch so verhalten sollte. Sunrise hat aber gerade mit den Bündelangeboten eine Tiefpreisstrategie verfolgt. Eine solche Strategie hätte Orange in der Vergangenheit auch verfolgen können. Es ist daher nicht ersichtlich, weshalb das Ausscheiden des aktivsten Konkurrenten im Markt den Wettbewerb verbessern sollte.

302. Die Zusammenschlussparteien behaupten, dass in der Argumentation der WEKO ein Widerspruch vorliege, indem der Wettbewerb im Endkundenmarkt nur über den Preis erfolgen könne, ein solcher allerdings aufgrund der trägen Marktreaktion auf Preisänderungen nicht erfolgreich sein könne. Dazu wird wie folgt Stellung genommen: Im Endkundenmarkt bestehen besondere Wettbewerbsverhältnisse. Da im Endkundenmarkt sehr ähnliche Basisprodukte (mobile Telefonie, SMS/MMS und mobiles Internet) angeboten werden, kann der Wettbewerb nicht über die Ausgestaltung der Produkte, sondern muss grundsätzlich über den Preis erfolgen (vgl. hierzu auch Ausführungen zum Bertrand-Preis-Oligopol in Rz. 231). Unter Berücksichtigung der tatsächlichen Marktverhältnisse kann allerdings festgestellt werden, dass im Endkundenmarkt im Abonnementsbereich die Wechselbereitschaft aufgrund der hohen Wechselkosten gering ist. Deshalb reagiert der Endkundenmarkt träge auf Preisänderungen. Dass der Markt nur träge auf Preisänderungen im Abonnementsbereich reagieren kann, bestätigen die Zusammenschlussparteien, wenn sie ausführen, dass Abonnementsverträge in der Regel auf 12 oder 24 Monate abgeschlossen werden und der Kunde erst nach dieser Frist wieder frei sei, das für ihn beste Angebot im Markt auszusuchen. Daher ist man auf dem Endkundenmarkt mit folgender Situation konfrontiert: 1. Wettbewerb um Marktanteile erfolgt vorwiegend über den Preis. 2. Aufgrund der speziellen Marktkonstellation im Endkundenmarkt ist aber gerade ein effektiver Preiswettbewerb nicht bzw. nur auf lange Frist möglich. Aus diesem Grund würde eine Preissenkung eines der Anbieter zuerst einmal gerade nicht zu einer Erhöhung der Marktanteile sondern ausschliesslich zu einer Reduktion der Gewinnmargen führen (vgl. hierzu auch Rz. 385). Daher ist davon auszugehen, dass sich Netzbetreiber kollusiv verhalten werden. Im EU-Durchschnitt sind in den letzten Jahren die Mobilfunktarife im Endkundenmarkt stetig gefallen. Diesem allgemeinen Trend konnten sich die in der Schweiz tätigen Mobilfunkanbieter

teilweise entziehen, so dass das Mobilfunktelefonieren für den Endkunden in der Schweiz grundsätzlich teurer ist als in der Europäischen Union.<sup>112</sup> In der Vergangenheit haben allerdings Preissenkungen keine nennenswerten Marktverschiebungen bewirkt (vgl. Abbildung 2).

Abbildung 2: Entwicklung Marktanteile von Sunrise, Swisscom und Orange, berechnet auf Basis der Netzauslastung (Summe aus On-Net und terminierten Minuten).

[...]

Vor diesem Hintergrund würde Konkurrenz zwischen den Netzbetreibern lediglich dazu führen, dass ihre Margen geringer würden, ohne dass es ihnen möglich wäre, Marktanteile hinzuzugewinnen. Da die Mobilfunkbetreiber ein Interesse daran haben, ihre Gewinnmargen auf dem Endkundenmarkt so lange wie möglich hoch zu halten, ist daher zu erwarten, dass sie versuchen werden Preissenkungen so lange wie möglich hinauszuzögern. Entgegen den Ausführungen der Zusammenschlussparteien ist aufgrund der speziellen Marktverhältnisse davon auszugehen, dass die Marktteilnehmer dies durch (explizites oder implizites) kollusives Verhalten am besten erreichen können.

#### *Netzzugangsmarkt*

303. Im Netzzugangsmarkt ist damit zu rechnen, dass Swisscom und die fusionierten Unternehmung unterschiedliche Strategien wählen werden. Bereits heute hat Swisscom nur einen Drittanbieter (Migros) als Weiterverkäufer zugelassen, wobei dieser Mobilienleistungen unter seiner eigenen Marke verkauft. Die übrigen im Markt tätigen Weiterverkäufer und MVNO nutzen heute die Netze von Sunrise und Orange. Durch den Zusammenschluss würde die fusionierte Unternehmung oder Mehrzahl der Weiterverkäufer und MVNO den Netzzugang gewähren.

304. Insgesamt machen die Zusammenschlussparteien geltend, dass gerade durch die verbesserte Kostenstruktur (erhöhte Kostensymmetrie) die fusionierte Unternehmung die Möglichkeit haben wird, Angebote zu lancieren, um ihren bestehenden Kundenstamm zu halten und weitere Kunden hinzuzugewinnen, und es für die Zusammenschlussparteien nicht ersichtlich sei, wie sich Swisscom und die fusionierte Unternehmung diesbezüglich kollusiv verhalten könnten. Aufgrund der trägen Marktverhältnisse und der Möglichkeit, dass Swisscom die Preise der fusionierten Unternehmung jederzeit unterbieten kann, ist konkurrierendes Verhalten nach dem Zusammenschluss allerdings sehr unwahrscheinlich (vgl. Rz. 356).

#### **B.4.4.2.5. Schlussfolgerung**

305. Durch den Zusammenschluss würde sich die technologische Symmetrie und die Kostensymmetrie der beiden im Markt verbleibenden Unternehmen deutlich

<sup>112</sup> Vgl. "Der Schweizer Fernmeldemarkt im internationalen Vergleich: Um die Schweiz erweiterter Auszug aus dem 14. Implementierungsbericht der Europäischen Union" (BAKOM 2009), S. 6, abrufbar unter: <http://www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00545/00722/00887/index.html?lang=de> (zuletzt besucht am 22. Februar 2010).

erhöhen. In der wissenschaftlichen Literatur wird eine verstärkte Symmetrie als Indiz angesehen, welches tendenziell kollusives Verhalten begünstigt, was zu einer Einschränkung oder Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs führen kann.<sup>113</sup>

#### B.4.4.3 Marktwachstum und Innovationen

306. Die Entwicklung des Marktvolumens über die Zeit beeinflusst die Möglichkeit für eine allfällige kollektive Marktbeherrschung.<sup>114</sup> Je stabiler die Nachfrage ist, desto höher ist die Beobachtbarkeit des Kundenverhaltens und damit die Voraussagbarkeit im Markt. In einem sich dynamisch entwickelnden Markt mit häufigen Nachfrageschocks oder grossen Unsicherheiten (z.B. durch grundlegende Innovationen im Markt) kann es aufgrund verschiedener Faktoren zu grösseren Marktanteilsverschiebungen kommen. Vor einem solchen Hintergrund ist es grundsätzlich schwieriger eine kollektive Marktbeherrschung aufzubauen, bzw. aufrecht zu erhalten. Im Gegensatz hierzu sind in gesättigten Märkten Verschiebungen hauptsächlich auf konkurrierendes Verhalten zurückzuführen.

307. In der Meldung wird geltend gemacht, dass im Endkundenmarkt sowohl etablierte Marktteilnehmer als auch Newcomer zu ständiger Innovation gezwungen werden. Hierbei werden vor allem Innovationen in der Preisgestaltung und der Ausgestaltung der Angebote (z.B. Bundling) angeführt. So wird auch in der Meldung angemerkt, dass im relevanten Markt ein Wettbewerb bestehe, der über die blossе Preisfestsetzung hinausgehe, was aus den für die Wahl und den Wechsel von Providern relevanten Kriterien ersichtlich sei. Als wichtigstes Kriterium wird die Netzabdeckung, gefolgt vom Preis, der Servicequalität, der Attraktivität der Mobiltelefone (verbunden mit dem Service) und die zusätzlich offerierten Dienstleistungen genannt. Die in der Meldung bezeichneten Innovationen beziehen sich damit einzig auf das Verhältnis zwischen [...] und [...] und nicht auf [...], welche zu grösseren Marktverschiebungen führen könnten und hierdurch kollusives Verhalten erschweren oder sogar verunmöglichen würden. Da der Wettbewerb aber (wenn überhaupt) über die Preisgestaltung und Produktbündelung von bestehenden Grunddienstleistungen (Voice-Telefonie, SMS, MMS, mobile Datenübertragung, Kombination mit Festnetz und ADSL-Internet, etc.) erfolgt, besteht gerade ein erhöhter Anreiz zu kollusivem Verhalten, welcher durch den Wegfall eines Netzbetreibers verstärkt wird.

308. In der Stellungnahme führen die Zusammenschlussparteien weiterhin aus, dass es ein erklärtes strategisches Ziel sei, [...]. Wie bereits oben angeführt, sind dies allerdings keine Produktinnovationen im eigentlichen Sinn, sondern lediglich eine andere (möglicherweise innovative) Zusammenstellung von Basisprodukten zu einem anderen Preis.

309. Neue Technologien sind zwar immer wieder ein Thema (EDGE, HSDPA, iPhone, etc.), sie wirken sich in der Schweiz jedoch meist auf alle Anbieter gleichermaßen aus. Dass nur einer der drei Netzbetreiber der Schweiz eine neue, bahnbrechende Technologie entwickelt oder als einziger anbieten kann (z.B. durch eine entsprechende Lizenz), die es ihm erlaubt die Marktverhältnisse nachhaltig zu verschieben, ist unwahrscheinlich.

Innovationen im Mobilfunkbereich kommen meist von Drittunternehmen wie Herstellern von Endgeräten oder Sendeeinheiten (Nokia, Motorola, Apple, etc.) während die Mobilfunkanbieter und Netzbetreiber alle mehr oder weniger die gleichen Technologien und Endgeräte (Sendemasten, GSM, UMTS, EDGE, HSDPA, etc.) verwenden.

310. Ob und inwiefern die von Orange angeführte Innovation des Livebox-Angebots eine tatsächliche Produktinnovation darstellt, kann aufgrund der derzeit zur Verfügung stehenden Informationen nicht geprüft werden. Von einer solchen Beurteilung kann aber im vorliegenden Fall abgesehen werden, da nicht anzunehmen ist, dass dieses Angebot die Marktverhältnisse nachhaltig ändern wird.

311. Die Zusammenschlussparteien führen aus, [...]. Gerade dies verdeutlicht aber, dass durch die Fusion solche Unterschiede zwischen den einzelnen Netzbetreibern verringert werden und somit auch in Zukunft neue Technologien allen Netzbetreibern in derselben Weise zur Verfügung stehen.

312. Ebenfalls kaum denkbar ist eine Situation, in welcher z.B. in einem Forschungslabor von einem der drei Netzbetreiber Technologien oder Produkte entwickelt werden, welche zu einer signifikanten Verbesserung der Marktposition oder Kostenstruktur führen würde (wie dies beispielsweise im Pharmabereich der Fall sein könnte). Daher ist im Endkundenmarkt von stabilen Marktverhältnissen auszugehen.

313. Lediglich im Rahmen der Einführung von LTE könnte einer der Netzbetreiber einen First-Mover-Advantage im Bereich Datentransfer und mobilem Internet erzielen, wenn er die neue Technologie als Erster einführt und die anderen Mobilfunkanbieter diese Technologie erst mit einer gewissen zeitlichen Verzögerung einführen können. Es ist allerdings zu erwarten, dass sich dieser Effekt weitgehend ausgleichen wird, sobald die anderen Netzbetreiber nachziehen. Die Einführung von LTE ist erst möglich, nachdem die entsprechenden Frequenzen erworben wurden. Diese kommen in der Schweiz voraussichtlich 2010/2011 zur Ausschreibung. Es ist allerdings aufgrund der Nachfrage nach mobilem Breitbandinternet zu erwarten, dass sämtliche Netzbetreiber, welche die entsprechenden Frequenzblöcke erwerben, zeitnah mit dem Aufbau eines LTE-Netzes beginnen werden, so dass auch hieraus keine Asymmetrien zu erwarten sind.

314. Weiterhin führen die Zusammenschlussparteien an, dass die fusionierte Unternehmung durch [...] in der Zukunft mit Swisscom und Cablecom im Bereich [...] konkurrieren werden könne. Es ist aber nicht ersichtlich wie diese Innovation eine verstärkte Konkurrenz auf den Mobilfunkmärkten bewirken soll. Es ist auch bei den weiteren, von den Zusammenschlussparteien angeführten, Innovationen nicht ersichtlich, wie diese die Marktverhältnisse nachhaltig verändern sollten.

<sup>113</sup> MOTTA MASSIMO, a.a.O., S. 146 f.

<sup>114</sup> Heineken/Eichhof, RPW 2008/3, S. 455, Rz. 287.

#### B.4.4.3.1. Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen (Endkundenmarkt)

315. Der Endkundenmarkt hat in der Schweiz eine gewisse Reife erreicht. Die Zuwachsraten gehen kontinuierlich zurück und die Marktdurchdringung ist bereits auf einem sehr hohen Niveau (Marktdurchdringung von 115,5 %), so dass von einer Reifephase des Marktes gesprochen werden kann.<sup>115</sup> Die Zuwachsraten wurden bei allen Netzbetreibern kontinuierlich kleiner und bei einzelnen Anbietern (Orange) sogar negativ. Es gab in den letzten Jahren im Endkundenmarkt kaum Marktanteilsverschiebungen. Daher sind die Marktverhältnisse als stabil zu bezeichnen. Hieraus leitet das Parteigutachten von swiss economics ab, dass dies bedeuten würde, dass künftige Gewinneinbussen aufgrund einer Bestrafung klein seien, da die gemeinsam erzielbaren Übergewinne nicht zunehmen würden. Dies mache es relativ attraktiv, von einer Kollusion abzuweichen, was diese destabilisiere. Die im Parteigutachten angesprochene Bestrafung in Form von Preissenkung als Reaktion auf ein Abweichen vom Kollusionsgleichgewicht betrifft aufgrund der regelmässigen Erneuerung der Verträge nicht nur die in der Zukunft neu gewonnenen Kunden, sondern auch die heute bestehenden Kunden. Somit sind die künftigen Gewinneinbussen aufgrund einer solchen Bestrafung entgegen den Schlussfolgerungen im Gutachten sehr hoch.

316. Die Zusammenschlussparteien kritisieren zudem, die WEKO würde fälschlicherweise davon ausgehen, dass der Markt vollständig gesättigt sei, die Wachstumsraten im Markt sich allerdings seit 2002 relativ stabil zwischen 8 und 10 % eingependelt hätten. Die WEKO geht, wie in Rz. 315 dargelegt wird, auch nicht von einem vollständig gesättigten Markt, sondern lediglich von stabilen Marktverhältnissen aus. Im Rahmen der Anhörung vom 8. März 2010 bestätigt der CEO von Swisscom, dass im Mobilfunk der Voice Bereich gesättigt sei, nicht aber der Datentransfermarkt. Hier würden die Preise noch massiv kleiner werden. So habe beispielsweise die Einführung des iPhones auf dem Markt bewirkt, dass die Datennetze doppelt so stark genutzt würden. Da allerdings nach der Fusion das iPhone allen Mobilfunkanbieter zur Verfügung steht, würde gerade ein solches Ungleichgewicht, welches zu unterschiedlichem Marktwachstum und dem damit verbundenen Wettbewerbsdruck für den Benachteiligten führen würde, wegfallen (vgl. Rz. 310). Die Marktverhältnisse würden daher trotz Wachstum im Markt relativ stabil bleiben.

317. Die Zusammenschlussparteien merken weiterhin an, dass aufgrund der Zahlen von Kunden, welche den Mobilfunkanbieter in der Vergangenheit gewechselt haben (sog. "Churn-Rates") eindrücklich belegt sei, dass sehr viele (Pre- und Postpaid-)Kunden ihren Mobilfunkanbieter regelmässig wechseln. Hierbei stützen sich die Zusammenschlussparteien auf Berechnungen von RBB im Rahmen des Parteigutachtens. Die von RBB berechnete Anzahl der abgewanderten Kunden pro Jahr entspricht ungefähr der von den Zusammenschlussparteien gelieferten Anzahl Kunden, welche ihren Vertrag beendet hat. Die Anzahl der neu hinzugewonnenen Kunden pro Jahr entspricht der von den Zusammenschlussparteien gelieferten Anzahl Kunden, welche einen neuen Vertrag abgeschlossen hat. Diese Zahlen wurden in

Tabelle 32 mit den von den Zusammenschlussparteien eingeforderten Zahlen der gekündigten und neu abgeschlossenen Verträgen sowie der Anzahl portierter Nummern verglichen.

<sup>115</sup> Vgl. BAKOM 2008, S. 27, abrufbar unter: [www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00744/00746/](http://www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00744/00746/) (zuletzt besucht am 12. Februar 2010).

Tabelle 32: Churn-Rates und Anzahl portierter Nummern im Vergleich

			2008	2009
RBB	Sunrise	Abgewanderte Kunden	[...]	[...]
		Hinzugewonnene Kunden	[...]	[...]
	Orange	Abgewanderte Kunden	[...]	[...]
		Hinzugewonnene Kunden	[...]	[...]
Parteien / WEKO	Sunrise	Deaktivierungen (Verträge)	[...]	[...]
		Aktivierungen (Verträge)	[...]	[...]
	Orange	Terminated Subscriptions	[...]	[...]
		New Subscriptions	[...]	[...]
	Sunrise	Portierte Nummern (out)	[...]	[...]
		Portierte Nummern (in)	[...]	[...]
	Orange	Portierte Nummern (out)	[...]	[...]
		Portierte Nummern (in)	[...]	[...]
	Sunrise	Ø Anzahl aktiver SIM-Karten	[...]	[...]
	Orange	Ø Anzahl aktiver SIM-Karten	[...]	[...]

\* Verhältnis der Anzahl mutierter Nummern zur durchschnittlichen Anzahl aktiver SIM-Karten

318. Vergleicht man die die Anzahl beendeter und neu abgeschlossener Verträge mit der Anzahl portierter Nummern, so stellt man fest, dass die Anzahl der portierten Nummern meist [...] der Anzahl Verträge entspricht, welche beendet und neu abgeschlossen wurden. In der Anzahl portierter Nummern sind allerdings nur diejenigen Kunden enthalten, welche den Anbieter wechseln und hierbei ihre ursprüngliche Mobiltelefonnummer beibehalten. Nicht enthalten sind hierin Kunden, welche den Anbieter wechseln und sich im Rahmen des Wechsels vom neuen Mobilfunkanbieter eine neue Nummer zuweisen lassen. Es ist allerdings davon auszugehen, dass die meisten Kunden, welche den Anbieter wechseln ihre Nummer portieren, da es in der Regel für Mobilfunknutzer zu aufwändig ist, eine neue Telefonnummer in Betrieb zu nehmen.

319. Diese Zahlen belegen, dass im Mobilfunkmarkt im Hinblick auf die Anzahl der Kunden, welche den Netzbetreiber wechseln, stabile Verhältnisse bestehen. Die wenigsten Kunden, welche einen Vertrag beenden, portieren ihre Nummer zu einem anderen Mobilfunkanbieter. Daraus kann geschlossen werden, dass die meisten Kunden, welche einen Vertrag beenden, den Mobilfunkanbieter nicht wechseln. Basierend auf den portierten Nummern wechseln lediglich zwischen [0-10] % und [0-10] % der Kunden jedes Jahr den Anbieter.

320. Innovationen im Endkundenmarkt erfolgen hauptsächlich über die Einführung neuer Preispläne durch die

einzelnen Mobilfunkanbieter. Die Leistungen (mobile Telefonie, SMS/MMS, mobiles Internet) sind über die Jahre weitgehend gleich geblieben und es ist auch nicht zu erwarten, dass sich dies in Zukunft ändert. Im Endkundenmarkt sind keine grösseren Produktneuerungen in Sicht, die den Markt instabiler und unvorhersehbar machen, indem die Bedingungen des Wettbewerbs nachhaltig geändert werden.<sup>116</sup> Die Zusammenschlussparteien führen aus, dass der Zusammenschluss zahlreiche Innovationen auslösen wird und führen beispielhaft [...] auf. Die WEKO würde all diese Innovationen zu Unrecht unberücksichtigt lassen, wobei diese Innovationen angesichts der enormen Dynamik des Telekommunikationsmarktes eine *conditio sine qua non* für den Erhalt und den Zugewinn von Marktanteilen sei. Gerade weil diese Innovationen eine *conditio sine qua non* darstellen, sind sie ungeeignet eine Verbesserung der Wettbewerbssituation zu bewirken und falls sie derart entscheidend wären, müssten sie von den Zusammenschlussparteien ohnehin eingeführt werden, um nicht vom Markt zu verschwinden. Dies sind aber gerade keine Investitionen, welche die Marktverhältnisse zu verändern vermögen und die Möglichkeit zur Kollusion ausschliessen würden.

<sup>116</sup> Die Einführung von LTE ist zwar eine technische Produkterneuerung, allerdings ist nicht zu erwarten, dass diese geeignet ist, die Wettbewerbsbedingungen nachhaltig zu verändern (vgl. Rz. 313 f.).



#### **B.4.4.3.2. Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze (Netzzugangsmarkt)**

321. Im Netzzugangsmarkt ist es in den letzten Jahren zu mehreren neuen Markteintritten von Weiterverkäufern und MVNO gekommen. Auch in der Zukunft ist mit weiteren Markteintritten zu rechnen, so dass der Netzzugangsmarkt in der Zukunft noch ein gewisses Wachstum aufweisen wird. Dennoch bedarf es einer weitergehenden Analyse, um die Auswirkungen auf die kollektive Marktbeherrschung abschätzen zu können, da der Netzzugangsmarkt speziellen Marktbedingungen unterworfen ist.

322. Im Rahmen des Netzzugangsmarktes befinden sich Netzbetreiber in einem Dilemma. Einerseits konkurrieren sie um eine möglichst grosse Anzahl an Mobilfunkanbietern, die ihr Netz mitbenutzen. Hierdurch erreichen sie eine höhere Netzauslastung, was die Kostenstruktur verbessert. Auf der anderen Seite tritt jeder neue unabhängige Mobilfunkanbieter auf dem Endkundenmarkt mit den Netzbetreibern in gewisse Konkurrenz. Vor diesem Hintergrund haben kollektiv marktbeherrschende Unternehmen einen erheblichen Anreiz, die Zugangsbedingungen für Mobilfunkanbieter ohne eigenes Netz so zu gestalten, dass ihnen hierdurch auf dem Endkundenmarkt keine wirksame Konkurrenz entsteht.

323. Da Weiterverkäufer lediglich ihre Marke und den Zugang zu ihren Kunden für den Vertrieb der Mobilfunkdienstleistung anbieten und die Netzbetreiber die Endkundertarife zusammen mit den Weiterverkäufern festlegen, stellen Weiterverkäufer im Endkundenmarkt in der Regel keine Konkurrenten zu den Netzbetreibern dar. Aus Sicht der Netzbetreiber stellen Weiterverkäufer lediglich eine Möglichkeit dar, eine weitere Preisdifferenzierung der eigenen Mobilfunkdienstleistungen zu erreichen. Durch den Zusammenschluss von France Télécom und Sunrise sinkt die Zahl der Anbieter auf dem Netzzugangsmarkt von drei auf zwei. Während im Netzzugangsmarkt Swisscom mit Migros zurzeit nur mit einem Weiterverkäufer zusammenarbeitet, würden alle Weiteren bei der fusionierten Unternehmung verbleiben. Hierdurch vergrössert sich die Marktmacht der fusionierten Unternehmung und sie kann den Weiterverkäufern die Bedingungen für den Zugang zum Mobilfunknetz weitgehend unabhängig auferlegen.

324. Da MVNO mit den Netzbetreibern auf dem Endkundenmarkt in direkte Konkurrenz treten, haben Netzbetreiber ein grundsätzliches Interesse, MVNO Zugangsbedingungen zu ihrem Mobilfunknetz anzubieten, welche ihnen eine effektive Konkurrenz auf dem Endkundenmarkt verunmöglichen. Die Situation in der Schweiz, dass sechs MVNO mit einem Marktanteil von insgesamt weniger als [0-10] % im Jahr 2008 bzw. gemäss Schätzungen der Zusammenschlussparteien [0-10] % im Jahr 2009 auf dem Endkundenmarkt tätig sind, zeigt deutlich, dass heute MVNO nur eine untergeordnete Rolle spielen. In diesem Bereich ist daher auch nach der Fusion nicht mit einem nennenswerten Marktwachstum zu rechnen.

#### **B.4.4.3.3. Wholesale-Markt für internationales Roaming (Roaming-Markt)**

325. Im Wholesale-Markt für internationales Roaming konkurrieren die Netzbetreiber um die so genannten "Preferred Roaming List (PRL)" mittels welcher ausländische Mobilfunkanbieter ihren Endkunden bei der automatischen Netzeinwahl einen Roaming-Partner im Ausland vorschlagen.

326. Das Marktwachstum des Roaming-Markts ist von der Anzahl der neuen Mobilfunkanbieter im Ausland abhängig. Auch hier dürfte eine gewisse Marktsättigung erreicht sein, da zumindest in den Industrienationen Mobilfunkanbieter seit Jahren etabliert sind und nicht zu erwarten ist, dass so viele neue Mobilfunkanbieter im Ausland entstehen, dass es im Roaming-Markt zu nachhaltigen Marktanteilsverschiebungen kommen würde. Vor diesem Hintergrund besteht für die Netzbetreiber auch im Roaming-Markt ein Anreiz zu kollusivem Verhalten, welcher – aufgrund der geringeren Koordinationskosten zwischen Swisscom und der fusionierten Unternehmung – durch die Fusion noch verstärkt wird.

#### **B.4.4.3.4. Schlussfolgerung**

327. Aufgrund der Marktreife und durch die Tatsache, dass grundlegende Innovationen, welche geeignet sind die Marktverhältnisse nachhaltig zu verändern, entweder nicht durch die schweizerischen Mobilfunkanbieter zu erwarten sind oder solche allen Marktteilnehmer in gleicher Weise zur Verfügung stehen, wird koordiniertes Verhalten der beiden im Markt verbleibenden Netzbetreiber weiter begünstigt. Insbesondere im Netzzugangsmarkt wird sich die kollektive Marktposition gegenüber den Weiterverkäufern und MVNO durch den Zusammenschluss deutlich verstärken. Da sich Swisscom bei der Zusammenarbeit mit Weiterverkäufern und MVNO zurzeit noch sehr verhalten zeigt, verstärkt sich die Marktmacht der fusionierten Unternehmung gegenüber den Weiterverkäufern und MVNO.

#### **B.4.4.4 Markttransparenz**

328. In der ökonomischen Literatur wird eine hohe Markttransparenz als begünstigendes Element für kollusives Verhalten angesehen.<sup>117</sup> Hieran ändert auch das Zitat der Zusammenschlussparteien nichts, wonach das Argument, dass Fusionen die Markttransparenz erhöhen würden, bestenfalls schwach sei. Bei der Diskussion rund um die Markttransparenz ist insbesondere die Beobachtbarkeit von Preisen auf dem relevanten Markt von zentraler Bedeutung. Senkt ein Anbieter im Markt seinen Preis und ist dies für die anderen Marktteilnehmer ersichtlich, so können sie direkt mit Gegenmassnahmen reagieren und so gegebenenfalls verhindern, dass ein Teil ihrer Kunden zur Konkurrenz abwandert. Sind hingegen die Abweichungen vom kolludierenden Verhalten nicht beobachtbar, kann ein Anbieter, der sich einem Nachfrageeinbruch gegenübergestellt sieht, nicht ohne weiteres abschätzen, ob dies darauf zurückzuführen ist, dass ein Konkurrent ihn im Preis unterboten hat oder dass die Nachfrage im Markt aus einem anderen Grund zurückgegangen ist.

<sup>117</sup> MOTTA MASSIMO, a.a.O., S. 150 f.; Heineken/Eichhof, RPW 2008/3, S. 456, Rz. 293.

329. In ihrer Stellungnahme führen die Zusammenschlussparteien zudem aus, dass eine eventuelle Preistransparenz alleine auf das Wettbewerbsverhalten keinen wesentlichen Einfluss hätte, mithin dafür nicht kausal sei. Zudem könne und dürfe es nichts daran ändern, weil die Mobilfunkbetreiber gesetzlich verpflichtet seien, ihre Preise zu veröffentlichen. Sie bestreiten zudem, dass im Endkundenmarkt Markttransparenz bestehe. Zudem würde die WEKO den Entscheid des holländischen Mobilfunkmarktes als nicht relevant abtun. Der von den Zusammenschlussparteien aufgeführte Entscheid ist, wie in Rz. 243 (insbesondere Fussnote 242) und Rz. 342 ausgeführt, nicht direkt vergleichbar. Auch wenn die Europäische Kommission in einem Fall in diese Richtung entschieden hat, so ist dies noch kein Beleg dafür, dass dies für die Mobilfunkmärkte aller anderen Staaten ebenso gilt. So kommt die Europäische Kommission im Entscheid vom 26.04.2006 in Sachen Nr. COMP/M.3916 – T-Mobile Austria/Tele.Ring zu dem Schluss, dass auf der Basis der Marktstellung der Diensteanbieter/Wiederverkäufer in der Vergangenheit geschlossen werden kann, dass sie insbesondere verglichen mit den Netzbetreibern nur eine sehr begrenzte Rolle im Markt ausgeübt haben und sich auf absehbare Zeit nichts daran ändern wird.<sup>118</sup> Auch die französische Wettbewerbsbehörde hat eine weitreichende Analyse zu MVNO durchgeführt und kommt für den französischen Markt zum Schluss, dass MVNO mit den Netzbetreibern nicht in effektive Konkurrenz treten können.<sup>119</sup>

330. Weiterhin führen die Zusammenschlussparteien aus, dass ihr geschätzter Marktanteil im Geschäftskundenbereich deshalb so gering sei, weil sie die Konditionen von Swisscom nicht kennen würden. Durch die gesetzliche Pflicht, die Preise zu veröffentlichen, herrscht im Endkundenmarkt für die Mobilfunkanbieter Preistransparenz. Damit ist es ihnen jederzeit möglich, Preissenkungen der jeweils anderen Akteure im Markt zeitnah zu erkennen. Inwiefern das Argument des Sekretariats falsch sei, dass die Marketingabteilungen der Netzbetreiber die Preispläne der im schweizerischen Markt agierenden Mobilfunkanbieter ohne weiteres vergleichen können, ist nicht ersichtlich. So veröffentlicht beispielsweise das BAKOM regelmässig vergleichende Studien über die verschiedenen Preispläne der im schweizerischen Markt agierenden Mobilfunkanbieter.<sup>120</sup> Zudem bietet Comparis auf seiner Webseite eine Suchfunktion an, mit welcher ein einfacher Preisvergleich jederzeit durchgeführt werden kann.<sup>121</sup> Die Behauptung, das BAKOM oder Comparis könnten als Marktkenner die Preise nicht vergleichen, entbehrt jeglicher Grundlage. Dies würde bedeuten, dass das BAKOM unseriöse Studien veröffentlicht. Auch die Vorbringungen der Zusammenschlussparteien, dass andere für den Wettbewerb relevante Elemente wie beispielsweise die Netzabdeckung und Netzqualität nicht ohne Weiteres beobachtbar seien, sind aufgrund der Trägheit, mit welcher der Markt auf Änderungen reagieren kann, nicht geeignet, um die Wettbewerbsbedingungen in einer Weise nachhaltig zu ändern, dass keine Kollusion mehr möglich wäre (vgl. hierzu auch Rz. 341).

331. In der Meldung wird eine gewisse Markttransparenz im Mobilfunkmarkt bejaht. Zudem wird vorgebracht, dass Markttransparenz unter gewissen Umständen sogar

wohlfahrtsfördernd sein kann, nämlich dann, wenn gut informierte Kunden Preise und Leistungen besser vergleichen können und somit eine grössere Marktmacht besitzen. Allerdings gehen die Zusammenschlussparteien davon aus, dass der Mobilfunkmarkt weder auf der Anbieter- noch auf der Konsumentenseite in einer Weise transparent sei, dass der Zusammenschluss zu einem kollusiven Verhalten führen könnte. In der Stellungnahme bringen die Zusammenschlussparteien zudem vor, dass davon auszugehen sei, dass zahlreiche Konsumenten und die Mitbewerber keinen Überblick über das Angebot und Preise im Markt haben und sich einen solchen – insbesondere aufgrund der immer zahlreicher werdenden Bündelangebote – auch nicht verschaffen könnten. Relevant für das Auftreten von kollusivem Verhalten ist nicht, ob die Marktverhältnisse für den Endkunden, sondern ob sie für die Anbieter transparent sind. Da sich Marketingabteilungen mit der Festsetzung des Angebots beschäftigen, ist es für die Netzbetreiber möglich, die Preispläne der im schweizerischen Markt agierenden Mobilfunkanbieter zu vergleichen. Auch wenn man wie im bereits mehrfach zitierten Entscheid des holländischen Mobilfunkmarktes, zu dem Schluss käme, dass aufgrund der verschiedenen Preispläne der Mitbewerber die Transparenz als sehr tief einzustufen sei, gilt dies in der Schweiz allenfalls für den Endkunden, jedoch nicht für die im Markt agierenden Konkurrenten.

332. Weiterhin machen die Zusammenschlussparteien geltend, dass die ständig ändernden, in der Regel mehrteiligen Preispläne nicht nur der Netzbetreiber, sondern sämtlicher Weiterverkäufer und MNVO sowie die Konkurrenz durch VoIP-Telefonie den Markt noch intransparent machen würden. Die Auswirkungen der mobilen VoIP-Telefonie auf den Mobilfunkmarkt sind heutzutage noch sehr spekulativ und es ist noch nicht ersichtlich, ob VoIP im Mobilfunkbereich zu einem starken Konkurrenzdruck führen wird. So geht beispielsweise Verizon davon aus, dass Skype keinen Einfluss auf die ARPU der Mobilfunkdienstleistungsanbieter haben wird.<sup>122</sup> Dagegen gehen andere Marktbeobachter davon aus, dass mobiles VoIP einen Einfluss auf die Einnahmen der Mobilfunkdienstleister haben wird.<sup>123</sup> Zum jetzigen Zeitpunkt ist der Einfluss von VoIP-Diensten auf die Mobilfunkanbieter – alleine schon aufgrund der bisher geringen Marktanteile – noch vernachlässigbar und es ist auch in der Zukunft keinesfalls gewiss, dass diese geeignet sind die Mobilfunkmärkte nachhaltig zu verändern.

<sup>118</sup> Vgl. Entscheid der Europäischen Kommission vom 26.04.2006 über die Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen (Sache Nr. COMP/M.3916 – T-Mobile Austria / Tele.Ring), Rz. 38.

<sup>119</sup> Vgl. Avis n° 08-A-16 vom 30. Juli 2008, abrufbar unter: [www.autoritedelaconurrence.fr/pdf/avis/08a16.pdf](http://www.autoritedelaconurrence.fr/pdf/avis/08a16.pdf); (zuletzt besucht am 19. April 2010), Rz. 41 ff., 47, 50, 52 ff., 68, 70 ff., 77 ff. und Zusammenfassend in Rz. 86.

<sup>120</sup> Vgl. Analyse der Preise durch das BAKOM, abrufbar unter: [www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00545/00722/00910/](http://www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00545/00722/00910/) (zuletzt besucht am 12. Februar 2010).

<sup>121</sup> [www.comparis.ch/telecom/mobile.aspx](http://www.comparis.ch/telecom/mobile.aspx).

<sup>122</sup> Vgl. <http://connectedplanetonline.com/ctia/2010/news/verizon-skype-arpu-0323/> (zuletzt besucht am 14. April 2010).

<sup>123</sup> Vgl. <http://www.tmcnet.com/channels/mobile-unified-communications/articles/66906-report-mobile-voip-growth-will-impact-operator-voice.htm> (zuletzt besucht am 14. April 2010).

333. Im Mobilfunkmarkt trägt auch das BAKOM erheblich zur Markttransparenz bei, indem es regelmässig Studien und Statistiken über Marktanteile, Preise, Preisvergleiche und Penetrationsraten über den Bereich der Telekommunikation veröffentlicht. Zudem finden zwischen den Netzbetreibern auch regelmässig Verhandlungen (über Interkonnectionsfragen, neue Standards oder Angebote, sogar Preise), verschiedene Konferenzen oder Roundtables (FTTH) statt. Daneben sind die Netzbetreiber in der Schweiz in verschiedenen Verbänden vertreten. Sie haben somit verschiedene Plattformen, um sich gegenseitig über die Marktbedingungen auszutauschen, was die gegenseitige Transparenz sowohl in der technologischen Entwicklung, in der strategischen Ausrichtung, als auch im Marktverhalten erhöhen kann. Damit will das Sekretariat in keiner Weise andeuten (wie dies die Zusammenschlussparteien vorbringen), dass die Wettbewerber an solchen Anlässen wettbewerbslich sensitive Daten austauschen würden. Dennoch zeigen solche Treffen, dass auf verschiedenen Ebenen ein Austausch zwischen den Netzbetreibern stattfindet, welcher die Transparenz im Markt erhöht.

334. Weiterhin bestreiten die Zusammenschlussparteien, dass der Mobilfunkmarkt in einer Weise transparent sei, die belegen würde, dass der Zusammenschluss zu kollusivem Verhalten und letztlich zu einer kollektiven Marktbeherrschung führen würde. Wie dies die Zusammenschlussparteien bereits mehrfach vorgebracht haben, „ist für die Frage, ob kollektive Marktbeherrschung entstehen kann, gerade der Zusammenhang zwischen den einzelnen Faktoren und somit eine Gesamtschau bedeutend“. Hierzu ist festzuhalten, dass die Markttransparenz im Mobilfunkmarkt eine Beobachtbarkeit der Preise zulässt. Damit ist die Transparenz ausreichend gross, um kollusives Verhalten zu begünstigen.

335. Auch das Vorbringen der Zusammenschlussparteien, dass Swisscom bislang nicht jedes Mal auf die zahlreichen Preissenkungen ihrer Wettbewerber reagiert hätte, hat keinen Einfluss auf die Markttransparenz. Es zeigt vielmehr, dass aufgrund der Trägheit des Marktes die jeweils anderen Marktteilnehmer noch ausreichend Zeit haben, mögliche Marktverschiebungen zu beobachten und falls nötig ihre Angebote entsprechend anzupassen.

#### **B.4.4.4.1. Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen (Endkundenmarkt)**

336. Im Endkundenmarkt für Mobilfunk herrscht für die Netzbetreiber eine sehr grosse Markttransparenz. Insbesondere die Preise sind im Internet für jedermann ohne Weiteres einsehbar. Veränderungen der Preise, der Preisstruktur oder die Einführung neuer Produkte (z.B. das iPhone) sowie Veränderungen der Angebotsstruktur (Bündelung mehrere Angebote, etc.) werden häufig sogar via Pressemitteilung der Öffentlichkeit bekannt gegeben. Auch Preise, welche selten zur Anwendung kommen (z.B. Roaming-Tarife für Endkunden) werden publiziert. Zudem werden vom BAKOM regelmässig Studien veröffentlicht, welche die einzelnen Mobilfunktarife der Anbieter vergleichen und die Kostenstrukturen im schweizerischen Mobilfunkmarkt abbilden.<sup>124</sup> Auch Comparis bietet mit ihrem Service "Mobilnetz: Tarifvergleich" ebenfalls eine Möglichkeit an, die

Preise direkt zu vergleichen.<sup>125</sup> Der Dienst von Comparis wird auch von einigen Weiterverkäufern und von den Netzbetreibern als Benchmark zur Tarifausgestaltung genutzt. Insbesondere dann, wenn der Netzbetreiber die Marke des Weiterverkäufers im Niedertarifsegment nutzt.

337. Zudem führen die Zusammenschlussparteien an, dass im Geschäftskundenbereich ohnehin nicht von Preistransparenz ausgegangen werden könne, da in diesem Bereich individuellere Angebote und Konditionen angeboten würden. Bei Geschäftskunden ist keine so weitreichende Markttransparenz gegeben, wie dies bei Privatkunden der Fall ist. Zwar bieten die Netzbetreiber auch im Geschäftskundenbereich zum Teil standardisierte Tarife an, welche sich miteinander vergleichen lassen. Allerdings werden bei grossen Geschäftskunden spezielle Konditionen und Rabatte ausgehandelt, welche für die anderen Netzbetreiber nicht direkt eruiert sein dürften. Da allerdings davon auszugehen ist, dass grössere Geschäftskunden mit allen drei Netzbetreibern über Mobilfunktarife individuell verhandeln, erhalten sie in der Regel durch die Verhandlungen Kenntnis von Tarifen und Bedingungen, die von den jeweils anderen Netzbetreibern angeboten werden.

338. Während auf dem Retail-Markt für Privatkunden eine quasi vollkommene Transparenz besteht, können die Preise auf dem Retail-Markt für Geschäftskunden nicht direkt beobachtet werden. Die Zusammenschlussparteien bringen in diesem Zusammenhang vor, dass die Geschäftskunden die Offerten der anderen Mobilfunkanbieter nicht offenlegen und diese Offerten auch regelmässig Geheimnisklauseln enthalten würden. Allerdings werden auch im Retail-Markt für Geschäftskunden die Preise für Privatkunden zugrunde gelegt und hierauf Rabatte gewährt, welche den jeweils anderen Netzbetreibern nicht bekannt sein dürften. Daher können die jeweils anderen Netzbetreiber diese lediglich schätzen. Dies ist im Rahmen der Verhandlungen in der Regel ohne Weiteres möglich. Obwohl die Zusammenschlussparteien vorbringen, die Geschäftskunden würden ein optimales Angebot aushandeln, indem sie die Anbieter über die Konkurrenzofferten im Unklaren lassen, muss auch im Geschäftskundenbereich für die Mobilfunkanbieter von einer hohen Markttransparenz ausgegangen werden.

<sup>124</sup> Analyse der Preise durch das BAKOM, abrufbar unter: [www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00545/00722/00910/](http://www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00545/00722/00910/) (zuletzt besucht am 12. Februar 2010).

<sup>125</sup> [www.comparis.ch/telecom/mobile.aspx](http://www.comparis.ch/telecom/mobile.aspx) (zuletzt besucht am 14. April 2010).

#### B.4.4.4.2. Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze (Netzzugangsmarkt) und Wholesale-Markt für internationales Roaming (Roaming-Markt)

339. Der Netzzugangsmarkt ist eher als intransparent einzustufen, da die Verträge zwischen den Netzbetreibern und den Weiterverkäufern bzw. den MVNO Drittparteien nicht zugänglich sind. Allenfalls könnten (in begrenztem Masse) mögliche Rückschlüsse über die jeweiligen Preisgestaltungen im Endkundenmarkt gezogen werden. Analog verhält es sich im Roaming-Markt, wo ebenfalls die Vertragskonditionen zwischen den schweizerischen Netzbetreibern und den ausländischen Mobilfunkanbietern Drittparteien in der Regel nicht bekannt sind.

340. [...] Vor diesem Hintergrund kann zumindest bezweifelt werden, dass im Netzzugangsmarkt tatsächlich Intransparenz herrscht.

#### B.4.4.4.3. Zwischenergebnis

341. Der Endkundenmarkt ist für die Anbieterseite transparent, so dass quasi jede Preisänderung eines Marktteilnehmers sofort erkannt wird und die Konkurrenten entsprechend darauf reagieren können (im Falle von Konkurrenz durch Preisanpassungen, um ein Abwandern der Kunden zu vermeiden; im Falle einer Kollusion mit entsprechendem Parallelverhalten). Aufgrund der langen Vertragslaufzeiten im Endkundenmarkt (Postpaid Segment), der hohen Markttransparenz und der schnellen Reaktionsmöglichkeit der Konkurrenten kann ein Mobilfunkanbieter durch eine Preissenkung kaum mit einer grösseren Marktverschiebung rechnen. Daher muss davon ausgegangen werden, dass im Mobilfunkmarkt kollusives Verhalten sehr leicht möglich ist. Dies gilt umso mehr nach einem Zusammenschluss von Sunrise und Orange, da hierdurch im Markt lediglich zwei Netzbetreiber verbleiben würden.

#### B.4.4.5 Multimarktbeziehungen

342. Von Multimarktbeziehungen wird gesprochen, wenn sich die Marktteilnehmer nebst dem zu untersuchenden Markt auch in sogenannten Drittmärkten in vergleichbarer Positionierung als Konkurrenten gegenüberstehen.<sup>126</sup> Durch Multimarktbeziehungen kann gemäss der ökonomischen Literatur kollusives Verhalten unter verschiedenen Umständen begünstigt werden.<sup>127</sup>

343. Die Zusammenschlussparteien führen in Anlehnung an Parker und Röller<sup>128</sup> aus, dass durch empirische Forschung kollusives Verhalten bisher selbst in einem duopolistischen Setting nicht nachgewiesen werden konnte, wenn nicht gleichzeitig Multimarktkontakte und Kapitalverflechtungen vorhanden seien. Die Studie, auf welche sich die Zusammenschlussparteien berufen, wurde im Jahre 1997 veröffentlicht und verwendet einen Datensatz im Zeitraum von 1984-1988.<sup>129</sup> In der Folge stellen die Zusammenschlussparteien zutreffend fest, dass das Argument Multimarktkontakt mit Zurückhaltung und immer unter genauer Beachtung der konkreten Bedingungen zu gebrauchen ist.

344. In der Meldung wird geltend gemacht, dass zwischen Swisscom, Orange und Sunrise lediglich limitierte

vertragliche Verbindungen bestünden und eine Kooperation in Bezug auf die Mobilfunkinfrastruktur nur soweit nötig bestehe. Ausserdem wird angefügt, dass in Märkten ausserhalb der Schweiz, in denen France Télécom und TDC präsent seien, Swisscom nicht aktiv sei.

345. Zudem bringen die Zusammenschlussparteien vor, dass im Zusammenhang mit Multimarktbeziehungen auch strukturelle Verbindungen, mithin Verbindungen personeller und kapitalmässiger Art, geprüft werden sollten. Im Gegensatz zu den Ausführungen der Zusammenschlussparteien in der Stellungnahme, wonach keinerlei solche strukturellen Verbindungen gegeben seien, führen diese in der Meldung jedoch aus, dass sie, wie auch Swisscom, an der TELDAS GmbH finanziell beteiligt sind.<sup>130</sup>

346. Swisscom und die fusionierte Unternehmung sind in vielen Märkten aktiv. Sie kaufen und verkaufen einander gegenseitig in unterschiedlichsten Bereichen eine Vielzahl von Dienstleistungen, so dass zahlreiche Abhängigkeiten untereinander bestehen. In der Schweiz bestehen zwischen Orange, Sunrise und Swisscom mehrere Multimarktkontakte. In diesem Zusammenhang sind auch insbesondere die Terminierungsmärkte zu nennen, zwischen denen Multimarktkontakte herrschen. Aber auch international bestehen Multimarktkontakte. So tritt die Swisscom beispielsweise im Roaming-Markt als Nachfrager in Erscheinung und kann daher auf internationaler Ebene auch den Zugang zu den Mobilfunknetzen von France Télécom und TDC nachfragen.

347. In der Schweiz bestehen zwischen den einzelnen Netzbetreibern auf dem Endkundenmarkt, den Terminierungsmärkten und dem Netzzugangsmarkt Multimarktbeziehungen, welche in einer gegenseitigen Abhängigkeit zueinander betrachtet werden müssen. Während auch die Netzbetreiber auf dem Endkundenmarkt und dem Netzzugangsmarkt als Anbieter auftreten, nehmen sie im Terminierungsmarkt jeweils auf dem Markt, in dem sie Netzbetreiber sind, die Rolle des Anbieters und auf den jeweils anderen Märkten die Rolle des Nachfragers ein. Vor diesem Hintergrund müssen die einzelnen durch die Multimarktkontakte entstehenden Effekte analysiert werden.

#### B.4.4.5.1. Effekt Multimarktkontakt: Terminierungsmärkte – Endkundenmarkt

348. Auf den Terminierungsmärkten stehen sich die jeweiligen Netzbetreiber auf der Anbieterseite als Monopolist und auf der Nachfrageseite als Konkurrenten gegenüber. Über die Terminierungsgebühren werden die Preise im Endkundenmarkt für Telefongespräche in ein fremdes Netz weitgehend bestimmt. Vor diesem Hintergrund können Terminierungsgebühren dazu genutzt

<sup>126</sup> Heineken/Eichhof, RPW 2008/3, S. 457, Rz. 301; vgl. auch MOTTA MASSIMO, a.a.O., S. 145.

<sup>127</sup> MOTTA MASSIMO, a.a.O., S. 148 f.

<sup>128</sup> PARKER PHILIP M. / RÖLLER LARS-HENDRIK, 1997, Collusive conduct in duopolies: multimarket contact and cross-ownership in the mobile telephone industry, RAND Journal of Economics, Vol. 28, No 2, Summer 1997, S. 304-322.

<sup>129</sup> PARKER PHILIP M. / RÖLLER LARS-HENDRIK, a.a.O., S. 311.

<sup>130</sup> Vgl. [www.teldas.ch/en/home/about-us/index.html](http://www.teldas.ch/en/home/about-us/index.html) (zuletzt besucht am 14. April 2010).

werden, die Endkundenpreise für Anrufe in ein fremdes Netz hoch zu halten. Auf diese Weise können die Netzbetreiber höhere Einnahmen im Endkundenmarkt für Off-Net Anrufe der Kunden der jeweils anderen Netzbetreiber generieren.

#### **B.4.4.5.2. Effekt Multimarktkontakt: Netzzugangsmarkt – Endkundenmarkt**

349. Auf dem Netzzugangsmarkt konkurrieren Netzbetreiber sowohl um Weiterverkäufer als auch um MVNO. Wollen Netzbetreiber allerdings durch (implizite oder explizite) Kollusion das Preisniveau auf dem Endkundenmarkt auf einem höheren Niveau halten bzw. auf ein höheres Niveau bringen, als dies dem Konkurrenzpreis entspricht, müssen sie den Markteintritt von weiteren Konkurrenten, welche das Kollusionsgleichgewicht destabilisieren könnten, unterbinden. Da Weiterverkäufer die auf dem Endkundenmarkt angebotenen Tarife nicht unabhängig vom Netzbetreiber festlegen können, geht von diesen für die Netzbetreiber in der Regel keine Gefahr für allfällige Kollusionspreise auf dem Endkundenmarkt aus. Würde hingegen MVNO ein Zugang zu kostenorientierten Preisen gewährt (was dem Konkurrenzpreis auf dem Netzzugangsmarkt entsprechen würde), so hätten diese die Möglichkeit, günstige Tarife auf dem Endkundenmarkt anzubieten und könnten auf diese Weise ein Kollusionsgleichgewicht stören. Diesen Effekt auf den Endkundenmarkt könnten Mobilfunkbetreiber unterbinden, indem sie MVNO auf dem Netzzugangsmarkt lediglich Angebote offerieren würden, welche es ihnen nicht erlauben, das Kollusionsgleichgewicht auf dem Endkundenmarkt zu destabilisieren.

350. Die 2008 auf dem schweizerischen Markt tätigen MVNO haben einen gemeinsamen Marktanteil von weniger als [0-10] % (Ende 2009 schätzen die Zusammenschlussparteien die Marktanteile auf ca. [0-10] %) und sind daher derzeit nicht in der Lage einen grossen Konkurrenzdruck auf die Netzbetreiber aufzubauen.

351. Sunrise hat heute bereits mit [...] MVNO Verträge geschlossen. Orange hat hingegen erst mit einem MVNO Verträge abgeschlossen und Swisscom gewährt derzeit ebenfalls einem im Endkundenmarkt aktiven MVNO den Netzzugang. Während im Netzzugangsmarkt Sunrise sehr aktiv war, haben sich die beiden anderen Netzbetreiber bei der Gewährung des Netzzugangs durch MVNO eher zurückhaltend gezeigt. Durch die Fusion und der damit verbunden Verstärkung der kollektiven Marktposition ist es daher wahrscheinlich, dass die beiden verbleibenden Netzbetreiber in Zukunft tendenziell versuchen werden, den Netzzugang für MVNO zu begrenzen bzw. die Netzzugangskonditionen nicht marktorientiert festzulegen.

352. Die Zusammenschlussparteien machen in diesem Zusammenhang geltend, dass nicht erklärt werde, wie es der fusionierten Unternehmung und Swisscom gelingen soll, sich kollusiv zu verhalten, wenn die WEKO auf der einen Seite von einem wachsenden Markt und auf der anderen Seite von fehlender Markttransparenz ausgeht. Um sich kollusiv auf dem Netzzugangsmarkt zu verhalten, genügt es allerdings schon, wenn den MVNO Konditionen für die Netzmitbenutzung offeriert werden, welche die eigenen Angebote auf dem Endkundenmarkt nicht kannibalisieren. Beides steht mit einem wachsen-

den Markt und einer angeblich fehlenden Markttransparenz nicht im Widerspruch.

#### **B.4.4.5.3. Zwischenergebnis**

353. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Multimarktbeziehungen bestehen, welche kollusives Verhalten begünstigen. Insbesondere wird durch die Fusion die Marktposition des fusionierten Unternehmens auf dem Netzzugangsmarkt verstärkt.

#### **B.4.4.6 Sanktionsmechanismen**

354. Im Hinblick auf Sanktionsmöglichkeiten wird in der Meldung und in der Stellungnahme geltend gemacht, dass lediglich Swisscom über wirksame Sanktionsmöglichkeiten verfügen würde und dass aufgrund der zahlreichen in der Schweiz konkurrierenden Weiterverkäufer und MVNO die Vollstreckung von Sanktionen kaum den gewünschten Effekt erzielen würde. Geeignete Sanktionsmöglichkeiten bestehen grundsätzlich immer dann, wenn gezielt und effektiv sanktioniert werden kann. Sanktionsmechanismen werden aber innerhalb einer kollektiven Marktbeherrschung relevant, wenn für die an der Kollusion beteiligten Unternehmen Anreize bestehen hiervon abzuweichen. An die Sanktionsmechanismen können für die Stabilität des Kollusionsgleichgewichts geringere Anforderungen gestellt werden, wenn (unabhängig von den Sanktionsmechanismen) nur geringe Anreize für ein Abweichen vom Kollusionsgleichgewicht bestehen.

355. Sowohl Swisscom als auch die fusionierte Unternehmung verfügen über zahlreiche geeignete Sanktionsmöglichkeiten, um unerwünschtes Verhalten der Konkurrenz abstrafen zu können. So haben die Netzbetreiber jederzeit die Möglichkeit langwierige und kostenintensive fernmelderechtliche Verfahren sowie einen möglichen Eingriff des Regulators anzudrohen. Hierzu führen die Zusammenschlussparteien aus, dass sich ein Netzbetreiber, der einen anderen grundlos in ein kostspieliges Verfahren verwickelt, damit hauptsächlich selber straft. Ein solches Verfahren würde sich nur auszahlen, wenn die Klage fundiert sei. Hierbei handle es sich allerdings nicht um einen Sanktionsmechanismus, sondern um die Durchsetzung eines gesetzlich vorgesehenen Rechts. Zudem wird im Gutachten von swiss economics ausgeführt, dass eine Klage ohnehin erhoben würde, wenn diese fundiert sei. In der Vergangenheit wurden fernmelderechtliche Klagen aufgrund von Art. 11 des Fernmeldegesetzes (FMG; SR 784.10) nur selten bis zu Ende geführt. Gemäss dem Wortlaut von Art. 11 FMG müssen Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen [...] Zugang zu ihren Einrichtungen und ihren Diensten gewähren. Sind Preise nicht kostenorientiert, so kann jeder Fernmeldediensteanbieter entsprechend klagen. Hat allerdings ein Fernmeldediensteanbieter erfolgreich geklagt, so werden die anderen entsprechend nachziehen und er kann auf diese Weise gegenüber den anderen Anbietern keinen Wettbewerbsvorteil erzielen. Zudem werden Interkonnektionsgebühren (wie beispielsweise die Terminierungsgebühren) an den Endkunden weitergereicht. Vor diesem Hintergrund hat ein Mobilfunkanbieter nur einen eingeschränkten Nutzen von einer Interkonnektionsklage. Unter gewissen Umständen könnte er aller-

dings mit einer solchen Klage der Gegenseite auch einen erheblichen Gewinnverlust verursachen, was die Interkonnektionsklage für einen Netzbetreiber als "ultima ratio" zu einem wirksamen Sanktionsinstrument macht.

356. Das Parteigutachten von RBB Economics führt als möglichen Sanktionsmechanismus eine erhebliche Unterbietung des Kartellpreises (beispielsweise durch eine permanente Rückkehr zu vollständiger Konkurrenz, oder eine ausgefeiltere Strategie der Preissenkung für eine begrenzte Zeitdauer) an. Dieser Sanktionsmechanismus wird sodann gleich wieder verworfen, da die Voraussetzung hierfür sei, dass das sanktionierte Unternehmen hierdurch einen grossen Teil seines Kundenstamms verlieren müsste, falls sie nicht ihrerseits die Preise senken würde. Da aufgrund der speziellen Situation (lange Vertragslaufzeiten) die Mobilfunkkunden nur träge auf Preissenkungen reagieren können, stellen kurzfristige Preissenkungen keine glaubhaften Sanktionsmechanismen dar, da sich der jeweilige Netzbetreiber lediglich selbst schädigen würde. Nach einem möglichen Zusammenschluss könnte Swisscom allerdings auf jede Preisreduktion der fusionierten Unternehmung mit einer Preisreduktion im gleichen Verhältnis reagieren, so dass jede Preisreduktion der fusionierten Unternehmung letztendlich zu keiner Vergrösserung ihrer Marktanteile führen würde. Eine solche Reaktion von Seiten Swisscom auf Preisänderungen der fusionierten Unternehmung ist aus zwei Gründen höchst wahrscheinlich. Erstens kann Swisscom aufgrund der besseren Kostenstruktur das fusionierte Unternehmen jederzeit im Preis massiv unterbieten und zweitens ist nicht zu erwarten, dass Swisscom einem Kundenschwund tatenlos zusehen würde. Vor diesem Hintergrund ist die Sanktionsandrohung von Seiten Swisscom, dass jegliche Preissenkung der fusionierten Unternehmung wirkungslos sein wird, äusserst wirksam und auch glaubhaft. Vor einem solchen Hintergrund ist auch nicht zu erwarten, dass die fusionierte Unternehmung mit Swisscom überhaupt in Konkurrenz treten kann, wie dies die Zusammenschlussparteien mehrfach vorbringen. Selbst wenn dies – wie dies die Zusammenschlussparteien ausführen – ein Sanktionsmechanismus ist, der hauptsächlich (aber nicht ausschliesslich) von Swisscom angewendet werden kann, ist er dennoch geeignet um zu einem stabilen Kollisionsgleichgewicht zu führen. In der heutigen Situation besteht ein solcher Sanktionsmechanismus nicht, da er nur reaktiv angewendet werden kann. Wenn sich Sunrise und Orange gegenseitig im Preis unterbieten, kann (und muss zu einem gewissen Grad) Swisscom nur nachziehen. Somit beeinflusst der zwischen Sunrise und Orange bestehende Restwettbewerb das Preisniveau. Dieser Restwettbewerb würde durch den Zusammenschluss wegfallen und so einen Sanktionsmechanismus für Swisscom schaffen, der ein stabiles Kollisionsgleichgewicht aufrechterhalten zu vermag. Zwar ist es auch in der gegenwärtigen Situation für Swisscom möglich, auf Preisreduktionen von Sunrise zu reagieren, um ein mögliches Abwandern der Kunden von Swisscom zu Sunrise zu verhindern. Auch Orange könnte eine solche Strategie wählen. Dennoch konnte in der Vergangenheit festgestellt werden, dass Orange gerade keine aggressive Preispolitik betrieben hat und auf diese Weise an Sunrise Marktanteile verloren hat. Bei nur zwei im Markt verbleibenden Anbietern, welche zudem einen

recht grossen Marktanteil auf sich vereinen, gewinnt dieser Sanktionsmechanismus jedoch sehr stark an Bedeutung.

357. In diesem Zusammenhang ist aber auch insbesondere der Terminierungsmarkt zu erwähnen, in dem sich die Netzbetreiber jeweils als Monopolisten (für ihr eigenes Netz) gegenüberstehen. Da sich die Netzbetreiber im Terminierungsmarkt jeweils als Anbieter und Nachfrager gleichzeitig gegenüberstehen, könnten die Terminierungsgebühren zumindest kurzfristig als Instrument zur Sanktionierung eingesetzt werden.

#### B.4.4.7 Stellung der Marktgegenseite

358. Eine allfällige kollektive Marktbeherrschung hängt auch vom Konzentrationsgrad der Marktgegenseite ab, da ein starker Käufer mit seiner Verhandlungsmacht den Wettbewerb unter den Verkäufern stimulieren kann.<sup>131</sup> Hierbei hat der Käufer – je nach Marktmacht – die Möglichkeit mit einem Wechsel zur Konkurrenz zu drohen, einen potenziellen neuen Konkurrenten zu fördern bzw. aufzubauen oder das entsprechende Produkt selbst herzustellen.

359. Die Zusammenschlussparteien führen hierzu aus, dass im Retail-Telekommunikationsmarkt und dem Markt für Retail-Telekommunikationsdienstleistungen immer wenige Anbieter einer Vielzahl von Konsumenten entgegenstehen. Daher seien die Ausführungen des Sekretariats zu Käufern mit Verhandlungsmacht ungeeignet zur Beurteilung von Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf einen Massenmarkt. Zudem stellen sie zutreffend fest, dass weder vor noch nach dem Zusammenschluss die einzelnen Konsumenten in der Lage seien, die Einzelheiten ihrer Pre- oder Postpaid Angebote zu verhandeln. Alles andere sei ökonomisch auch abwegig. Aber gerade diese Feststellung zeigt, dass die Konsumenten über keinerlei Verhandlungsmacht verfügen und damit reine Preisnehmer sind (vgl. hierzu auch Rz. 363).

360. In der Meldung und in der Stellungnahme wird geltend gemacht, dass aufgrund der Möglichkeit der Kunden ihren Anbieter zu wechseln, Fernmeldedienstleister ihre Angebote stets attraktiv und kompetitiv ausgestalten müssten, um den Weggang von Kunden zu vermeiden. Zudem würde der Konkurrenzdruck der zahlreichen Weiterverkäufer und MVNO die Marktmacht der Kunden verstärken, für die darüber hinaus aufgrund der Flexibilität in Bezug auf die Nummernportierung ein Wechsel des Anbieters umso leichter sei. Ausserdem kenne der Endkunde seine Bedürfnisse und sein eigenes Telefonieverhalten am besten und könne deshalb die Angebote vergleichen und das für ihn günstigste Angebot auswählen. Im Bereich der Weiterverkäufer-Verträge wird vorgebracht, dass verschiedene aktuelle und potenzielle Weiterverkäufer eine starke Verhandlungsposition hätten. Darauf ist nachfolgend einzugehen.

<sup>131</sup> Heineken/Eichhof, RPW 2008/3, S. 457, Rz. 304.

361. Zudem machen die Zusammenschlussparteien in der Stellungnahme geltend, dass wichtige Handyproduzenten wie Apple häufig – zumindest in der Einführungszeit – nur mit einem Telekommunikationsanbieter (in der Regel demjenigen mit den meisten Kunden) Verträge abschliessen würden, wodurch es diesbezüglich nicht zu kollusivem Verhalten kommen könne. Gerade in Bezug auf Apple ist dieses Argument nicht schlüssig, da bereits heute neben Swisscom auch Orange, als relativ kleiner Mobilfunkanbieter, entsprechende Verträge mit Apple abgeschlossen hat. Die Zusammenschlussparteien bringen zudem vor, die Equipment- und Inthalteanbieter würden bereits heute über ausreichende Druckmittel auf die Netzbetreiber verfügen, um zu hohe Preise und eventuelles kollusives Verhalten zu verhindern. Es ist zwar denkbar, dass Equipment- und Inthalteanbieter auf mögliche überhöhte Preise von Endgeräten oder Inhalte Einfluss nehmen könnten. Inwiefern dies allerdings Wirkung auf die Mobilfunkpreise selbst haben soll, ist nicht ersichtlich.

362. Auch das Vorbringen, der Gesetzgeber habe auf eine Unterstellung der Mobilfunkdienste unter das Grundversorgungsregime mit dem Argument verzichtet, dass der Wettbewerb ausreichend spiele, ist zwar grundsätzlich zutreffend, aber für den vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt unerheblich. So stellt der Bundesrat fest, dass heute die Mobilfunknetze der ganzen Bevölkerung zur Verfügung stehen und die Kundinnen und Kunden aus den vielen Marktangeboten dasjenige wählen können, das ihren Bedürfnissen am besten entspricht. Alleine die Tatsache, dass die Grundversorgung in der Schweiz gewährleistet ist, sagt noch nichts über die Preisgestaltung und die Wettbewerbsverhältnisse aus. Die Ausführungen des Bundesrates in diesem Zusammenhang zielen ausschliesslich auf die Grundversorgung und nicht auf die im Markt tatsächlich herrschenden Wettbewerbsverhältnisse ab. Aus der Feststellung, dass durch die Marktverhältnisse die Grundversorgung gewährleistet wird, lässt sich in keiner Weise ableiten, dass die Leistungen der Netzbetreiber zu Konkurrenzpreisen angeboten würden.

#### **B.4.4.7.1. Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen (Endkundenmarkt)**

363. Der Endkundenmarkt zeichnet sich dadurch aus, dass eine Vielzahl privater und geschäftlicher Kunden einer geringen Anzahl von Mobilfunkanbietern gegenüber steht. Der einzelne Privatkunde macht hierbei einen so geringen Anteil am Umsatz aus, dass er keinerlei Verhandlungsmacht gegenüber dem Mobilfunkanbieter hat. Er hat nur die Möglichkeit, das ihm unterbreitete Angebot anzunehmen oder abzulehnen. Zudem wird auch die Möglichkeit zu einem anderen Netzbetreiber zu wechseln alleine schon aufgrund der Verringerung des Angebots von drei auf zwei stark eingeschränkt.

364. Die Markttransparenz ist für den Endkunden aufgrund der Vielzahl von Angeboten und Anbietern (Weiterverkäufer / MVNO) eher als gering einzustufen, so dass hierdurch seine Marktposition weiter geschwächt wird (vgl. auch Rz. 328 ff.). Zwar bietet z.B. Comparis auf seiner Webseite einen Dienst an, mit welchem sich

die einzelnen Mobilfunktarife vergleichen lassen. Allerdings sind diese Preisvergleiche eher pauschaler Natur und können nicht in einem ausreichendem Masse auf den jeweiligen Nutzer abgestimmt werden, so dass er den für sich optimalen Tarif erfragen kann. Alleine schon das Bedürfnis an solchen Auskunftsdiensten im Markt zeigt aber, dass der Mobilfunkmarkt für die Endkunden wenig transparent ist.

365. Es ist davon auszugehen, dass Grosskunden (z.B. Unternehmen mit einer grösseren Anzahl an Mitarbeitern) einen gewissen Verhandlungsspielraum haben und somit von bevorzugten Konditionen (z.B. Rabatten im On-Net-Bereich oder Gratistelefonieren im firmeninternen Netz) profitieren können. Dennoch ist ihre Marktposition im Verhältnis zu den Netzbetreibern als eher schwach einzustufen, da selbst die Summe des Gesamtumsatzes der jeweils grössten drei Kunden weniger als 1 % des Gesamtumsatzes des jeweiligen Netzbetreibers ausmacht.

Tabelle: Umsatzzahlen der 3 grössten Geschäftskunden pro Netzbetreiber

Netzbetreiber	Unternehmen	Umsatz pro Jahr	Anteil am Gesamtumsatz pro Jahr.
Swisscom	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	[...]
Orange	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	[...]
Sunrise	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	[...]
	[...]	[...]	[...]

366. Durch den Zusammenschluss von Orange und Sunrise würden nur noch zwei Netzbetreiber im Markt verbleiben, so dass auch Grosskunden nur noch eine sehr beschränkte Auswahl hätten. Damit würde ihre ohnehin schon schwache Marktposition noch weiter geschwächt.

#### B.4.4.7.2. Wholesale-Markt für internationales Roaming (Roaming-Markt)

367. Im Bereich des internationalen Roaming stehen sich zwar grössere Anbieter gegenüber. Die Vergangenheit hat jedoch auch im europäischen Umfeld gezeigt, dass keiner der im Markt agierenden Anbieter einen Anreiz hat, die Roaming-Gebühren zu senken, da diese direkt an die Endkunden weitergereicht und von diesen in der Regel akzeptiert werden. Aus diesem Grund hat schliesslich die EU auf dem internationalen Roaming-Markt regulierend eingegriffen. Auch im Roaming-Markt besteht eine disziplinierende Marktgegenseite in diesem Sinne nicht.

#### B.4.4.7.3. Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze (Netz-zugangsmarkt)

368. Die starke Position der Netzbetreiber zeigte sich in der Vergangenheit bereits mehrfach deutlich. So wurde beispielsweise der Zugang zu den Mobilfunknetzen erst nach der Eröffnung eines kartellrechtlichen Verfahrens gewährt (zunächst nur für Migros und Coop, dann auch für Tele2 und weitere).<sup>132</sup> Weiterverkäufer verfügen in vielen Fällen allerdings über eine bereits gut etablierte Marke und einen Kundenstamm. Diesen können sie nutzen, um bessere Verkaufsprovisionen beim Netzbetreiber auszuhandeln. Dies führt dazu, dass ein Teil des Umsatzes an die Weiterverkäufer geht. Die Zusammenschlussparteien machen geltend, dass dies in der Regel nicht weniger als [30-40] % des Umsatzes ausmache und zwar ohne dass sie die Aufwendungen für den Betrieb des eigenen Netzes auf sich nehmen müssten. Folglich seien die [...] im Netzzugangsmarkt erziel-

ten Resultate [...] und es sei unzutreffend, dass die beteiligten Unternehmen im Netzzugangsbereich zu Lasten ihrer Abnehmer überdurchschnittliche Margen generieren würden. Alleine schon aufgrund der zu entrichtenden Provisionen müssen die im Netzzugangsmarkt erzielten Resultate im Vergleich zu den auf dem Endkundenmarkt erzielten Resultate [...] sein. Es ist allerdings anzunehmen, dass die Netzbetreiber auch mit den von Weiterverkäufern angebotenen Tarifen nach wie vor Gewinne erwirtschaften. Alles andere wäre ökonomisch nicht sinnvoll. Da aber wie bereits oben ausgeführt, die einzelnen Weiterverkäufer ihre Tarife im Endkundenmarkt nicht eigenständig festlegen (vgl. Rz. 250), muss hieraus der Schluss gezogen werden, dass die von den Netzbetreibern angebotenen Endkundentarife als vergleichsweise hoch einzustufen sind.

369. Für Weiterverkäufer und MVNO gibt es keinen gesetzlich geregelten Zugang zum Mobilfunknetz, so dass sie von den Netzbetreibern abhängig sind. Ihre Marktposition ist daher als eher schwach einzustufen. Die Zusammenschlussparteien bringen weiter vor, ein MVNO wäre je nach konkreten Umständen als interkonnektionsberechtigter Anbieter zu betrachten, der sich auf Art. 11 FMG berufen könne. Zum jetzigen Zeitpunkt erscheint es zumindest fraglich, ob diese einen Netzzugang via Interkonnektion verlangen können (vgl. Rz. 176). Damit dies möglich wäre, müsste die Originierung von Telefonanrufen als Interkonnektion im Sinne von Art. 11 FMG angesehen werden. Bis heute existiert hierzu noch keine Rechtsprechung. Zudem ist es fraglich, ob ein Verfahren nach Art. 11 FMG für MVNO überhaupt sinnvoll ist, da sie ein langwieriges und unter Umständen kostspieliges Interkonnektionsverfahren mit ungewissem Ausgang einleiten müssten.

<sup>132</sup> Zugang zu Mobilfunknetzen/Einstellung der Vorabklärung, RPW 2006/3, S. 432.



370. Die Zusammenschlussparteien führen zudem aus, dass es mit Hilfe von Weiterverkäufern und MVNO gelinge, weitere Kundensegmente zu erschliessen, gleichzeitig ihre Netze besser auszulasten und damit die Kosten zu senken. Da sich Weiterverkäufer und MVNO dieser Umstände bewusst seien, verfügten sie über – teilweise sogar starke – Verhandlungsmacht. Die von den Zusammenschlussparteien angesprochene Verhandlungsmacht bezieht sich vorwiegend auf die zu bezahlenden Entgelte, um Geschäfte mit deren Kundenstamm machen zu können und nicht primär auf die absolute Höhe der Endkundenpreise. Vor diesem Hintergrund hat die behauptete Verhandlungsmacht der Weiterverkäufer und MVNO nur beschränkt Auswirkungen auf das Preisniveau im Endkundenmarkt.

371. Im Hinblick auf den Zugang zu Mobilfunknetzen würde der Zusammenschluss von Sunrise und Orange zudem zu einer starken Konzentration führen, so dass lediglich zwei Anbieter (Migros & BeeOne) bei der Swisscom und alle anderen Anbieter das Netz der fusionierten Unternehmung nutzen würden.

#### **B.4.4.7.4. Zwischenergebnis**

372. Durch den Wegfall eines dritten eigenständigen Netzanbieters würde die Position der Marktgegenseite auf dem Endkundenmarkt und dem Netzzugangsmarkt zusätzlich geschwächt, während die Koordination unter den beiden verbleibenden Netzbetreibern erheblich vereinfacht würde. Durch den Zusammenschluss würde weiterhin die Stellung der Weiterverkäufer bzw. MVNO zusätzlich geschwächt.

#### **B.4.4.8 Potenzielle Konkurrenz**

373. Tiefe Markteintrittsbarrieren können kollusives Verhalten erschweren oder verunmöglichen. Wenn Preise und Gewinne in einem Markt hoch sind, werden neue Firmen versuchen in den Markt einzutreten, um ihrerseits von den erzielbaren Gewinnmargen zu profitieren.<sup>133</sup>

374. Aufgrund der hohen Initialinvestitionen und der hoch konzentrierten Marktstruktur (vgl. Tabelle 25) ist der Markteintritt für einen Netzbetreiber auf dem schweizerischen Mobilfunkmarkt von hohen Eintrittsbarrieren geprägt.<sup>134</sup> Bereits zwei Versuche ausländischer Mobilfunkanbieter (Telefonica und Tele2), sich als Netzbetreiber im schweizerischen Markt zu etablieren, sind gescheitert. Seither hat es keine dauerhaften Markteintrittsversuche gegeben, obwohl es möglich wäre, eine weitere Mobilfunkkonzession zu erhalten. Auch wenn der Zusammenschluss keine Auswirkungen auf die Markteintrittsbarrieren betreffend Initialinvestitionen haben wird, ist dennoch davon auszugehen, dass sich die Markteintrittsbarrieren im Allgemeinen durch den Zusammenschluss von Orange und Sunrise noch erhöhen dürften, da hierdurch ein zweites relativ starkes Unternehmen entstehen würde, welches ein grosses Interesse hätte, dass kein zusätzlicher Konkurrent als Netzbetreiber in den schweizerischen Mobilfunkmarkt eintritt (siehe auch Rz. 219). Auch die Zusammenschlussparteien sind der Meinung, dass nicht damit zu rechnen sei, dass in Zukunft ein Netzbetreiber eine landesweite, eigenfinanzierte Netzinfrastruktur schaffen und betreiben wird, da die Kosten hierfür zu hoch seien.

375. Für Weiterverkäufer und MVNO sind die Markteintrittsbarrieren vom finanziellen Aufwand her zwar vergleichsweise gering. Jedoch haben sie aufgrund der Abhängigkeit von den Netzbetreibern kaum die Möglichkeit, mit den Netzbetreibern im Endkundenmarkt in wirksame Konkurrenz zu treten (vgl. Rz. 243). Aus diesem Grund sind, entgegen den Vorbringungen der Zusammenschlussparteien, auch Weiterverkäufer und MVNO nicht als effektive potenzielle Konkurrenz im Endkundenmarkt anzusehen. Wie bereits in Rz. 259 angeführt, ist es zudem sehr unwahrscheinlich, dass sich In&Phone als neuer Netzbetreiber im schweizerischen Markt etablieren wird.

#### **B.4.4.9 Zwischenergebnis kollektive Marktbeherrschung**

376. Zur Beurteilung einer kollektiven Marktbeherrschung müssen die einzelnen Effekte miteinander in Relation gebracht und einer Gesamtwürdigung unterzogen werden. Hierbei ist, wie bereits in Rz. 233 erwähnt, zu beurteilen, ob Anreize zur Etablierung und Aufrechterhaltung von implizitem oder explizitem kollusivem Verhalten bestehen und zudem das Abweichen von kollusivem Verhalten entdeckt und erfolgreich bestraft werden kann. Entgegen den Ausführungen der Zusammenschlussparteien ist es hierbei gerade nicht notwendig nachzuweisen, wie eine solche kollusive Strategie aussehen könnte, solange eine solche möglich ist (siehe auch Rz. 227).

377. Die Zusammenschlussparteien stellen eine Liste von Aspekten auf, über welche sich Swisscom und die fusionierte Unternehmung ihrer Meinung nach einigen müssten, um ein gleichförmiges Verhalten effektiv erreichen zu können. Sie führen aus, dass ein – implizit oder explizit – kollusives Verhalten für all diese Punkte schlicht unmöglich sei. Im Hinblick auf eine mögliche Kollusion stellt sich allerdings nicht die Frage, ob die Kollusionspartner ein perfekt gleichförmiges Verhalten an den Tag legen müssen, wie dies die Zusammenschlussparteien vorbringen. Zielführend für eine Kollusion ist bereits, dass sich die Kollusionspartner in den wesentlichen Aspekten (insbesondere der Preissetzung) gleichförmig verhalten können und dies auch wollen.

#### **B.4.4.9.1. Auswirkung auf den Endkundenmarkt**

378. Wie bereits in Rz. 315 gezeigt, befindet sich der Endkundenmarkt weitgehend in einer Reifephase und die Marktverhältnisse sind als stabil zu bezeichnen. Vor diesem Hintergrund zielt ein möglicher Wettbewerb zwischen den Mobilfunkanbietern nicht auf die Gewinnung neuer Kunden ab. Vielmehr konkurrieren die Mobilfunkanbieter weitgehend um die im Markt bestehenden Kunden. Im Mobilfunkmarkt werden lediglich drei Grunddienstleistungen (Sprachtelefonie, SMS/MMS und mobiles Internet) angeboten. Während heute bei den drei Grunddienstleistungen noch geringfügige Unterschiede in der Qualität (Netzabdeckung, etc.) bestehen, ist nach dem Zusammenschluss damit zu rechnen, dass auch

<sup>133</sup> MOTTA MASSIMO, a.a.O., S. 143.

<sup>134</sup> Zur Frage der potenziellen Konkurrenz vgl. Rz. 166 ff.

diese durch die Netzzusammenlegung verschwinden werden. Auch in Zukunft wird nicht damit zu rechnen sein, dass zwischen den Netzbetreibern grosse technologische oder qualitative Unterschiede entstehen werden. Vor diesem Hintergrund können Marktanteilsverschiebungen auf längere Frist vorwiegend durch eine unterschiedliche Tarifgestaltung (Preissetzung) erreicht werden. Um mehr Marktanteile zu erzielen, müsste ein Mobilfunkanbieter daher langfristig seine Preise senken.

379. Die Möglichkeit seine Preise zu senken, um mehr Marktanteile zu gewinnen, hängt von der eigenen Kostenstruktur ab. Grundsätzlich können Preise soweit gesenkt werden, bis der Mobilfunkanbieter nur noch kostendeckend anbietet. Während vor dem Zusammenschluss die Mobilfunkanbieter unterschiedliche Kostenstrukturen aufwiesen, werden sich diese nach dem Zusammenschluss stark annähern (vgl. Rz. 287). Vor diesem Hintergrund kann jeder der beiden im Markt verbleibenden Netzbetreiber mit Preissenkungen des jeweils anderen mitgehen, so dass jeder Mobilfunkanbieter durch Preissenkungen grundsätzlich keine Erhöhung seines Marktanteils erzielen kann, wenn die anderen Mobilfunkanbieter ihre Preise ebenfalls senken. Daher ist zu erwarten, dass jede Preissenkung auf dem Endkundenmarkt aufgrund der geringeren Margen lediglich zu einem Gewinnrückgang führt. Vor diesem Hintergrund haben die Netzbetreiber auf dem Endkundenmarkt ein erhöhtes Interesse zu implizitem oder explizitem kollusivem Verhalten.

380. Ein kolludierendes Verhalten ist im schweizerischen Mobilfunkmarkt auch ohne weiteres möglich, da die Marktgegenseite über keinerlei Marktmacht verfügt (vgl. Rz. 363 ff.), Weiterverkäufer keine Konkurrenz darstellen (vgl. Rz. 247 f.) und MVNO bisher keinen merklichen Einfluss auf das Marktgeschehen im Endkundenmarkt nehmen konnten (vgl. Rz. 243 ff.). Somit bestehen keine Marktteilnehmer, welche disziplinierend auf die beiden verbleibenden Netzbetreiber einwirken könnten.

381. Aufgrund der für die Netzbetreiber guten Beobachtbarkeit des Endkundenmarkts (Rz. 336) könnte auch ein Abweichen des jeweils anderen Netzbetreibers vom impliziten oder expliziten Kollusionsgleichgewicht jederzeit bemerkt werden. Ebenfalls bestehen für die Mobilfunkbetreiber geeignete Sanktionsmechanismen, mit welchen sie ein Abweichen vom Kollusionsgleichgewicht bestrafen können (vgl. Rz. 355).

### **Mögliche Beseitigung wirksamen Wettbewerbs auf dem Endkundenmarkt**

382. Gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG prüft die Wettbewerbskommission, ob durch die marktbeherrschende Stellung der wirksame Wettbewerb beseitigt werden kann. Art. 10 Abs. 4 KG verlangt, dass bei der Beurteilung der Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf die Wirksamkeit des Wettbewerbs auch die Marktentwicklung sowie die Stellung der Unternehmen im internationalen Wettbewerb zu berücksichtigen sind.

383. Wie bereits oben aufgezeigt, werden nach erfolgtem Zusammenschluss nur noch zwei Netzbetreiber auf dem schweizerischen Mobilfunkmarkt tätig sein. Da die Weiterverkäufer den Netzbetreibern zuzurechnen sind und MVNO weniger als [0-10]% (bzw. [0-10]%) Marktanteile

(vgl. Tabelle 15) innehaben, würde nach erfolgtem Zusammenschluss faktisch ein Duopol entstehen. Aufgrund der oben beschriebenen Marktverhältnisse ist auch nicht davon auszugehen, dass sich die beiden Duopolisten in der Zukunft im Endkundenmarkt gegenseitig in den Preisen unterbieten werden, da der Endkundenmarkt die Haupteinnahmequelle darstellt.

384. Der Mobilfunkmarkt ist international dadurch gekennzeichnet, dass die Endkundenpreise stetig fallen. Diesem internationalen Trend konnte sich auch der schweizerische Mobilfunkmarkt in der Vergangenheit nicht entziehen. So rechnet auch France Télécom in den nächsten Jahren mit einem Sinken der Mobilfunkpreise um ca. 6% pro Jahr.<sup>135</sup> Allerdings kann festgestellt werden, dass die schweizerischen Mobilfunkpreise deutlich über dem Durchschnitt der Europäischen Union liegen. Sunrise hat historisch gesehen meist die niedrigsten Endkundenpreise angeboten und damit einen gewissen Preisdruck auf die beiden anderen Netzbetreiber ausgeübt (vgl. Rz. 157 und Rz. 241). Durch den Zusammenschluss würde derjenige Netzbetreiber wegfallen, der ein massgeblicher Treiber der Kostensenkungen im schweizerischen Mobilfunkmarkt ist. Da sich die fusionierte Unternehmung und Swisscom besser koordinieren können und der Netzbetreiber, der historisch gesehen die günstigsten Mobilfunkpreise angeboten hat, wegfällt, ist zu erwarten, dass die Preise im schweizerischen Mobilfunkmarkt noch langsamer sinken als bisher oder auf dem bisherigen Niveau verharren bzw. steigen werden. Vor diesem Hintergrund ist zu erwarten, dass selbst bei geringfügigen in der Zukunft zu erwartenden Preissenkungen, die Differenz zum Preisniveau des Auslandes weiter ansteigen wird.

385. Dies ist insbesondere deshalb der Fall, da sich die Anreize zur Senkung der Preise mit der Grösse des Kundenstamms ändert. Preisaggressive Tarife führen zu einer geringeren Profitabilität des existierenden Kundenstamms, da die Konditionen solcher Tarife auch an die Bestandskunden weitergegeben werden müssen. Zwar ist es aufgrund der Trägheit des Endkundenmarktes im Abonnementsbereich für eine bestimmte Zeit möglich, zwischen Tarifen für Neukunden und für Bestandskunden zu differenzieren. Mittelfristig werden aber gesenkte Tarife für Neukunden in jedem Fall Auswirkungen auf den bestehenden Kundenstamm haben, da Bestandskunden eine längerfristige Differenzierung (zumindest nicht länger als die vereinbarte Vertragsdauer von 12 oder 24 Monaten) nicht hinnehmen werden. Aus diesem Grund ist ein dauerhaftes Niedrigpreisangebot zur Gewinnung von Neukunden umso unwahrscheinlicher, je grösser der Kundenstamm ist. Denn im Hinblick auf den bestehenden Kundenstamm drohen Einnahmeverluste, die durch die erwarteten zusätzlichen Einnahmen von den Neukunden nicht mehr kompensiert werden können (vgl. hierzu auch Ausführungen in Rz. 231). Die Zusammenschlussparteien originierten beispielsweise im Jahr

<sup>135</sup> Vgl. "Mobil-Tarife sinken jährlich 6 Prozent", in: NZZ am Sonntag vom 7. Februar 2010, abrufbar unter: [www.nzz.ch/nachrichten/wirtschaft/aktuell/mobiltarife\\_sinken\\_jaehrlich\\_6\\_prozent\\_1.4846946.html](http://www.nzz.ch/nachrichten/wirtschaft/aktuell/mobiltarife_sinken_jaehrlich_6_prozent_1.4846946.html) (zuletzt besucht am 16. Februar 2010).

2009 pro Monat durchschnittlich [...]. Würde die fusionierte Unternehmung die Mobilfunktarife um einen Rappen senken, so würde dies beim bestehenden Kundstamm zu einem Rückgang der Einnahmen von [...] führen. Bei einer durchschnittlichen ARPU des fusionierten Unternehmens bei Endkunden im Postpaid-Bereich von [...], müsste das Unternehmen [...] neue Kunden gewinnen, um die Preissenkung von einem Rappen zu kompensieren. Sunrise originierte im Jahr 2009 hingegen pro Monat durchschnittlich [...]. Vor diesem Hintergrund müsste Sunrise bei einer durchschnittlichen ARPU bei Endkunden im Postpaid-Bereich von [...] neue Kunden akquirieren. Zudem hat Sunrise die Möglichkeit, durch attraktive Angebote Kunden von Orange und Swisscom abzuwerben, während die fusionierte Unternehmung nur die Möglichkeit hat von Swisscom Kunden abzuwerben.

386. Im Parteigutachten von RBB Economics bringen die Zusammenschlussparteien vor, dass Neukunden auch ohne Preissenkungen akquiriert werden können, wenn spezielle (zeitlich befristete) Angebote und Rabatte für Neukunden angeboten werden. Es ist zwar korrekt, dass mit so genannten „Lockvogel-Angeboten“ ebenfalls Neukunden gewonnen werden können. Allerdings ist hierbei fraglich, inwieweit diese Kunden längerfristig gebunden werden können. Ausserdem wird auch schon heute von solchen Promotionen Gebrauch gemacht, ohne dass sich die Marktanteile signifikant geändert haben. Zudem werden bestehende Kunden, deren Abonnement ausläuft, eine solche Preisdiskriminierung nur in beschränktem Masse akzeptieren, so dass letztendlich im Mobilfunkbereich die Möglichkeiten zur Preissenkung durch spezielle Angebote, die sich nur an Neukunden richten, sehr begrenzt ist.

387. Die Zusammenschlussparteien merken in diesem Zusammenhang zudem an, dass die Preissenkung von Sunrise im Oktober 2007 deutlich zeige, dass eine Preissenkung nach einer kurzen Übergangszeit zu höheren Umsätzen und höherer Profitabilität führe. [...].

388. Mit diese Ausführungen bestätigen die Zusammenschlussparteien, dass nach Preissenkungen im Mobilfunkmarkt aufgrund der Trägheit der Märkte lange Zeiträume ([...]) nötig sind, bis es zu spürbaren Effekten kommt und dass Preissenkungen zu Umsatzverlusten führen, die in der Folge mit einem höheren Telefonievolumen kompensiert werden müssen.

389. Zusammenfassend muss daher geschlussfolgert werden, dass der Zusammenschluss zur Begründung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung führen wird, durch die wirksamer Wettbewerb im Endkundenmarkt beseitigt werden kann.

#### **B.4.4.9.2. Auswirkungen auf den Wholesale-Markt für internationales Roaming (Roaming-Markt)**

390. Durch den Zusammenschluss wird die fusionierte Unternehmung eine bessere Netzabdeckung haben und über eine grössere Kundenbasis verfügen. Daher ist zu erwarten, dass die fusionierte Unternehmung günstigere Roaming-Vereinbarungen mit ausländischen Mobilfunkanbietern schliessen können wird. Im Hinblick auf die Roaming-Tarife für ausländische Mobilfunkkunden kann

grundsätzlich auf die Ausführungen von Abschnitt B.4.4.9.1 verwiesen werden (vgl. Rz. 325 ff.). Dennoch ist anzunehmen, dass die ausländischen Mobilfunkunternehmen über eine grosse Verhandlungsmacht verfügen. Da sowohl Swisscom als auch die fusionierte Unternehmung in einer internationalen Roaming-Allianz Mitglied sein werden, ist zu erwarten, dass hierdurch eine disziplinierende Wirkung ausgeübt wird. Vor diesem Hintergrund ist eine Begründung oder Verstärkung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb im Roaming-Markt beseitigt werden kann, zumindest fraglich.

#### **B.4.4.9.3. Auswirkungen auf den Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze (Netzzugangsmarkt)**

391. Im Netzzugangsmarkt werden sich die Marktverhältnisse durch den Zusammenschluss am stärksten verändern, da Swisscom in diesem Markt bis anhin vergleichsweise geringe Aktivität zeigt. Gleichzeitig hat der Netzzugangsmarkt direkte Auswirkungen auf den Endkundenmarkt, da jeder neue Anbieter von Mobilfunkdienstleistungen gleichzeitig ein neuer Teilnehmer auf dem Endkundenmarkt ist.

392. Durch den Zusammenschluss entsteht auf dem Netzzugangsmarkt ein Duopol, da dann in der Schweiz nur noch zwei Netzbetreiber tätig sind. Durch den Wegfall eines Netzbetreibers wird daher die Verhandlungsposition der Weiterverkäufer und MVNO geschwächt, während die Koordination zwischen den Duopolisten erleichtert wird.

#### **Mögliche Beseitigung wirksamen Wettbewerbs auf dem Netzzugangsmarkt**

393. Der Zusammenschluss wird sich für Weiterverkäufer in erster Linie auf die Provisionszahlungen auswirken. Da sich Swisscom bei der Gewährung des Netzzugangs eher verhalten gezeigt hat (lediglich ein Weiterverkäufer (Migros) und ein MVNO (BeeOne) nutzen derzeit das Swisscom Netz), würde bei der fusionierten Unternehmung eine Marktkonzentration entstehen, welche es ihr erlaubt die Zugangsbedingungen weitgehend unabhängig festzulegen. Ein Weiterverkäufer oder MVNO kann heute mit allen drei Netzbetreibern über einen Netzzugang verhandeln. Dennoch nutzt ein Grossteil der Weiterverkäufer und MVNO die Netze von Sunrise und Orange.

394. Während heute zwischen Sunrise und Orange auf dem Netzzugangsmarkt eine gewisse Konkurrenz betreffend der Zugangsbedingungen herrscht, würde diese nach dem Zusammenschluss wegfallen. Swisscom hat sich in der Vergangenheit bei der Gewährung des Netzzugangs auf einen Weiterverkäufer (Migros) und einen MVNO (BeeOne) beschränkt. Selbst wenn Swisscom diese Strategie in der Zukunft nicht weiter beibehalten sollte, wären die Ausweichmöglichkeiten für Weiterverkäufer und MVNO weniger attraktiv, da Swisscom bereits heute keine aggressive Marktstrategie verfolgt und damit weniger stark auf MVNO und Weiterverkäufer angewiesen ist, als Sunrise heute. Für Weiterverkäufer und MVNO wird es ausserdem schwieriger sein, mit Swisscom zu verhandeln, da Swisscom alleine schon

durch ihre Grösse über bedeutend mehr Marktmacht verfügt, als Sunrise heute.

395. Der Zusammenschluss wird somit zur Begründung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung des fusionierten Unternehmens führen, durch die wirksamer Wettbewerb im Endkundenmarkt beseitigt werden kann.

#### **B.4.4.10 Zusammenfassende dynamische Gesamtbetrachtung**

396. Eine kollektive Marktbeherrschung bedarf einer Gesamtwürdigung der einzelnen Faktoren, welche eine Interpretation des wettbewerblichen Marktverhaltens der hieran beteiligten Akteure erlaubt. So machen die Zusammenschlussparteien geltend, dass für die Annahme eines kollusiven Verhaltens die Erfüllung der folgenden zentralen Voraussetzungen notwendig seien: Erzielen von Übereinstimmung über Koordinierungsmodalitäten; Möglichkeit der Überwachung von Abweichungen; Vorhandensein von glaubhaften Abschreckungsmechanismen; Fehlen von Reaktionen Aussenstehender, welche die Koordinierung gefährden könnten. Hierzu seien diese Faktoren in einen geeigneten Gesamtzusammenhang zu setzen, der eine einwandfreie Rechtsanwendung zulasse. GANZ fordert zur Beurteilung einer kollektiven Marktbeherrschung die Analyse von kollusionshemmenden und fördernden Marktcharakteristika jeweils auf vier Ebenen zu untersuchen. Hierzu müssen (1) Anreize zur Etablierung und (2) zur Aufrechterhaltung von implizitem und explizitem kollusivem Verhalten sowie Möglichkeiten untersucht werden, (3) Abweichungen vom kollusiven Verhalten zu entdecken und (4) erfolgreich zu unterbinden (z.B. durch Bestrafung).<sup>136</sup> In der ökonomischen Literatur wird sogar davon ausgegangen, dass (implizites) kollusives Verhalten alleine schon dadurch entstehen kann, dass die Möglichkeit besteht, (1) das Abweichen vom kollusiven Verhalten zeitnah zu entdecken und (2) eine Bestrafung für das Abweichen vom Kollusionsgleichgewicht glaubhaft anzudrohen.<sup>137</sup> Nachfolgend werden daher in einer dynamischen Gesamtbetrachtung die Anreize zur Etablierung und Aufrechterhaltung von kollusivem Verhalten sowie die Möglichkeiten, Abweichungen vom kollusiven Verhalten zu entdecken und Bestrafung für das Abweichen vom Kollusionsgleichgewicht glaubhaft anzudrohen, zusammengefasst.

##### **B.4.4.10.1. Anreize zur Etablierung und Aufrechterhaltung von kollektivem Verhalten**

397. Der Endkundenmarkt ist im Mobilfunkbereich dadurch gekennzeichnet, dass die hierauf angebotenen Güter weitgehend homogen sind (vgl. Rz. 294 - 298) und der Wettbewerb vorwiegend über den Preis stattfindet (vgl. Rz. 231 f.). Gleichzeitig reagiert der Mobilfunkmarkt auf Preisänderungen recht träge, so dass sich Preisänderungen erst mit einer starken zeitlichen Verzögerung bemerkbar machen (vgl. Rz. 157, 385), wie dies am Beispiel von Sunrise im Markt deutlich beobachtbar ist (vgl. Rz. 241). Weil sich aber Preisänderungen umso stärker auf den Umsatz auswirken, je grösser die Kundenbasis ist, steigen mit einer grösseren Kundenbasis die Anreize zur Kollusion, während gleichzeitig die Möglichkeiten zu effektivem Wettbewerb sinken (vgl. Rz. 385). Da sowohl der Netzzugangsmarkt (vgl. Rz. 348) als auch der Terminierungsmarkt (vgl. Rz. 349) einen Einfluss auf den Wettbewerb im Endkundenmarkt haben

und die Haupteinnahmequelle im Bereich Mobilfunk bei den Endkunden liegt, bestehen auch auf diesen Märkten erhöhte Anreize zur Kollusion.

398. In der Prüfung des Zusammenschlussvorhabens wurde zudem festgestellt, dass sich durch den Zusammenschluss die Anzahl der im Endkundenmarkt effektiv konkurrenzierenden Unternehmen von drei auf zwei reduzieren würde (vgl. Rz. 243 - Rz. 266). Zudem würden sich die beiden Unternehmen in technologischer Hinsicht (insbesondere, was die Frequenzausstattung anbelangt; vgl. Rz. 290 ff.), aber auch hinsichtlich der Kostenstruktur (vgl. Rz. 282 ff.), der Produkte (vgl. Rz. 294 ff.) sowie der Interessen (vgl. Rz. 299 ff. und Rz. 385) angleichen. Weiterhin befindet sich der Mobilfunkmarkt in einer Reifephase, so dass grössere Marktanteile nur noch auf Kosten der Konkurrenten hinzugewonnen werden können (vgl. Rz. 306, Rz. 315). Zwar ist es im Netzzugangsmarkt in den letzten Jahren zu neuen Markteintritten von MVNO und Weiterverkäufern gekommen. Da diese aber bisher zu den Netzbetreibern nicht in effektive Konkurrenz getreten sind, reichen diese Neuzutritte nicht aus, um ein kollusives Gleichgewicht zu stören (vgl. Rz. 321 ff.). Auch die Stellung der Marktgegenseite auf dem Endkundenmarkt (vgl. Rz. 363 ff.) und dem Netzzugangsmarkt (vgl. Rz. 247 ff., Rz. 368 f.) ist als sehr schwach zu qualifizieren. Der internationale Roamingmarkt hat zudem kaum einen Einfluss auf die Preissetzung im Endkundenmarkt. Es ist daher auch keinerlei disziplinierende Wirkung von der Marktgegenseite zu erwarten.

399. Vor diesem Hintergrund werden durch den Zusammenschluss die Anreize zur Etablierung und Aufrechterhaltung von kollusivem Verhalten verstärkt. Deshalb ist auch nicht davon auszugehen, dass die durch den Zusammenschluss realisierten Effizienzgewinne in erheblichem Masse an den Endkunden weitergegeben werden.

##### **B.4.4.10.2. Möglichkeiten zur Entdeckung und Sanktionierung von Abweichungen vom kollusionsgleichgewicht**

400. Für Unternehmen, die sich regelmässig mit der Preissetzung im Bereich Mobilfunk auseinandersetzen, ist der Mobilfunkmarkt (nicht auch zuletzt aufgrund der gesetzlichen Publizitätspflichten) sehr transparent (vgl. Rz. 328 ff.). Daher können Mobilfunkunternehmen die Preise und Preisstrategien im Endkundenmarkt (da diese zumeist vorangekündigt werden) frühzeitig erkennen.

401. Der fusionierten Unternehmung würden aber auch wirksame Sanktionsmechanismen zur Verfügung stehen, mit welchen sie gegen Swisscom vorgehen könnte (vgl. Rz. 354 f.). Neben der Möglichkeit zur glaubhaften Androhung von Interkonkurrenzverfahren ist auch der Terminierungsmarkt zu nennen (vgl. Rz. 355). Selbst wenn die Erhöhung der Terminierungsgebühren durch

<sup>136</sup> GANZ ELIANE E., a.a.O., S. 165 f.

<sup>137</sup> MOTTA MASSIMO, a.a.O., S. 140.

einen der Marktteilnehmer nur über einen gewissen Zeitraum möglich ist, so stellt sie ein glaubhaftes Drohpotenzial dar, welches den jeweils anderen Mobilfunkanbieter davon abhalten kann, vom Kollusionsgleichgewicht abzuweichen. Die wohl wirksamste Sanktionsmöglichkeit, auf ein Abweichen vom Kollusionsgleichgewicht zu reagieren, ist die Drohung des jeweils anderen Mobilfunkanbieters, ebenfalls in der selben Art und Weise vom Kollusionsgleichgewicht abzuweichen, wodurch der erhoffte Effekt vom abweichenden Marktteilnehmer nicht realisiert werden könnte.

402. Wie dargelegt verfügen die Mobilfunkanbieter über geeignete und effektive Sanktionsmechanismen, welche sie aufgrund der sehr hohen Markttransparenz für Mobilfunkbetreiber gezielt dazu einsetzen können, um ein kollusives Gleichgewicht zu etablieren und auch über längere Zeit beizubehalten.

#### **B.4.4.11 Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt**

403. Schliesslich bleibt zu prüfen, ob der Zusammenschluss zu einer Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt führt, der die Nachteile einer marktbeherrschenden Stellung überwiegt (Art. 10 Abs. 2 Bst. b KG).

404. Nach Ansicht der Zusammenschlussparteien wird sich der Zusammenschluss sowohl auf den betroffenen Märkten, als auch auf anderen Märkten positiv auswirken. So soll die fusionierte Unternehmung insbesondere in der Lage sein, verbesserte Kundenangebote zu lancieren. Vorgebracht werden in diesem Zusammenhang unter anderem die Reduktion von Abdeckungslücken, Ausbau der Dienstleistungs- und Produktangebote sowie der konvergenten Angebote, Verbesserung des Dienstleistungsniveaus und Verbesserung und Ausweitung des Vertriebsnetzwerks. Darüber hinaus führen die Zusammenschlussparteien nicht aus, inwiefern und in welchen Märkten dies zu einer Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse führen könnte.

405. Diese Argumentation könnte in Bezug auf die Abdeckungslücken jedoch nur als Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse vorgebracht werden, wenn vorliegend keine kollektive Marktbeherrschung der fusionierten Unternehmung mit Swisscom festgestellt würde. In den Bereichen, in denen heute Abdeckungslücken sowohl von Sunrise als auch Orange bestehen, würde man von einer allfälligen Einzelmarktbeherrschung von Swisscom zu einer kollektiven Marktbeherrschung übergehen, was keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse darstellt.

406. Bezüglich der konvergenten Angebote ist darauf hinzuweisen, dass die Zusammenschlussparteien solche bereits heute anbieten. Auch im Festnetz- und Breitbandmarkt sind heute entweder Orange, Sunrise oder gar beide Unternehmen tätig. Die fusionierte Unternehmung wird dort nicht in Märkte eintreten, in denen bis anhin weder Orange noch Sunrise tätig waren. Auch wenn nicht auszuschliessen ist, dass sich die Wettbewerbssituation in diesen Märkten etwas verbessern könnte, ist nicht davon auszugehen, dass diese Verbesserung die massiven Nachteile einer kollektiven Marktbeherrschung im Retail-Markt für Mobilfunkdienstleis-

tungen und im Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze zu überwiegen vermögen.

407. Die von den Zusammenschlussparteien vorgebrachten Verbesserungen (Synergien, attraktive Bündelangebote, Effizienzsteigerungen, etc.) führen dazu, dass die fusionierte Unternehmung eine stärkere Marktposition innehaben wird, als dies heute für Orange und Sunrise je einzeln der Fall ist. Von dieser Tatsache kann jedoch nicht auf eine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in anderen als den vertieft geprüften Märkten geschlossen werden, welche die Nachteile der kollektiven Marktbeherrschung im Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen und im Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze zu überwiegen vermag.

#### **B.4.4.12 Effizienzgewinne**

408. Die Zusammenschlussparteien bringen vor, dass sich zwei Unternehmen mit dem Ziel zusammenschliessen wollen, ihre Effizienz zu verbessern. Es bestehe Einigkeit darüber, dass eine Effizienzsteigerung von Unternehmen im Gesamtzusammenhang als positiv beurteilt werden müsse. Selbst wenn sich auf den betroffenen Märkten symmetrischere Bedingungen ergeben sollten, sei trotzdem unwahrscheinlich, dass ein solcher rein formaler Umstand die gesicherten Wohlfahrtsvorteile aus den Effizienzsteigerungen zu überwiegen vermöge.

409. Im Rahmen der Fusionskontrolle wird basierend auf Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG ein so genannter CSDP-Test („Creation or Strengthening of Dominant Position“) durchgeführt. Hierbei wird geprüft, ob der Zusammenschluss zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann.<sup>138</sup> Demnach sind Zusammenschlüsse zu verbieten, welche dazu führen, dass nach dem Zusammenschluss ein einzelnes Unternehmen über eine monopolähnliche Stellung verfügt (Einzelmarktbeherrschung) und/oder zwei oder mehr Unternehmen den Markt kollektiv beherrschen (kollektive Marktbeherrschung). In diesem Rahmen können Effizienzeinreden, wie sie in der Europäischen Union im Rahmen eines SIEC- oder SLC-Test angewendet werden, allenfalls betrachtet werden, wenn sie geeignet sind, eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs zu vermeiden. Eine solche Effizienzeinrede hat zum Ziel, dem Trade-off zwischen anti-kompetitiven Effekten (z.B. Tendenzen zu Preiserhöhungen infolge gestiegener Marktmacht) und pro-kompetitiven Effekten (z.B. Tendenz zu Preissenkungen infolge synergiebedingter Kostensenkungen) eines Unternehmenszusammenschlusses Rechnung zu tragen. Auf diese Weise kann sichergestellt werden, dass ein Zusammenschluss, durch welchen Effizienzgewinne realisiert werden, die allfällige anti-kompetitive Effekte überkompensieren, nicht verhindert wird.

<sup>138</sup> Vgl. Synthesebericht der Evaluationsgruppe Kartellgesetz, abrufbar unter: [www.weko.admin.ch/dokumentation/00216/index.html?lang=de](http://www.weko.admin.ch/dokumentation/00216/index.html?lang=de) (zuletzt besucht am 14. April 2010), Rz. 230.

410. Im Rahmen der europäischen Zusammenschlusskontrolle werden Effizienzgewinne allerdings nur berücksichtigt, wenn die Zusammenschlussparteien nachweisen, dass und auf welche Weise die durch einen Unternehmenszusammenschluss erzielten Effizienzgewinne den Wettbewerb verstärken.<sup>139</sup> Diese Überlegungen und die darauf beruhenden, von den Parteien angerufenen horizontalen Leitlinien können allerdings nicht unbesehen auf den schweizerischen CSDP-Test übertragen werden, da die europäische Zusammenschlusskontrolle in ihrer Konzeption von der schweizerischen Zusammenschlusskontrolle abweicht. Selbst wenn sie übernommen werden könnten, würde dies in jedem Fall voraussetzen, dass die Effizienzsteigerungen an die Konsumenten weitergegeben werden. An der Erfüllung dieser Voraussetzung fehlt es im vorliegenden Fall.

411. Grundsätzlich ist bei jedem Unternehmenszusammenschluss davon auszugehen, dass dieser zu Vorteilen für mindestens eine der Zusammenschlussparteien führt. Vor diesem Hintergrund ist auch vorliegend davon auszugehen, dass der geplante Zusammenschluss zu Effizienzgewinnen für die fusionierte Unternehmung führen wird. Dies wird insbesondere durch die Berechnung des BAKOM betreffend Netzkosten ersichtlich (vgl. Tabelle 30 und Tabelle 31). Im Rahmen der Prüfung des Zusammenschlussvorhabens wurde festgestellt, dass es durch den Zusammenschluss zu einer kollektiven Marktmarktbeherrschung kommen würde (vgl. diesbezüglich die Ausführungen zur kollektiven Marktbeherrschung sowie zusammenfassend Rz. 397 ff.), weshalb den von den Zusammenschlussparteien angefügten Effizienzgewinnen und den damit möglichen pro-kompetitiven Effekten anti-kompetitive Effekte durch die kollektive Marktbeherrschung entgegenstehen.

412. Die Zusammenschlussparteien haben vorgebracht, dass sie die realisierten Effizienzgewinne dazu verwenden möchten, [...]. Ausserdem würde das fusionierte Unternehmen vor dem Dilemma stehen, einerseits die Kosteneinsparungen an die Kunden weiterzugeben und andererseits damit Investitionen tätigen zu müssen. Insbesondere vor diesem Hintergrund machen die Zusammenschlussparteien geltend, dass die fusionierte Unternehmung sich vorerst damit beschäftigen müsse, die beiden Netze zusammenzuführen. Zudem gehen die Zusammenschlussparteien davon aus, [...]. Im Rahmen der Anhörungen zu möglichen Auflagen haben die Zusammenschlussparteien geltend gemacht, dass [...]. Trotz dieser Zusagen ist daher keine Weitergabe der – durch den Zusammenschluss – erzielten Synergien an die Konsumenten ersichtlich, welche die negativen Auswirkungen der kollektiven Marktbeherrschung auf den Wettbewerb zu überwiegen und damit zu vermeiden vermag.

413. Für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben ist im übrigen darauf hinzuweisen, dass es den Zusammenschlussparteien möglich wäre, zumindest einen Teil der Effizienzgewinne durch eine Zusammenlegung ihrer Netze zu realisieren (vgl. auch Rz. 292) und auf diese Weise die Investitionen zum Aufbau eines LTE-Netzes zu teilen, was auch der Präsident der ComCom im Rahmen der Anhörungen bestätigt hat. Die Synergien im Netzbereich liessen sich also auch ohne Unternehmenszusammenschluss realisieren.

#### B.4.5 Mögliche Auflagen

414. Im Rahmen der Anhörung vom 22. März 2010 hat der Präsident der ComCom verschiedene Möglichkeiten für Auflagen vorgeschlagen, welche den Zusammenschlussparteien zur Stellungnahme unterbreitet wurden.

415. Die vom Präsidenten der ComCom vorgeschlagenen Auflagen wurden durch die Zusammenschlussparteien abgelehnt. Die Zusammenschlussparteien haben allerdings die nachfolgenden Auflagen vorgeschlagen:

[...]

416. [...]

417. [...]

418. [...]

419. [...]

420. [...]

421. [...]

422. [...]

423. [...]

424. [...]

425. [...]

426. [...]

427. Zusammengefasst muss daher gesagt werden, dass die von den Zusammenschlussparteien vorgeschlagenen Auflagen nicht geeignet sind, die aus dem Zusammenschluss resultierende Begründung der marktbeherrschenden Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt wird, soweit abzuschwächen, dass der Zusammenschluss mit Bedingungen und Auflagen zugelassen werden könnte.

#### B.5 Schlussfolgerungen

428. Aus diesen Gründen ergibt die Prüfung des Zusammenschlussvorhabens durch die WEKO, dass das Zusammenschlussvorhaben zwischen France Télécom und Sunrise eine kollektiv marktbeherrschende Stellung im Endkundenmarkt und im Netzzugangsmarkt mit Swisscom begründet. Hierdurch kann wirksamer Wettbewerb beseitigt werden (Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG), insbesondere auch deshalb, weil der derzeitige "Maverick" aus dem Markt verschwinden würde (vgl. Rz. 157 ff., Rz. 241, Rz. 385). Zugleich ergibt sich durch den Zusammenschluss keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegen (Art. 10 Abs. 2 Bst. b KG). Es sind auch keine zielführenden Auflagen oder Bedingungen ersichtlich, mittels welcher der Zusammenschluss genehmigt werden könnte.

429. Die Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens 41-0594 France Télécom SA/Sunrise Communications AG hat ergeben, dass der Zusammenschluss nicht zugelassen werden kann.

<sup>139</sup> Vgl. Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäss der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (Horizontale Leitlinien), 2004/C 31/03, ABI C 31/05, Rz. 76 ff.

## B.6 Entzug der aufschiebenden Wirkung

430. Die Zusammenschlussparteien beantragen den Entzug der aufschiebenden Wirkung einer allfälligen Beschwerde gegen die Verfügung der Wettbewerbskommission in Sachen Zusammenschlussvorhaben France Télécom SA/Sunrise Communications AG. Begründet wird dies durch die Beschwerdemöglichkeit einer dritten Partei im Falle der Feststellung einer kollektiven Marktbeherrschung. Die Zusammenschlussparteien legen dar, dass es den beteiligten Unternehmen möglich sein müsse, das Zusammenschlussvorhaben auch im Falle einer solchen Beschwerde einer Drittpartei unter Einhaltung der verfügten Auflagen zu vollziehen.

431. Im Falle eines Zusammenschlusses unter Auflagen und Bedingungen kann, wenn von der WEKO eine kollektiv marktbeherrschende Stellung festgestellt wird, die Beschwerdemöglichkeit einer dritten Partei nicht vollumfänglich ausgeschlossen werden. Daher könnte in einer solchen Konstellation der Entzug der aufschiebenden Wirkung im Falle einer Beschwerde durch eine dritte Partei geboten sein.

432. Für den Fall, dass das Zusammenschlussvorhaben untersagt wird, ist ein Entzug der aufschiebenden Wirkung nicht möglich, da dies den Entscheid quasi verunmöglichen würde. Zudem würde durch den beginnenden Vollzug des Zusammenschlussvorhabens die Beschwerde präjudiziert.

## C Kosten

433. Gestützt auf die Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2) ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht (Art. 2 GebV-KG). Als Verursacher gelten im vorliegenden Fall die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen France Télécom SA und Sunrise Communications AG.

434. Für die Beurteilung des gemeldeten Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung wird nach Art. 1 Abs. 1 Bst. c i.V.m. Art. 4 Abs. 3 GebV-KG eine Pauschalgebühr von CHF 5'000.- erhoben.

435. Beschliesst die WEKO, eine vertiefte Prüfung nach Art. 33 KG durchzuführen, richtet sich die Gebühr ab diesem Zeitpunkt nach dem Zeitaufwand, wobei ein Stundenansatz von CHF 100.- bis 400.- gilt (Art. 53a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Bst. c sowie Art. 4 Abs. 1 und 2 GebV-KG). Dieser richtet sich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von CHF 200.-. Im vorliegenden Fall sind keine Gründe erkennbar, welche eine Erhöhung oder Verminderung der Gebühr rechtfertigen würden. Für die aufgewendete Zeit von 910 Stunden gilt daher ein Ansatz von CHF 200.-. Die Gebühr beläuft sich demnach auf CHF 182'000.-.

436. Die Gesamtgebühr für vorliegendes Zusammenschlussvorhaben beläuft sich auf insgesamt 187'000.-, bestehend aus der Pauschalgebühr von CHF 5'000.- für die vorläufige Prüfung und der Gebühr von CHF 182'000.- für die Prüfung.

437. Haben mehrere Personen gemeinsam eine Verfügung veranlasst oder eine Dienstleistung beansprucht, so haften sie für die Kosten solidarisch (Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 der Allgemeinen Gebührenverordnung vom 8. September 2004 [AllgGebV; SR 172.041.1]). Somit haften France Télécom SA und Sunrise Communications AG solidarisch für die Kosten der Prüfung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens.

## D Dispositiv

Die Wettbewerbskommission, gestützt auf die vorangehenden Erwägungen, verfügt:

1. Das Zusammenschlussvorhaben wird untersagt.
2. Der Beschwerde wird die aufschiebende Wirkung nicht entzogen.
3. [Verfahrenskosten]
4. [Rechtsmittelbelehrung]
5. [Eröffnung]