7 Öffentliche Werke – Energie – Verkehr
Travaux publics – Energie – Transports et communications
Lavori pubblici – Energia – Trasporti e comunicazioni

35

Auszug aus dem Urteil der Abteilung I
i. S. Swisscom (Schweiz) gegen
Eidgenössische Kommunikationskommission
A-109/2008 vom 12. Februar 2009

Fernmeldeverkehr. Zugang zu schnellem Bitstrom. Marktbeherrschung. Grundsatzurteil.

Art. 11 Abs. 1 Bst. b FMG. Art. 4 Abs. 2 KG.

1. **Frage offen gelassen, ob die Feststellung der Vorinstanz, dass die Beschwerdeführerin der Zugangspflicht unterliegt, einen Teilentscheid in der Hauptsache oder einen Zwischenentscheid darstellt (E. 3.1).**
2. **Kognition des Bundesverwaltungsgerichts. Ermessen der Vorinstanz als Fachorgan (E. 4).**
3. **Anlässlich eines früheren Verfahrens gemachte Anweisungen der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen als ehemaliger Rechtsmittelinstanz der Wettbewerbskommission haben gegenüber der Eidgenössischen Kommunikationskommission und auf das vorliegende Verfahren keine bindende Wirkung (E. 5.4).**
4. **Anspruch auf rechtliches Gehör (E. 6).**
5. **Die Auslegung, ob eine marktbeherrschende Stellung vorliegt, bildet eine Rechtsfrage (E. 7.4).**
6. **Definition der Marktbeherrschung (E. 8.4.1). Abgrenzung der sachlich und räumlich relevanten Märkte (E. 8.4.1 ff.). Begriff der Marktgegenseite (E. 8.4.2). Keine zu enge Abgrenzung der Märkte durch die Vorinstanz.**
7. **Weder aktueller noch potentieller Wettbewerb diszipliniert das Verhalten der Beschwerdeführerin (E. 9.4.1 ff.)**

8. Auch unter Berücksichtigung des Einflusses des nachgelagerten Marktes kann sich die Beschwerdeführerin unabhängig verhalten (E. 10.4 ff.).

Télécommunications. Accès à haut débit. Position dominante. Arrêt de principe.

Art. 11 al. 1 let. b LTC. Art. 4 al. 2 LCart.

1. Question laissée ouverte de savoir si la constatation de l'autorité inférieure, selon laquelle la recourante a l'obligation de garantir l'accès, constitue une décision partielle sur le fond ou une décision incidente (consid. 3.1).

2. Pouvoir d'examen du Tribunal administratif fédéral. Pouvoir d'appréciation de l'autorité inférieure en tant qu'organe spécialisé (consid. 4).

3. Les injonctions émises dans le cadre d'une procédure antérieure par la Commission de recours pour les questions de concurrence – ancienne autorité de recours de la Commission de la concurrence – ne déploient d'effet contraignant ni à l'égard de la Commission fédérale de la communication, ni dans la présente procédure (consid. 5.4).

4. Droit d'être entendu (consid. 6).

5. La question de savoir si un acteur du marché occupe une position dominante est une question de droit (consid. 7.4).

6. Définition de la notion de position dominante (consid. 8.4.1). Délimitation des marchés matériels et territoriaux pertinents (consid. 8.4.1 ss). Notion de partenaire commercial (consid. 8.4.2). La délimitation des marchés, à laquelle l'autorité inférieure a procédé, n'était pas trop étroite.

7. Ni la concurrence actuelle ni une concurrence potentielle ne sont de nature à discipliner le comportement de la recourante (consid. 9.4.1 ss).

8. Même en tenant compte de l'influence du marché en aval, la recourante peut se comporter de manière indépendante (consid. 10.4 ss).

Telecomunicazioni. Accesso a flusso di bit ad alta velocità. Posizione dominante sul mercato. Sentenza di principio.

Art. 11 cpv. 1 lett. b LTC. Art. 4 cpv. 2 LCart.

1. **La questione a sapere se la constatazione dell'autorità inferiore secondo la quale la ricorrente sottostà al diritto di accesso rappresenta una decisione parziale nel merito o una decisione incidentale viene lasciata aperta (consid. 3.1).**
2. **Cognizione del Tribunale amministrativo federale. Potere di apprezzamento dell'autorità inferiore come organo specializzato (consid. 4).**
3. **Le istruzioni emanate dalla Commissione di ricorso in materia di concorrenza in qualità di precedente autorità di ricorso della Commissione della concorrenza, nell'ambito di un procedimento anteriore, non hanno un effetto vincolante nei confronti della Commissione federale delle comunicazioni e neppure per il presente procedimento (consid. 5.4).**
4. **Diritto di essere sentito(consid. 6).**
5. **Se sussiste o meno una posizione dominante sul mercato costituisce una questione di diritto (consid. 7.4).**
6. **Definizione di posizione dominante sul mercato (consid. 8.4.1). Delimitazione dei mercati rilevanti dal punto di visto materiale e territoriale (consid. 8.4.1 segg.). Definizione di partner commerciali (consid. 8.4.2). Nessuna delimitazione troppo rigida dei mercati da parte dell'istanza inferiore.**
7. **Il comportamento della ricorrente non è disciplinato né dalla concorrenza attuale né dalla concorrenza potenziale (consid. 9.4.1 segg.)**
8. **Anche in considerazione dell'influenza del mercato situato a valle, la ricorrente può comportarsi in modo indipendente (consid. 10.4 segg.).**

Die TDC Switzerland AG (heute: Sunrise Communications AG, nachfolgend: Sunrise) stellte beim Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) zuhanden der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom) ein Gesuch um Erlass einer Zugangsverfügung. Sie beantragte, die Swisscom Fixnet AG (heute: Swisscom [Schweiz] AG, nachfolgend: Swisscom) sei zu verpflichten, ihr auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen den schnellen Bitstromzu-

gang zu gewähren. Der verlangte Zugang sei für sämtliche heute und in Zukunft jeweils technisch realisierbaren Varianten zu gewähren. In verfahrensrechtlicher Hinsicht wurde zudem beantragt, es sei vorab in einem Teilentscheid festzustellen, ob Swisscom bezüglich des schnellen Bitstromzugangs marktbeherrschend sei.

Das BAKOM ersuchte daraufhin die Wettbewerbskommission (WEKO) um ein Gutachten zur Frage der Marktbeherrschung der Swisscom hinsichtlich des schnellen Bitstromzugangs. In ihrem Gutachten vom 3. September 2007 kam die WEKO zum Schluss, dass Swisscom in Bezug auf den schnellen Bitstromzugang als marktbeherrschende Anbieterin von Fernmeldediensten gemäss Art. 11 Abs. 1 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG, SR 784.10) zu qualifizieren sei.

Die ComCom (Vorinstanz) entschied mit Teilverfügung vom 21. November 2007, Swisscom sei im Bereich des schnellen Bitstroms marktbeherrschend und habe folglich während vier Jahren den schnellen Bitstromzugang gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. b FMG zu gewähren. Zur Begründung ihrer Verfügung stützte sich die Vorinstanz im Wesentlichen auf das Gutachten der WEKO.

Gegen diesen Entscheid gelangte Swisscom (Beschwerdeführerin) mit Beschwerde vom 7. Januar 2008 an das Bundesverwaltungsgericht (BVGer).

Das BVGer weist die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

2. Nach Art. 11 Abs. 1 FMG müssen marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen Zugang zu ihren Einrichtungen und Diensten gewähren.

Grundsätzlich werden die Bedingungen des Zugangs zwischen den beteiligten Anbieterinnen direkt vereinbart. Eine behördliche Regelung ist gesetzlich nur subsidiär für den Fall vorgesehen, dass sich die Parteien nicht innert vernünftiger Frist einigen können (Verhandlungsprimat; vgl. Botschaft des Bundesrates vom 10. Juni 1996 zum revidierten Fernmeldegesetz, in Bundesblatt [BBl] 1996 1405, 1419, 1427; Botschaft des Bundesrates vom 12. November 2003 zur Änderung des Fernmeldegesetzes, BBl 2003 7951, 7963; BGE 131 II 13 E. 1.2, BGE 125 II 613 E. 1c mit Hinweisen). Gemäss Art. 11*a* Abs. 1 FMG verfügt die ComCom auf Antrag des BAKOM die Zugangsbedingungen, wenn sich die Fernmeldedienstanbieterinnen nicht innerhalb von drei Monaten einigen. Art. 51 ff. der

Verordnung vom 9. März 2007 über Fernmeldedienste (FDV, SR 784.101.1) konkretisieren den Zugang zu den Einrichtungen und Diensten marktbeherrschender Anbieterinnen. Art. 64 ff. FDV regeln das Verfahren zum Abschluss von Zugangsvereinbarungen, Art. 70 ff. FDV dasjenige zum Erlass einer Zugangsverfügung. Ist die Frage der Marktbeherrschung zu beurteilen, konsultiert das BAKOM die WEKO (Art. 11*a* Abs. 2 FMG; vgl. PETER R. FISCHER/OLIVER SIDLER, Fernmelderecht, in: Rolf H. Weber [Hrsg.], Informations- und Kommunikationsrecht, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. V, Teil I, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2003, Rz. 133 ff., 175 ff.).

3.

3.1 Der angefochtene Entscheid enthält nicht die definitive Zugangsverpflichtung zum schnellen Bitstrom und bestimmt auch nicht die von der Beschwerdeführerin zu gewährenden Zugangsbedingungen. Er ist in diesem Sinne nicht rechtsgestaltend, sondern stellt lediglich fest, dass die Beschwerdeführerin der Zugangspflicht unterliegt. Mit anderen Worten prüfte die Vorinstanz bisher nur einen Teil der gesetzlichen Voraussetzungen und fällte diesbezüglich einen Entscheid. Ob es sich hierbei um einen feststellenden Teilentscheid in der Hauptsache, der grundsätzlich gleich wie ein Endentscheid selbständig angefochten werden kann (vgl. BGE 131 II 13 E. 2.4), oder um einen Zwischenentscheid handelt (vgl. in diesem Zusammenhang auch HANS PETER WALTER, Das Teilurteil vor Bundesgericht, in: Michael Leupold/David Rüetschi/Damian Stauber/Meinrad Vetter [Hrsg.], Der Weg zum Recht, Festschrift für Alfred Bühler, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 241 ff., insbes. S. 246 f.), kann offen bleiben. Denn nach Art. 46 Abs. 1 Bst. b des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) ist die Beschwerde auch gegen eine Zwischenverfügung zulässig, wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde. Diese Voraussetzungen wären vorliegend ohne Zweifel erfüllt, denn im Falle des Obsiegens der Beschwerdeführerin müsste diese der Gesuchstellerin den beantragten schnellen Bitstromzugang nicht gewähren.

3.2 Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist daher einzutreten.

4. Das BVGer überprüft die bei ihm angefochtenen Verfügungen und Entscheide grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition, das heisst auch auf eine allfällig unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts hin, ebenso auf Angemessenheit (Art. 49 VwVG).

Unabhängig davon kommt der Vorinstanz ein gewisser Beurteilungsspielraum zu. Zunächst gilt dies, soweit sie unbestimmte Gesetzesbegriffe anzuwenden hat. Zwar ist es grundsätzlich Aufgabe der Gerichte, derartige unbestimmte Gesetzesbegriffe im Einzelfall auszulegen und zu konkretisieren. Wenn aber die Gesetzesauslegung ergibt, dass der Gesetzgeber mit der offenen Normierung der Entscheidbehörde eine zu respektierende Entscheidungsbefugnis einräumen wollte, darf und muss das Gericht seine Kognition entsprechend einschränken. Die Vorinstanz ist keine gewöhnliche Vollzugsbehörde, sondern eine verwaltungsunabhängige Kollegialbehörde mit besonderen Kompetenzen. Als Fachorgan ist sie sowohl autonome Konzessionsbehörde als auch Regulierungsinstanz mit besonderer Verantwortung. Dies rechtfertigt eine gewisse Zurückhaltung des BVGer wenigstens insoweit, als die Vorinstanz unbestimmte Gesetzesbegriffe auszulegen und anzuwenden hat. Es befreit das BVGer aber nicht davon, die Rechtsanwendung unter Beachtung dieser Zurückhaltung auf ihre Vereinbarkeit mit Bundesrecht zu überprüfen. Sodann amtet die Vorinstanz in einem höchst technischen Bereich, in dem Fachfragen sowohl übermittlungstechnischer als auch ökonomischer Ausrichtung zu beantworten sind. Ihr steht dabei – wie anderen Behördenkommissionen auch – ein eigentliches « technisches Ermessen » zu. Im Rahmen dieses « technischen Ermessens » darf der verfügenden Behörde bei der Beurteilung von ausgesprochenen Fachfragen ein gewisser Ermessens- und Beurteilungsspielraum belassen werden, soweit sie die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend durchgeführt hat (vgl. BGE 132 II 257 E. 3.2, BGE 131 II 13 E. 3.4, BGE 131 II 680 E. 2.3.2 mit Hinweisen; André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 2.155).

5.

5.1 Die Beschwerdeführerin macht zunächst geltend, der Beschwerdeentscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO/WEF) vom 30. Juni 2005 enthalte verbindliche und rechtskräftige Anweisungen, an die sich die Vorinstanz hätte halten müssen. In jenem Verfahren habe die WEKO mittels Verfügung entschieden, dass sie, die Beschwerdeführerin, im Wholesalemarkt für Breitbanddienste über eine marktbeherrschende Stellung verfüge und das von ihr verwendete Mengen-Rabattmodell im Zusammenhang mit Broadband Connectivity Service (BBCS) die eigene Geschäftseinheit Bluewin bevorzuge resp. die Konkurrenten behindere. Die REKO/WEF habe in ihrem Entscheid die Verfügung der WEKO aufgehoben und die Sache zur Neubeurteilung zurückgewiesen. Dabei habe die REKO/WEF klare Anweisungen erteilt, welche Abklä-

rungen – namentlich auch in Bezug auf den Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt – durchgeführt werden müssten, um die Frage der Marktbeherrschung zu klären. Indes hätten sich sowohl die WEKO wie auch die Vorinstanz geweigert, dem rechtskräftigen Entscheid ihrer Rechtsmittelinstanz Folge zu leisten. Diese Weigerung führe schon für sich dazu, dass die angefochtene Verfügung aufgehoben werden müsse.

5.2 Die Vorinstanz hält fest, es treffe nicht zu, dass die REKO/WEF jemals ihre Rechtsmittelinstanz gewesen sei. Zwar habe das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG, SR 251) vor Geltung des VGG die REKO/WEF als Rechtsmittelbehörde für Entscheide der WEKO vorgesehen, nicht aber für die ihrigen. Eine Missachtung eines Entscheides liege zudem nicht vor, da jenes von der REKO/WEF beurteilte Rechtsverhältnis nicht im Rahmen eines fernmelderechtlichen Zugangsverfahrens geregelt worden sei, sie, die Vorinstanz, sich daher auch nie mit der Sache befasst habe. Ausserdem stimme der dem fraglichen Entscheid zugrunde liegende Sachverhalt weder in inhaltlicher, örtlicher noch in zeitlicher Hinsicht mit dem des vorliegenden Verfahrens überein. Schliesslich könne die Vorinstanz gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung sogar von einer anlässlich eines Zugangsverfahrens eingeholten Stellungnahme der WEKO abweichen, wenn sie dafür überzeugende Gründe habe. Letztlich gehe es der Beschwerdeführerin um nichts anderes als die Rüge der nicht vollständigen Erhebung des rechtserheblichen Sachverhalts.

5.3 Die Beschwerdegegnerin betont, die REKO/WEF habe in jenem Kartellrechtsentscheid keineswegs verlangt, es sei eine Befragung der Endkunden durchzuführen. Sie habe bloss festgelegt, *was* zu untersuchen sei (Aspekte des Endkundenmarktes); *wie* die Untersuchungen zu erfolgen hätten, habe das Urteil dagegen nicht vorgegeben. Die Beschwerdegegnerin anerkenne grundsätzlich, dass ein kartellrechtlicher Entscheid auch im Bereich des Fernmelderechts präjudizielle Wirkung entfalten könne, weise aber darauf hin, dass es im vorliegenden Verfahren in erster Linie um die Überprüfung der materiellen Richtigkeit der Verfügung der Vorinstanz vom 21. November 2007 gehe. Im Übrigen habe die WEKO die Frage der Einflüsse des nachgelagerten Endkundenmarktes sorgfältig untersucht.

5.4 Im von der Beschwerdeführerin angeführten Urteil vom 30. Juni 2005 war die REKO/WEF zum Schluss gekommen, dass die WEKO im konkreten Fall die Wettbewerbsverhältnisse im Endkundenmarkt effektiv hätte untersuchen müssen, um deren Einfluss auf den Wholesalemarkt sachgerecht einschätzen und begründen zu können. Die Sache wurde daher – und aus anderen Gründen – an die WEKO zurückgewiesen.

Wie die Vorinstanz zu Recht festhält, handelte es sich bei der bis Ende 2006 bestehenden REKO/WEF, einer Vorgängerorganisationen des heutigen BVGer, nicht um eine Rechtsmittelbehörde der Vorinstanz. Vielmehr war die REKO/WEF Rechtsmittelinstanz der WEKO (vgl. Art. 44 KG in der Fassung vor dem 1. Januar 2007, AS 1996 546, AS 2004 1385). Gegen Verfügungen der Vorinstanz im Bereich der Interkonnektion stand die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht (BGer) offen (vgl. Art. 11 Abs. 4 FMG in der Fassung vor dem 1. Januar 2007, AS 1997 2187).

Demnach stand es der REKO/WEF nicht zu, der Vorinstanz konkrete Anweisungen in einem Beschwerdefall zu erteilen – was von ihr im Übrigen auch nicht getan worden ist. Die Anweisungen erfolgten vielmehr gegenüber der WEKO und betrafen die Abklärungen zum Endkundenmarkt resp. die Frage der Marktbeherrschung in einem anderen Fall. Wenn sich nun die WEKO im vorliegend zu beurteilenden Fall im Rahmen eines Gutachtens erneut mit der Frage der Marktbeherrschung jedoch in anderem Zusammenhang auseinandersetzt, die neuste bundesgerichtliche Rechtsprechung berücksichtigt und dabei von den Vorgaben der REKO/WEF betreffend einen früheren Entscheid abweicht, ist der Vorinstanz keine Missachtung eines rechtskräftigen Entscheides vorzuwerfen. Dies umso weniger, als sie sich, worauf noch einzugehen sein wird, eingehend mit der Frage der Abklärung des nachgelagerten Endkundenmarkts und dem betreffenden Entscheid der REKO/WEF auseinandergesetzt hat. Der Einwand der Beschwerdeführerin hinsichtlich Missachtung eines rechtskräftigen Entscheids geht somit fehl.

6.

6.1 Die Beschwerdeführerin rügt in mehrfacher Hinsicht eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör. So habe die Vorinstanz den klaren Anweisungen der REKO/WEF, die Wettbewerbsverhältnisse im Endkundenmarkt eingehend zu untersuchen, überhaupt keine Folge geleistet. Zudem habe sie eine Befragung der Endkunden nicht nur als überflüssig und unnötig aufwendig erachtet, sondern sich nicht einmal mit den von ihr, der Beschwerdeführerin, selbst erhobenen Kundenbefragungen näher auseinandergesetzt. Die Vorinstanz gehe ausserdem von hohen Wechselkosten aus, die einen Hinderungsgrund für einen Anbieterwechsel darstellen würden. Dies sei indessen nachweislich falsch. Schliesslich berufe sich die Vorinstanz zu Unrecht auf die Verfahrensfrist von Art. 11*a* Abs. 3 FMG, um notwendige Sachverhaltsabklärungen nicht durchführen zu müssen.

6.2 Die Vorinstanz hält dem entgegen, dass eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör nicht schon darin liegen könne, dass die verfügende Behörde einen Antrag auf eine Beweismassnahme ablehne. Der Gehörsanspruch würde erst dann verletzt, wenn die verfügende Behörde sich mit einem Antrag gar nicht auseinandersetze, indem sie ihn ignoriere oder ohne Begründung ablehne. Deshalb sei auch nicht ersichtlich, inwiefern die Rüge der Nichtbeachtung des Entscheids der REKO/WEF betreffend Sachverhaltsabklärungen unter den Anspruch auf rechtliches Gehör subsumiert werden könne. Schliesslich stelle der Vorwurf, die Vorinstanz sei nachweislich falsch von hohen Wechselkosten ausgegangen, allenfalls eine inhaltlich unrichtige Entscheidung, einen materiellen Mangel, nicht aber eine mangelhafte Begründung (formeller Mangel) dar.

6.3 Die Beschwerdegegnerin weist darauf hin, dass es im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht um den Vollzug des von der Beschwerdeführerin zitierten Entscheids der REKO/WEF gehe, sondern um die Überprüfung der angefochtenen Verfügung vom 21. November 2007. Die Vorinstanz habe mit guten Gründen davon ausgehen dürfen, dass auch ohne Endkundenbefragung genügend Indizien für die Beurteilung der Wechselkosten vorlägen. Ausserdem liege es im Ermessen der Vorinstanz, ihren Entscheid auf eine Endkundenbefragung, andere geeignete Beweismittel oder auf eigene Sachkenntnisse abzustellen.

6.4

6.4.1 Der in Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) garantierte und in den Art. 26–33 VwVG konkretisierte Grundsatz des rechtlichen Gehörs umfasst das Recht, mit eigenen Begehren angehört zu werden, Einblick in die Akten zu erhalten und zu den für die Entscheidung wesentlichen Punkten Stellung nehmen zu können. Umfasst ist auch das Recht auf Vertretung und Verbeiständung und auf Begründung von Verfügungen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör dient einerseits der Sachaufklärung und stellt andererseits zugleich ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht der Parteien dar (BGE 129 I 232 E. 3.2, BGE 127 I 54 E. 2b, BGE 124 I 241 E. 2; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 1672 ff.; Moser/Beusch/Kneubühler, a. a. O., Rz. 3.80 ff.).

Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs beinhaltet die Pflicht der Behörden, die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen sorgfältig und ernsthaft zu prüfen und in der Entscheidfindung zu berücksichtigen (Art. 32 Abs. 1 VwVG). Daraus folgt die grundsätzliche Pflicht der Behörden, sich mit den wesentlichen Vorbringen des Rechtssuchenden

zu befassen und Entscheide zu begründen (vgl. Art. 35 Abs. 1 VwVG). Die Begründung eines Entscheides muss so abgefasst sein, dass der Betroffene ihn sachgerecht anfechten kann. Dies ist nur möglich, wenn sowohl er wie auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheides ein Bild machen können. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde leiten liess und auf welche sie ihren Entscheid stützt. Das bedeutet indessen nicht, dass sich die Behörde ausdrücklich mit jeder tatbeständlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen müsste. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken. Die Behörde hat demnach in der Begründung ihres Entscheides diejenigen Argumente aufzuführen, die tatsächlich ihrem Entscheid zugrunde liegen (BGE 129 I 232 E. 3.2, BGE 126 I 97 E. 2b, BGE 112 Ia 107 E. 2b; vgl. auch Lorenz Kneubühler, Die Begründungspflicht, Bern 1998, S. 22 ff.). Der Anspruch auf rechtliches Gehör beschlägt an sich nur die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts, nicht aber dessen rechtliche Würdigung (Moser/Beusch/Kneubühler, a. a. O., Rz. 3.89).

6.4.2 Wie bereits dargelegt (siehe E. 5), bestand im konkreten Fall für die Vorinstanz keine Verpflichtung, sich an die Anweisungen im Entscheid der REKO/WEF vom 30. Juni 2005 zu halten. Zu diesem Schluss ist auch die Vorinstanz gelangt. Es kann ihr daher nicht vorgeworfen werden, dass sie sich gar nicht mit den Vorbringen der Beschwerdeführerin befasst hätte. Wenn sie in ihrer rechtlichen Würdigung zu einem anderen Ergebnis kommt als die Beschwerdeführerin beantragt, stellt dies keine Frage des rechtlichen Gehörs dar.

Dasselbe gilt für den Vorwurf, die Vorinstanz habe zwecks Abklärung der Verhältnisse auf dem Retailmarkt weder Endkunden befragt noch sich mit den von der Beschwerdeführerin selbst erhobenen Kundenbefragungen näher auseinandergesetzt. Damit macht die Beschwerdeführerin wiederum eine unvollständige Sachverhaltsabklärung geltend. Die Vorinstanz hat, wie schon die WEKO, einlässlich begründet, weshalb keine Endkundenbefragung erforderlich sei, und damit die Beschwerdeführerin in die Lage versetzt, die Verfügung sachgerecht anzufechten. Die Anrufung einer Gehörsverletzung geht daher fehl. Ob die Sachverhaltsabklärung bei der Abklärung der Verhältnisse auf dem Retailmarkt vollständig gewesen ist oder ob Endkunden hätten befragt werden müssen, stellt dagegen eine materielle Frage dar, die an dieser Stelle nicht zu prüfen ist.

Die Rüge, die Vorinstanz gehe von nachweislich falschen hohen Wechselkosten aus, betrifft ebenfalls nicht das rechtliche Gehör, sondern ist Frage der rechtlichen Würdigung und im Folgenden zu behandeln.

Schliesslich ist nicht ersichtlich, dass die Vorinstanz gestützt auf die Frist von Art. 11*a* Abs. 3 FMG von notwendigen Sachverhaltsabklärungen abgesehen hätte. Wenn die Vorinstanz in ihren Erwägungen zu einer anderen Auffassung gelangt als die Beschwerdeführerin, hat dies nichts mit einer Verletzung des rechtlichen Gehörs zu tun. Die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs ist daher insgesamt abzuweisen.

7.

7.1 Die Beschwerdeführerin führt aus, im Verwaltungsverfahren gelte die Untersuchungsmaxime. Die Behörde stelle den Sachverhalt von Amtes wegen fest und trage die subjektive Beweislast (Beweisführungslast) sowie die objektive Beweislast. Weil die Vorinstanz die von der REKO/WEF geforderten Abklärungen zum Endkundenmarkt unterlassen habe, sei die Sachverhaltsabklärung unvollständig erfolgt, und der Schluss auf die marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführerin sei willkürlich und verstosse gegen die verfassungsrechtlich geschützte Wirtschaftsfreiheit. Im Verwaltungsrecht gelte grundsätzlich das Beweismass des strikten Beweises (Vollbeweis). Herrsche keine Gewissheit, dass die Beschwerdeführerin marktbeherrschend sei, bedeute die Verpflichtung gemäss Art. 11 FMG nicht nur einen massiven Eingriff in ihre Wirtschaftsfreiheit, sondern auch eine Verletzung des verfassungsmässigen Gebots der Wettbewerbsneutralität.

7.2 Die Vorinstanz hält dagegen fest, sie müsse als verfügende Behörde ihre Entscheide begründen und nicht deren Rechtmässigkeit beweisen. Beim Begriff der Marktbeherrschung handle es sich nicht um eine Tatsache, die einem Beweis zugänglich wäre, sondern um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Die Konkretisierung dieses Begriffs sei eine Frage der Rechtsanwendung.

7.3 Der Beschwerdegegnerin zufolge ist es der Vorinstanz in ihrer Verfügung zweifellos gelungen, den Nachweis der Marktbeherrschung im Sinne von Art. 11 Abs. 1 FMG i. V. m. Art. 4 Abs. 2 KG zu erbringen. Der rechtlichen Würdigung liege eine vollständige Sachverhaltsabklärung zugrunde. Die Vorinstanz stütze sich im Wesentlichen auf das ausführliche Gutachten der WEKO, dem eine breit angelegte Marktbefragung auf Wholesalestufe vorausgegangen sei. In beweisrechtlicher Hinsicht könnten der Vorinstanz keine Vorwürfe gemacht werden.

7.4 Ein unbestimmter Rechtsbegriff liegt vor, wenn der Rechtssatz die Voraussetzungen der Rechtsfolge oder die Rechtsfolge selbst in offener, unbestimmter Weise umschreibt. Er ist der Auslegung durch die Verwaltungsbehörden zugänglich (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 445 ff.). Wie die Vorinstanz zu Recht festhält, handelt es sich beim Begriff des

« marktbeherrschenden Unternehmens » um einen solchen unbestimmten Rechtsbegriff (STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Freiburg 2002, S. 304).

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin hat die Vorinstanz indessen nicht den Nachweis der marktbeherrschenden Stellung im Sinne eines Vollbeweises zu erbringen. Vielmehr hat sie im Rahmen ihrer Erwägungen abzuwägen, ob im konkreten Fall von einer Marktbeherrschung auszugehen ist, und diesen Entscheid genügend zu begründen, wobei an die Begründungspflicht und -dichte hohe Anforderungen zu stellen sind (vgl. Entscheid der REKO/WEF vom 12. November 1998, in: Recht und Politik des Wettbewerbs [RPW] 1998/4 S. 672 f.; BILGER, a. a. O., S. 304 f.). Die Auslegung, ob eine marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführerin im Sinne von Art. 11 FMG vorliegt, bildet eine Rechtsfrage. Beweis zu erbringen ist aber ausschliesslich über Sachfragen, wie etwa darüber, wie gross der Marktanteil der Beschwerdeführerin in einem bestimmten Bereich ist.

Dass die Vorinstanz ihrer Begründungspflicht nachgekommen ist, geht aus vorstehenden Erwägungen hervor. Die WEKO, auf deren Gutachten sich die angefochtene Verfügung im Wesentlichen stützt, nahm eine ausführliche Sachverhaltsabklärung vor. Diese bildete die Grundlage für die anschliessende rechtliche Würdigung der Frage der Marktbeherrschung. Der Vorinstanz, die zur Abklärung des Sachverhalts weitgehend auf die Erwägungen eines vollständigen und ausführlichen Gutachtens einer Fachbehörde abstellte, kann mit Bezug auf das Beweisrecht kein Vorwurf gemacht werden. Im Übrigen ist anzufügen, dass im ordentlichen Verwaltungsverfahrensrecht zwar grundsätzlich das Beweismass des Vollbeweises, mithin der Gewissheit, gilt. Im wettbewerbsrechtlichen Kontext sind indes keine überspannten Anforderungen an das Beweismass zu stellen. Die Komplexität wirtschaftlicher Sachverhalte, insbesondere die vielfache und verschlungene Interdependenz wirtschaftlich relevanten Verhaltens, schliesst eine strikte Beweisführung regelmässig aus (HANS-UELI VOGT, Auf dem Weg zu einem Kartellverwaltungsverfahrensrecht, Bemerkungen zu einem Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, in: Aktuelle Juristische Praxis 1999 S. 844; BILGER, a. a. O., S. 305 f.).

8.

8.1 Die Beschwerdeführerin rügt in materieller Hinsicht, die Vorinstanz habe die relevanten Märkte in verschiedener Hinsicht zu eng abgegrenzt. Für die Beurteilung der Marktstellung müssten in einem ersten Schritt ausgehend von den Endkunden als Marktgegenseite der Breitbanddienstan-

bieter alle Dienstleistungen dem relevanten Markt zugeordnet werden, welche bezüglich Eigenschaften und Verwendungszweck substituierbar seien. Bei der Abgrenzung des Endkundenmarktes sei unbestritten, dass alle drahtgebundenen Technologien, welche die Erbringung von Breitbanddiensten ermöglichten, dem relevanten Markt angehörten. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz und der WEKO würden aber aus Sicht der Endkunden auch drahtlose Technologien zum relevanten Markt gehören. Die im Gutachten der WEKO vorgenommene Marktabgrenzung berücksichtige den raschen Technologiewandel und die zunehmende Konvergenz zwischen Mobil- und Festnetzkommunikation nicht. Ausserdem würden die Vorinstanz und die WEKO den relevanten Markt zusätzlich aus Sicht der Nachfrager von Wholesalediensten, das heisst den Fernmeldedienstanbietern, abgrenzen. Dieser zweite Schritt sei jedoch nur dann notwendig, wenn auf dem Endkundenmarkt kein ausreichender Wettbewerb herrsche (Art. 1 FMG) und deshalb überhaupt erst ein regulierter Zugang zum Wholesalemarkt gewährt resp. verfügt werden müsse. Bei der Abgrenzung des Wholesalemarkts hätten die Vorinstanz und die WEKO zudem nicht in Betracht gezogen, dass einerseits intern erbrachte Leistungen (Eigenleistungen) von vertikal integrierten Unternehmen (wie z. B. Cablecom) bei der Analyse berücksichtigt werden müssen. Kabelinternetanbieter müssten zur Erbringung von Endkundendiensten ebenfalls eine Breitbandplattform bereit stellen. Diese würden sie zurzeit aber nur eigenen Verkaufseinheiten anbieten. Andererseits müsse der Zugang zum vollständig entbündelten Teilnehmeranschluss (TAL) berücksichtigt werden. Von diesem würde zweifellos ein Wettbewerbsdruck ausgehen, der ein unabhängiges Verhalten verunmögliche oder zumindest erschwere. Daher sei er mit dem Bitstromzugang substituierbar und würde zum gleichen sachlich relevanten Markt gehören. Die Vorinstanz beziehungsweise die WEKO hätten den Markt somit in verschiedener Hinsicht zu eng abgegrenzt. Dadurch werde naturgemäss die Wahrscheinlichkeit grösser, dass ein auf diesem Markt tätiges Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung einnehme.

8.2 Die Vorinstanz hält fest, aus Art. 1 FMG könne nicht geschlossen werden, dass der Markt für Grosskunden, die Vorleistungsprodukte nachfragen, im Rahmen der Untersuchung einer bestrittenen Marktbeherrschung anlässlich eines Zugangsverfahrens nicht relevant sein sollte, wenn auf dem Endkundenmarkt ein dem Kriterium der Wirksamkeit genügender Wettbewerb herrsche. Bei der vorliegend zur Diskussion stehenden Beurteilung der Marktbeherrschung gehe es primär um die Teilnehmer auf dem Wholesalemarkt, welche den schnellen Bitstromzugang bei der Beschwerdeführerin nachfragen würden. Auch eine Auslegung von Art. 11 FMG liesse nicht darauf schliessen, dass das Zugangsregime weichen müsste,

wenn auf dem Endkundenmarkt ein dem Kriterium der Wirksamkeit genügender Wettbewerb herrschen würde. In Bezug auf die Berücksichtigung der Kabelinternet-Angebote sei es eine Tatsache, dass aufgrund der geltenden gesetzlichen Bestimmungen eine Kabelnetzbetreiberin selbst beim Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung nicht zur Zugangsgewährung nach Art. 11 FMG verpflichtet werden könne. Auch könne zurzeit nicht davon gesprochen werden, dass die Zugangsform der vollständigen Entbündelung des Teilnehmeranschlusses gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG auf einen wirksamen Wettbewerb im Wholesalemarkt schliessen lasse. In diesem Zusammenhang sei darauf hinzuweisen, dass gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. b FMG der Zugang zum schnellen Bitstrom während einer Zeit von vier Jahren zu gewähren sei, während für TAL keine zeitliche Befristung vorgesehen sei. Der Gesetzgeber habe mithin bezüglich der beiden Zugangsformen eine gewichtige Unterscheidung getroffen, weshalb es auch nicht sein Wille gewesen sein könne, dass sie bei Inkrafttreten des Gesetzes im Rahmen einer Klärung der Wettbewerbsverhältnisse als gegenseitig substituierbar betrachtet werden könnten.

8.3 Die Beschwerdegegnerin führt aus, Breitbanddienste nachfragende Anbieter hätten weder einen rechtlichen Anspruch auf Zugang zu Kabelnetzen noch könne ihnen ernsthaft zugemutet werden, solche Netze selber zu errichten. Damit sei es völlig verfehlt, in diesem Zusammenhang überhaupt von « Eigenleistungen » zu sprechen. Das gesetzesinhärente Konzept schliesse zudem aus, dass sich der schnelle Bitstromzugang und der vollständig entbündelte Zugang TAL konkurrenzierten und im Ergebnis die Gewährung der einen Zugangsform die Pflicht zur Gewährung der anderen aufhebe.

8.4

8.4.1 Für die Beurteilung der Frage, ob eine Anbieterin auf dem relevanten Markt gemäss Art. 11 FMG eine beherrschende Stellung einnimmt, ist auf die entsprechende Definition im KG abzustellen. Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG gelten als marktbeherrschende Unternehmen einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (zur Begriffserweiterung durch die Kartellgesetzrevision 2003 vgl. ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, S. 277 ff.). Um diese Frage zu klären ist einerseits der sachlich relevante, andererseits der räumlich relevante Markt zu bestimmen. Die Abgrenzung in zeitlicher Hinsicht ist dagegen von geringerer Bedeutung und lediglich ausnahmsweise vorzunehmen (ROGER ZÄCH/RETO A. HEIZMANN, Markt und Marktmacht, in: Thomas Geiser/Patrick Krauskopf/Peter Münch

[Hrsg.], Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Basel 2005, S. 34, 37; RETO A. HEIZMANN, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, Zürich/Basel/Genf 2005, Rz. 179 ff., 277 f., 750). Der sachlich relevante Markt umfasst in analoger Anwendung von Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (SR 251.4, nachfolgend: VKU) alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden. Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU analog). Der relevante Markt ist somit aus der Optik der Marktgegenseite zu beurteilen, weshalb diese bei jeder Marktabgrenzung vorgängig zu bestimmen ist (HEIZMANN, a. a. O., Rz. 189).

8.4.2 Mit dem Begriff der Marktgegenseite ist die Gegenseite derjenigen Unternehmen gemeint, die angeblich marktbeherrschend sind (HEIZMANN, a. a. O., Rz. 280). Marktgegenseite bilden vorliegend daher die Fernmeldedienstanbieterinnen, die Nachfrager des schnellen Bitstromzugangs. Die WEKO differenziert praxisgemäss zwischen Retail- und Wholesalemärkten, wenn sich die Nachfrage in den beiden Bereichen bezüglich Eigenschaften und Verwendungszweck in erheblichem Ausmass unterscheidet (Verfügung der WEKO vom 15. Dezember 2003, RPW 2004/2 S. 428; HEIZMANN, a. a. O., Rz. 283). Auf der Wholesale-Ebene fragen die Fernmeldedienstanbieter beim Netzbetreiber Vorleistungsprodukte wie den schnellen Bitstromzugang nach. Basierend auf dem schnellen Bitstromzugang bieten die Fernmeldedienstanbieter sodann auf der Retail-Ebene den Endkunden Breitbanddienste an. Die WEKO unterscheidet somit im vorliegenden Fall den Wholesale- vom Retailmarkt und grenzt daher zu Recht den sachlich relevanten Markt als Wholesalemarkt für Breitbanddienste ab, der die zum Wiederverkauf angebotenen Breitbandzugänge umfasst.

8.4.3 Zur Bestimmung des sachlich relevanten Markts ist grundsätzlich zu beurteilen, ob die Nachfrager auf andere, bereits angebotene (substituierbare) Güter ausweichen können und ob andere Anbieter ohne grössere Umstände und in kurzer Zeit die in Frage stehenden Güter oder substituierbare Güter anbieten können (Entscheid der REKO/WEF vom 30. Juni 2005, RPW 2005/3 S. 520; Gutachten der WEKO vom 27. September 2004, RPW 2004/4 S. 1265 ff.; Gutachten der WEKO vom 13. Juni 2005, RPW 2005/3 S. 589 ff.; ZÄCH/HEIZMANN, a. a. O., S. 35; ZÄCH, a. a. O., S. 291 f.). Die WEKO ist dabei in ihrem Gutachten zum Schluss gekom-

men, dass drahtlose Technologien zum jetzigen Zeitpunkt hinsichtlich Eigenschaften und Verwendungszweck nicht als Substitut zu auf dem schnellen Bitstromzugang basierenden Dienstleistungen in Frage kommen. So würden die drahtlosen Zugangstechnologien wie Universal Mobile Telecommunications System, Wireless Local Area Networks (WLAN), Wireless Local Loop, Broadband Wireless Access (BWA) und Satellitenzugang im Vergleich zu leitungsgebundenen Technologien in der Regel niedrigere Übertragungsraten zu teilweise deutlich höheren Preisen, eine höhere Anfälligkeit auf Störungen, niedrigere Verbindungsstabilität und grössere Datensicherheitsrisiken aufweisen. Dies beschränke die verfügbaren Möglichkeiten für Anwendungen der Endkunden. Die Vorinstanz gelangt in ihren Erwägungen ebenfalls zum Ergebnis, dass drahtlose Technologien sich aufgrund ihrer technischen Ausgestaltung in aller Regel nicht dafür eignen, eine mit den drahtgebundenen Technologien auch nur annähernd vergleichbare breitbandige Bedienung einer grossen Anzahl Teilnehmer auf engem Raum und vor allem auch in geschlossenen Gebäuden sicherzustellen. Selbst wenn der von der WEKO üblicherweise herangezogene Betrachtungshorizont von ein bis zwei Jahren ausgeweitet würde, würden nach heutigem Kenntnisstand die zu ziehenden Schlussfolgerungen nicht anders ausfallen. Daher kämen lediglich drahtgebundene Breitbandzugänge als Substitute in Frage.

8.4.4 Das BVGer auferlegt sich, insbesondere bei Fragen technischer Natur, eine gewisse Zurückhaltung und belässt der Vorinstanz einen Beurteilungsspielraum. Vorliegend sieht es keinen Anlass, von den Schlussfolgerungen der beiden Fachbehörden, der WEKO wie auch der Vorinstanz, abzuweichen. Beide Behörden haben sich ausführlich mit möglichen drahtlosen Technologien als Substitute für Dienstleistungen basierend auf dem schnellen Bitstromzugang auseinandergesetzt. Sie hielten dabei übereinstimmend fest, dass drahtlose Technologien zum jetzigen Zeitpunkt, aber auch über einen Betrachtungszeitraum von über zwei Jahren hinweg, nicht als Substitute angesehen werden können. Die Beschwerdeführerin vermag dagegen nichts vorzubringen, das diese Beurteilung ernsthaft in Frage stellen könnte.

8.4.5 Der schnelle Bitstromzugang umfasst die Herstellung einer Hochgeschwindigkeitsverbindung zwischen der Anschlusszentrale und dem Hausanschluss auf der Doppelader-Metallleitung für eine andere Fernmeldedienstanbieterin zur Bereitstellung von Breitbanddiensten (Art. 3 Bst. d^{ter} FMG). Anders als beim TAL besteht der Anspruch auf Zugang einzig in der Anschlusszentrale. Aufgrund des niedrigeren Investitionsbedarfs seitens der Nachfrager, des geringeren Wertschöpfungspotentials und insbesondere wegen der gesetzlich vorgesehenen Bezugsbeschränkung von vier Jahren

(Art. 11 Abs. 1 Bst. b FMG) ist der Bitstromzugang eher als « schnelle Einstiegstechnologie » konzipiert. Er ermöglicht es alternativen Anbietern, rasch und breit in den Markt einzutreten, um in der Folge schrittweise auf den TAL zu wechseln (Matthias Amgwerd, Netzzugang in der Telekommunikation, Zürich 2008, Rz. 254 ff.). TAL und Bitstromzugang haben als Alternativen Eingang ins Gesetz gefunden. Stellte der TAL ein Substitut zum schnellen Bitstromzugang dar, würde er diesen disziplinieren und eine Marktbeherrschung ausschliessen. Dies dürfte aber – wie schon die Vorinstanz festgestellt hat – nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen sein (vgl. etwa Votum Nationalrat Amstutz, Amtliches Bulletin 2004 N 1695). Der TAL ist somit nicht zum selben sachlich relevanten Markt zu zählen.

8.4.6 Auch die übrigen Einwendungen der Beschwerdeführerin vermögen an der Einschätzung der Vorinstanz nichts zu ändern. Der Vorinstanz ist folglich keine zu enge Abgrenzung der relevanten Märkte vorzuwerfen und die Rüge der Beschwerdeführerin daher abzuweisen.

9.

9.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass eine wirksame aktuelle Konkurrenz auf dem Endkundenmarkt bestehen würde. Die Erhöhung der angebotenen Bandbreiten in den letzten Jahren habe für die Konsumenten ein stark verbessertes Preis-Leistungs-Verhältnis zur Folge gehabt. Ausserdem sei eine Verschiebung von Kabelinternet- zu DSL-Anschlüssen erfolgt. Dies alles sei Ausdruck von Wettbewerb. Daneben werde sie, die Beschwerdeführerin, im Endkundenmarkt auch durch potentielle Konkurrenz diszipliniert, dies einerseits durch die Entwicklung bei den drahtlosen Technologien, aber auch durch die Möglichkeiten, mittels neuer regulierter Zugangsdienste eigene Endkundenangebote zu erbringen, und die Bestrebungen verschiedener Infrastrukturbetreiber, eigene Glasfasernetze zu bauen. Die von der Vorinstanz angeführten, angeblich hohen Wechselkosten (Hausverkabelung) und Unsicherheiten bei der Installation (WLAN-Router) würden nicht der Realität entsprechen. Da die Beschwerdeführerin ihre Breitbanddienste flächendeckend zu einheitlichen Konditionen anbieten müsse, werde sie auch in den Gebieten ohne direkte Infrastrukturkonkurrenz soweit diszipliniert, dass ihr ein in wesentlichem Umfang unabhängiges Verhalten verunmöglicht werde. Schliesslich stört sich die Beschwerdeführerin an der Aussage der Vorinstanz, wonach ihre marktbeherrschende Stellung insofern nicht erstaune, als bei Vorhandensein von nur zwei relevanten Infrastrukturanbieterinnen im Sinne eines Duopols nachhaltig wirksamer Wettbewerb die Ausnahme bilde und nur gegeben sei, wenn besondere Umstände diese Ausnahme begründen würden.

9.2 Die Vorinstanz verweist grundsätzlich auf ihre Ausführungen in der angefochtenen Verfügung. Zudem weist sie darauf hin, dass der Gesetzgeber sich bei Erlass des FMG dafür entschieden habe, den schnellen Bitstromzugang auf die Doppelader-Metallleitung zu beschränken (Art. 3 Bst. d^{ter} i. V. m. Art. 11 Abs. 1 Bst. b FMG). Gestützt auf das Fernmelderecht könnten deshalb Kabelnetzbetreiber selbst dann nicht zur Zugangsgewährung zu ihrer Infrastruktur verpflichtet werden, wenn sie den Endkundenmarkt im Breitbandbereich beherrschen würden. Dies scheine die Beschwerdeführerin zu verkennen, wenn sie bei der Frage der Marktbeherrschung in einem fernmelderechtlichen Zugangsverfahren die Argumentation eines wirksamen Wettbewerbs auf Endkundenebene ins Zentrum setze. Dessen ungeachtet bestehe aus Sicht der Vorinstanz zurzeit auf dem Endkundenmarkt für Breitbanddienste kein wirksamer Wettbewerb. Dies würden auch die von der Beschwerdeführerin anlässlich eines Investor & Analyst Meetings vom März 2008 präsentierten Zahlen belegen, wonach diese Ende 2007 über einen Anteil von 50 % auf dem Breitbandmarkt verfügte, während sie im dritten Quartal 2007 nach eigenen Angaben noch bei 48,8 % gelegen habe. Die Beschwerdeführerin habe somit als einzige der Breitbandanbieterinnen ihre Marktstellung in den letzten Monaten weiter ausbauen können.

9.3 Der Beschwerdegegnerin zufolge verfügt die Schweiz anerkanntermassen über eine hohe Breitband-Penetration. Jedoch seien die Preise im internationalen Vergleich hoch und die Bandbreiten relativ gering. Der potentielle Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt könne daher keinesfalls überschätzt werden. Erfahrungsgemäss seien die dem Endkunden erwachsenden Kosten bei einem Anbieterwechsel beträchtlich. Neben allfälligen Anschaffungen (Modem) seien insbesondere der zeitliche Aufwand für die administrative und technische Abwicklung des Anbieterwechsels zu berücksichtigen, was von vielen Endkunden gescheut werde. Zu Recht wiesen sowohl die WEKO als auch die Vorinstanz auf die Wichtigkeit eines flächendeckenden, das heisst nationalen Angebots auf dem Wholesalemarkt hin. Ausserdem erscheine der Hinweis der Vorinstanz auf die duopolistische Marktstruktur keineswegs als unberechtigt.

9.4

9.4.1 Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG gilt ein Unternehmen als marktbeherrschend, wenn es in der Lage ist, sich von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Die Beurteilung dieser Frage erfolgt aufgrund verschiedener Kriterien wie üblicherweise der Marktstruktur, der Unternehmensstruktur, des Marktverhaltens sowie der Transaktionskosten (ZÄCH/HEIZMANN, a. a. O., S. 41; ZÄCH, a. a. O., S. 284). Unter dem Ge-

sichtspunkt der Marktstruktur werden die tatsächlichen und potentiellen Wettbewerber und ihre Verhältnisse zueinander beurteilt. Im Einzelnen werden Marktanteile und Marktphasen, Wahlmöglichkeiten der Lieferanten und Abnehmer, Grösse, Finanzkraft, Diversifikationsgrad, Dichte des Filialnetzes, Sortimentsgrösse sowie die Entwicklungsmöglichkeiten der Unternehmen untersucht (ZÄCH, a. a. O., S. 285).

Die Leitlinien der Europäischen Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (2002/C 165/03, nachfolgend: Leitlinie) beschreiben die Grundsätze, die die nationalen Regulierungsbehörden bei der Analyse der Märkte und der Wirksamkeit des Wettbewerbs zugrunde legen sollen. Danach können der Feststellung der Marktbeherrschung neben dem Marktanteil folgende Kriterien dienen: Gesamtgrösse des Unternehmens, Kontrolle über nicht leicht zu duplizierende Infrastruktur, technologische Vorteile oder Überlegenheit, Fehlen oder geringe ausgleichende Nachfragemacht, leichter oder privilegierter Zugang zu Kapitalmärkten/finanziellen Ressourcen, Diversifizierung von Produkten/Dienstleistungen (z. B. Bündelung von Produkten und Dienstleistungen), Grössenvorteile, Verbundvorteile, vertikale Integration, hochentwickeltes Vertriebs- und Verkaufsnetz, Fehlen von potentiellem Wettbewerb oder Expansionshemmnisse (Leitlinie, Rz. 72 ff., 78).

9.4.2 Die WEKO hat gestützt auf diese Beurteilungskriterien die Marktbeherrschung der Beschwerdeführerin untersucht. Sie ist in ihrem Gutachten zum Schluss gekommen, auf dem Wholesalemarkt für Breitbanddienste sei einzig die Beschwerdeführerin in der Lage, anderen Fernmeldedienstanbietern Vorleistungen für Breitbandinternetzugänge in der ganzen Schweiz anzubieten. Die Beschwerdeführerin sei das einzige Unternehmen, welches über ein flächendeckendes Anschlussnetz verfüge und zum jetzigen Zeitpunkt anderen Fernmeldedienstanbietern insbesondere das Vorleistungsprodukt BBCS anbiete. Damit sei sie auf diesem Markt konkurrenzlos die alleinige Anbieterin. Bezüglich der Finanzkraft sei sie angesichts des vorgewiesenen Jahresumsatzes, des Betriebsgewinns und des Personalbestands das führende Telekommunikationsunternehmen in der Schweiz. Die neusten Entwicklungen würden zudem zeigen, dass die Beschwerdeführerin ihre Stellung als Nummer eins im Telekommunikationsmarkt noch markant ausgebaut und den Druck auf die anderen Anbieter verstärkt habe. Aufgrund der staatlichen Mehrheitsbeteiligung habe sie gegenüber ihrer Konkurrenz Vorteile, unter anderem käme ihr ein Schutz vor Übernahmen zu. Hinsichtlich der Infrastruktur verfüge sie über ein flächendeckendes Anschlussnetz. Auch in absoluten Zahlen weise die Beschwerdeführerin die höchste Anzahl Anschlüsse und damit die grösste

Anzahl möglicher Breitbandzugänge auf. Mit Bezug auf die Infrastruktur seien die Kabelnetzbetreiber, die gesamthaft weniger als die Hälfte der verfügbaren Breitbandanschlüsse der Beschwerdeführerin besässen, faktisch die einzigen Konkurrenten. Es sei jedoch zu berücksichtigen, dass Internet über Asymetric Digital Subscriber Line (ADSL) und Internet über Kabel auf verschiedenen Technologien beruhten und ein allfälliger Wechsel mit erheblichen Umstellungskosten verbunden wäre.

Die Analyse des potentiellen Wettbewerbs durch die WEKO hat ergeben, dass die zu erwartenden Marktzutritte nicht in der Lage seien, in Konkurrenz zu einem flächendeckenden Angebot der Beschwerdeführerin zu treten und anderen Fernmeldedienstanbietern zumutbare Ausweichmöglichkeiten zu eröffnen. Als mögliche Anbieter kämen insbesondere Kabelnetzbetreiber oder städtische Infrastrukturbetreiber mit der Erschliessung durch Glasfaserkabel in Frage. Da aber Kabelnetzbetreiber mit wenigen Ausnahmen keine Wiederverkaufsangebote für Breitbandinternet an andere Fernmeldedienstanbieter vorsähen und Cablecom als weitaus grösste Kabelnetzbetreiberin auch in naher Zukunft keine solchen unterbreiten werde, sei die Konkurrenz zum Anschlussnetz der Beschwerdeführerin in den nächsten zwei Jahren als niedrig einzustufen. Glasfaseranschlüsse seien gegenwärtig zahlenmässig noch sehr gering vertreten, so dass auch lokal und insbesondere in Ballungszentren entstehende Zugangsmöglichkeiten noch keine disziplinierende Wirkung zeigen würden.

Die WEKO schloss somit, zurzeit übe weder ein aktueller noch ein potentieller Wettbewerb einen genügend disziplinierenden Einfluss auf die Beschwerdeführerin aus.

9.4.3 Die Vorinstanz hat sich eingehend mit dem Gutachten der WEKO auseinandergesetzt und ist dabei ebenfalls zum Schluss gelangt, auf dem relevanten Markt bestehe weder aktuell noch potentiell ein alternatives Wholesaleangebot, das eine gegenüber dem Angebot der Beschwerdeführerin zumutbare Ausweichmöglichkeit darstelle. Sie hat sich dabei einerseits auf das Gutachten der WEKO gestützt, andererseits eigene Erwägungen getätigt und diese einlässlich begründet.

Nach Ansicht der Vorinstanz ist nicht zu bestreiten, dass die Beschwerdeführerin als Einzige ein flächendeckendes Angebot bereit hält und auch bei Ausschöpfung aller verfügbaren drahtgebundenen Angebote keine lückenlose, alternative Abdeckung zu erreichen wäre. Mithin existiere aktuell kein alternatives Wholesaleangebot, das demjenigen der Beschwerdeführerin ebenbürtig wäre. Dass diese ihr Angebot zudem zu national homogenen Preisen machen könne, zeige, dass von allfälligen alternativen Angeboten kein hinreichend disziplinierender Einfluss ausgehe, der ein unabhängiges

Verhalten verhindern würde. Die Vorinstanz korrigierte mit Bezug auf die Anzahl ADSL-Anschlüsse gegenüber alternativen Infrastrukturen, insbesondere Kabelnetzen, die von der WEKO angenommene zu hohe Zahl, hielt aber gleichzeitig fest, der Irrtum sei irrelevant. Selbst wenn von der Zahl, die die Beschwerdeführerin nenne, ausgegangen würde, könne ein beachtlicher Grössenunterschied – von der Beschwerdeführerin selbst mit 3:2 angegeben – nicht von der Hand gewiesen werden. Die Behauptung der Beschwerdeführerin, eine kleine Anzahl Kabelnetzverbünde könne gemeinsam ein ausreichend disziplinierendes Wholesaleangebot aufschalten, entspreche schliesslich nicht der Realität. Bei den genannten Kabelnetzverbünden handle es sich in aller Regel nicht um aktuelle Wholesaleanbieter. Hinweise auf die Lancierung künftiger Wiederverkaufsangebote bestünden ebenfalls nicht. Ohne zusätzliche Investitionen und entsprechend hohen Koordinationsaufwand wären sie daher kaum in der Lage, ein demjenigen der Beschwerdeführerin auch nur annähernd nahe kommendes Angebot aufzuziehen. Auch würden weitere ökonomische Gründe – notwendige Investitionen, hohe Kundenwerbekosten aufgrund eines unterschiedlich hohen Versorgungsgrades der Bevölkerung, hohe Wechselkosten sowohl auf Wholesale- als auch Endkundenebene – es als wenig wahrscheinlich erscheinen lassen, dass Kabelnetzbetreiber ein theoretisch mögliches, annähernd nationales Wholesaleangebot lancierten.

9.4.4 Gutachten und sachkundige Auskünfte einer Amtsstelle werden von Gerichtsbehörden nur dann inhaltlich überprüft und es wird nur dann von ihnen abgewichen, wenn dafür stichhaltige Gründe, also etwa offensichtliche Mängel oder innere Widersprüche, gegeben sind (Urteil des BVGer A-2422/2008 vom 18. August 2008 E. 7.2; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 290, 644). Das BVGer sieht sich nicht veranlasst, von der umfassenden und klaren Begründung der Vorinstanz, die weitgehend mit dem Gutachten der wettbewerbsrechtlichen Fachbehörde übereinstimmt, abzuweichen. Die Beschwerdeführerin vermag nicht darzulegen, inwiefern der Vorinstanz eine Rechtsverletzung vorzuwerfen ist. Insbesondere geht ihr Vorwurf, die Vorinstanz habe, indem sie die Wettbewerbsverhältnisse nicht eingehend abgeklärt habe, weder den Vollbeweis noch den Beweis der überwiegenden Wahrscheinlichkeit der marktbeherrschenden Stellung erbracht, wie bereits gesehen, fehl (vgl. E. 7.4). Es kann somit festgehalten werden, dass weder ein aktueller noch ein potentieller Wettbewerb besteht, der das Verhalten der Beschwerdeführerin disziplinieren würde.

10.

10.1 Schliesslich macht die Beschwerdeführerin geltend, der potentielle Wettbewerb im Wholesalemarkt habe eine starke disziplinierende Wirkung und verhindere ein unabhängiges Verhalten ihrerseits. Zwar sei sie heute die wichtigste Anbieterin von Wholesaleprodukten im Breitbandmarkt und einzige Anbieterin mit einem praktisch flächendeckenden Wholesaleangebot. Die Schlussfolgerung, dass sie deshalb über eine marktbeherrschende Stellung verfüge, lasse jedoch wichtige Aspekte unberücksichtigt. So müssten bei korrekter Abgrenzung des relevanten Marktes die so genannten Eigenleistungen vertikal integrierter Unternehmen in die Betrachtung des aktuellen Wettbewerbs einbezogen werden. Die Möglichkeiten der Kabelnetzbetreiber würden in der angefochtenen Verfügung sowohl in technischer als auch in logistischer und finanzieller Hinsicht unterschlagen. Potentieller Wettbewerb entstehe ausserdem auch dadurch, dass Mitbewerber mittels TAL die Möglichkeit hätten, ihre Breitbandplattformen Dritten anzubieten. Die Beschwerdeführerin führt weiter aus, der Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt begrenze ihren Verhaltensspielraum auf dem Wholesalemarkt. Dies beweise die Vergangenheit in Bezug auf den BBCS. Die Begrenzung rühre daher, dass sie anderen Fernmeldedienstanbietern mit dem BBCS eine ganze Palette von Vorleistungsprodukten anbiete. Die Vorinstanz habe die Frage des indirekten Einflusses nachgelagerter Märkte keiner ökonomisch fundierten Analyse unterzogen. Zudem wirft die Beschwerdeführerin der Vorinstanz vor, bei der Beurteilung der (potentiellen) Wettbewerbssituation auf dem Wholesalemarkt von hohen Wechselkosten auszugehen. Tatsächlich seien die einem Fernmeldedienstanbieter entstehenden Wechselkosten aber weitaus geringer.

10.2 Die Vorinstanz verweist im Wesentlichen auf die angefochtene Verfügung und hält fest, dass die von der Beschwerdeführerin angesprochenen Kriterien in dieser behandelt worden seien und von ihr, der Vorinstanz, einlässlich begründet worden sei, warum diese Kriterien nicht geeignet seien, die marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführerin in Frage zu stellen. Weiter ginge es im vorliegenden Verfahren, wie bereits aufgezeigt, primär um den Wholesalemarkt und nicht um den Endkundenmarkt. Zudem bestehe für sie kein Anlass, daran zu zweifeln, dass der Einfluss des nachgelagerten Endkundenmarkts selbst dann, wenn er vollumfänglich zu berücksichtigen wäre, aufgrund des insgesamt nur mangelhaft ausgeprägten Wettbewerbs nicht genügen würde, um die Beschwerdeführerin im relevanten Markt zu disziplinieren. Diese sei mit der angefochtenen Verfügung nicht zu irgendeinem Angebot, sondern zu einem Angebot nach kostenorientierten Preisen verpflichtet worden. Es sei deshalb nicht ersichtlich, inwieweit die Möglichkeit, das kommerzielle Angebot der

Beschwerdeführerin – BBCS – zu nutzen, vorliegend eine Rolle spielen könne. Das FMG bezwecke, den Wettbewerb mittels Schaffung gleicher Zugangsbedingungen für gewisse Fernmeldedienste voranzutreiben. Dazu gehöre die Kostenorientiertheit des Zugangs. Ein kommerzielles Angebot stelle für die Mitbewerber keine Alternative dazu dar.

10.3 Die Beschwerdegegnerin bringt vor, die Argumente, mit denen die Beschwerdeführerin eine disziplinierende Wirkung des potentiellen Wettbewerbs herzuleiten versuche – im Wesentlichen verweise sie wiederum auf den regulierten Zugang zum TAL und auf mögliche Angebote von Kabelnetzbetreibern –, seien, wie schon dargelegt, wenig überzeugend. Wesentlich erscheine insbesondere, dass kein Kabelnetzbetreiber auch nur annähernd in der Lage sei, ein flächendeckendes Wholesaleangebot zu unterbreiten. Damit habe die Beschwerdeführerin auf dem Wholesalemarkt für Breitbanddienste den entscheidenden Wettbewerbsvorteil. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin hätten sowohl die WEKO als auch die Vorinstanz den Einfluss des nachgelagerten Endkundenmarkts auf den Vorleistungsmarkt für Breitbanddienste sehr wohl analysiert. Die Beschwerdeführerin blende einen wesentlichen Aspekt aus, nämlich die Tatsache, dass sie ADSL auf dem Endkundenmarkt selber vertreibe. Dabei gelte sie, die ehemalige Monopolistin, mit rund 73 % Marktanteil mit Abstand als Marktleaderin. Bezüglich der Wechselkosten auf Vorleistungsebene vernachlässige sie wesentliche Kostenelemente.

10.4 Unter dem Einfluss des nachgelagerten Marktes ist zu überprüfen, inwiefern die Wettbewerbsverhältnisse auf dem nachgelagerten Markt, das heisst dem Retailmarkt für Breitbanddienste, disziplinierende Einflüsse auf den entsprechenden Wholesalemarkt auszuüben vermögen (Gutachten der WEKO vom 20. November 2006, RPW 2006/4 S. 748; Verfügung der WEKO vom 15. Dezember 2003, RPW 2004/2 S. 436).

10.4.1 Die WEKO gelangte in ihrem Gutachten unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BGer und der Praxis der REKO/WEF zum Schluss, dass disziplinierende Wirkungen aus angrenzenden Märkten nur teilweise zu berücksichtigen und nicht überzubewerten sind. Unter diesem Blickwinkel überprüfte sie, inwiefern von Kabelnetzbetreibern, insbesondere von Cablecom, Wettbewerbsdruck ausgeht. Zunächst hielt die WEKO fest, dass die Beschwerdeführerin im Bereich der geschalteten Breitbandanschlüsse auf der xDSL-Technologie über eine starke Stellung verfüge, die auch im Endkundenmarkt gegen eine Disziplinierung der Beschwerdeführerin im Wholesalemarkt spreche. Von anderen Internet Service Providern, die das Vorleistungsangebot BBCS weiterverkaufen würden, könne keine disziplinierende Wirkung ausgehen. Übrig blieben die Kabelnetz-

betreiber, deren regionale Zersplitterung indessen gegen eine Disziplinierung spreche. Selbst Cablecom, die über die stärkste Stellung unter den Kabelnetzbetreibern verfüge, entwickle angesichts ihres im Vergleich zur Beschwerdeführerin geringen Marktanteils lediglich begrenzten Wettbewerbsdruck. Aussagekräftig sei etwa ein Vergleich der Entwicklung der Marktanteile von Cablecom und der Beschwerdeführerin: Während sich der Marktanteil Ersterer in den letzten Jahren trotz erheblicher Marketinganstrengungen verringert habe, habe Letztere ihren Marktanteil kontinuierlich steigern können. Zudem wachse die ADSL-Technologie bedeutend stärker als die Kabeltechnologie. Auch ein Blick auf die Preise deute nicht darauf hin, dass die Beschwerdeführerin durch die Kabelnetzbetreiber oder andere ADSL-Anbieter diszipliniert werde. Diese Einschätzung sei durch die vom BAKOM durchgeführte Marktbefragung bestätigt worden, wonach eine Mehrheit der Befragten angab, dass aufgrund einer fehlenden schweizweiten alternativen Infrastruktur keine Marktkräfte existierten, die in der Lage seien, die Preisfestsetzung der Beschwerdeführerin beim schnellen Bitstromzugang zu disziplinieren. Notwendig hierzu sei ein behördlicher Eingriff. Im Ergebnis schloss die WEKO, es gehe von den Kabelnetzbetreibern, insbesondere von Cablecom, zwar ein gewisser Wettbewerbsdruck aus. Dieser sei indessen nur begrenzt zu berücksichtigen und vor allem nur beschränkt vorhanden. Deshalb könne sich die Beschwerdeführerin auch unter Berücksichtigung des Einflusses des nachgelagerten Marktes unabhängig im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verhalten.

10.4.2 Die Vorinstanz hat sich ebenfalls mit der Frage des Einflusses nachgelagerter Märkte auseinandergesetzt und die Beurteilung insbesondere unter Berücksichtigung des von der Beschwerdeführerin angeführten Entscheids der REKO/WEF vom 30. Juni 2005 (RPW 2005/3 S. 505 ff.), der Vorgaben mit Bezug auf die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Endkundenmarkt festhält, vorgenommen. Dabei kam sie ebenfalls zum Resultat, seitens der Kabelnetzbetreiber und insbesondere seitens von Cablecom bestehe nur ein beschränkter Wettbewerbsdruck auf die Beschwerdeführerin. Aufgrund des aktuellen Entwicklungstrends des Marktanteils auf dem Endkundenmarkt sei künftig von einem noch stärker bedrohten Wettbewerb auszugehen. Dem Vorwurf der Beschwerdeführerin, die WEKO habe zu Unrecht dem indirekten Einfluss des nachgelagerten Marktes auf den Wholesalemarkt nur beschränkt Rechnung getragen, entgegnet sie, letztlich sei massgeblich, dass dieser Einfluss selbst dann, wenn er vollumfänglich zu berücksichtigen wäre, angesichts des insgesamt nur mangelhaft ausgeprägten Wettbewerbs nicht genügen würde, um die Beschwerdeführerin im relevanten Markt ausreichend zu disziplinieren. Im Ergebnis sah die

Vorinstanz keinen Anlass, vom Gutachten der mit den Marktverhältnissen vertrauten und fachkompetenten WEKO abzuweichen.

10.4.3 Die WEKO hat sich im Rahmen dieses Verfahrens eingehend mit der Frage des Einflusses des nachgelagerten Marktes auseinandergesetzt und sie in ihrem Gutachten klar und stimmig beantwortet. Die Vorinstanz ist diesen Ausführungen im Wesentlichen gefolgt, ist aber gleichzeitig auch auf die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Argumente eingegangen und hat eigene Erwägungen angestellt. Im Ergebnis sah sie keinen Anlass, vom Gutachten der WEKO als Fachbehörde in Wettbewerbsfragen abzuweichen. Auch das BVGer erkennt weder offensichtliche Mängel noch innere Widersprüche, die ein Abweichen vom Gutachten gebieten würden. Da die Vorinstanz die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend durchgeführt und begründet hat, besteht somit kein Anlass, die angefochtene Verfügung aufzuheben. Die Beschwerde ist daher auch in diesem Punkt abzuweisen.

11. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die angefochtene Verfügung vor Bundesrecht standhält und die Vorinstanz zu Recht von einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 4 Abs. 2 KG der Beschwerdeführerin im Wholesalemarkt für Breitbanddienste ausgegangen ist. Die Beschwerdeführerin hat demnach der Beschwerdegegnerin gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. b FMG den Zugang zum schnellen Bitstrom während vier Jahren zu gewähren.