

COMCOM bedingungen-der-kollokation-kol-2008-10-09-3d03ec vom 9. Oktober 2008

ComCom, 2008-10-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/comcom_bedingungen-der-kollokation-kol-2008-10-09-3d03ec

FR: COMCOM bedingungen-der-kollokation-kol-2008-10-09-3d03ec du 9 octobre 2008

IT: COMCOM bedingungen-der-kollokation-kol-2008-10-09-3d03ec del 9 ottobre 2008

Erwägungen

E. 1

Verfahrensvoraussetzungen

E. 1.1

Allgemein Als Verwaltungsverfahren vor einer Bundesbehörde sind die Zugangsverfahren nach Art. 11a des Fernmeldegesetzes vom 30. April 2007 (FMG; SR 784.10) gemäss den Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021) abzuwickeln, soweit das FMG spezialgesetzlich nicht nähere Bestimmungen enthält (Art. 1 Abs. 2 Bst. d und Art. 4 VwVG).

E. 1.2

Zuständigkeit Gemäss Art. 11a FMG verfügt die ComCom bei Streitigkeiten über den Zugang auf Gesuch einer Partei und auf Antrag des BAKOM die Bedingungen des Zugangs. Streitigkeiten aus Vereinbarungen und Verfügungen über den Zugang werden hingegen durch die Zivilgerichte beurteilt (Art. 11b FMG). Bei der Kollokation handelt es sich nicht um eine eigenständige Zugangsform, weshalb sie in Art. 11 FMG auch nicht explizit erwähnt wird. Die Kollokation stellt hingegen unbestrittenermassen eine notwendige Voraussetzung für die technische Realisierung von gesetzlichen Zugangsansprüchen dar und insoweit ist die ComCom grundsätzlich auch zuständig, bei Nichteinigung der Parteien die Bedingungen und Preise der Kollokation verfügungsweise festzulegen. Vorliegend sind sich die Parteien in ihren Vertragsverhandlungen betreffend Kollokation (KOL) nicht in allen Punkten einig geworden. Sie haben in ihrem Vertrag vom 16. August 2007 die Höhe der Preise für Kollokationsdienstleistungen sowie den Zinssatz auf allfällige Rückvergütungen explizit offen gelassen. Überdies konnten sich die Parteien über verschiedene weitere Vertragsziffern nicht einigen, welche das Basisangebot Kollokation der Gesuchsgegnerin beinhaltet. Für diese Dissenspunkte beantragt die Gesuchstellerin die verfügungsweise Festlegung durch die ComCom. Bei den Streitigkeiten handelt es sich allesamt über solche, die die Bedingungen des Zugangs gemäss Art. 11a FMG betreffen. Folglich ist die ComCom für die Behandlung der im Gesuch vom 20. August 2008 gestellten Anträge zuständig.

E. 1.3

Verfahrensgegenstand Gegenstand eines Verwaltungsverfahrens sind die Rechtsbeziehungen, welche eine Behörde von Amtes wegen oder auf Begehren der beteiligten Personen regeln soll (vgl. THOMAS MERKLI/ARTHUR AESCHLIMANN/RUTH HERZOG, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Rz 13 zu

Art. 25). Das Zugangsverfahren gemäss den Bestimmungen des Fernmelderechts setzt ein entsprechendes Gesuch einer Partei voraus, von Amtes wegen kann es nicht angehoben werden. Folglich bestimmen auch in erster Linie die Rechtsbegehren der gesuchstellenden Partei den Verfahrensgegenstand, was sich unter anderem auf den Umfang des festzustellenden Sachverhalts und den Umfang der Rechtsanwendung von Amtes wegen auswirkt (vgl. ULRICH ZIMMERLI/WALTER KÄLIN/REGINA KIENER, Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrechts, 1997, S. 60). Die Gesuchstellerin stellt in ihrem Gesuch vom 20. August 2007 das Rechtsbegehren, es seien sämtliche von der Gesuchsgegnerin im Handbuch Preise ihres Standardangebotes Kollokation aufgeführ-

Aktenzeichen: AZ 330.30

10/87

ten Preise – im Hinblick auf deren Höhe und Preisstruktur – auf Einhaltung der Kostenorientierung gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG und Art. 60 der Verordnung über die Fernmeldedienste vom 9. März 2007 (FDV; SR 748.101.1) zu überprüfen und rückwirkend auf den 16. August 2007 kostenorientiert festzulegen. Im Weiteren enthält das Gesuch vom 20. August 2007 sechs weitere Rechtsbegehren, mit welchen von der ComCom die verfügungsweise Festlegung verschiedener Zugangsbedingungen verlangt wird. Bezüglich der Rechtsbegehren, welche die Gesuchsgegnerin in ihrer Stellungnahme vom 2. Oktober 2007 und in ihrer Eingabe vom 22. Februar 2008 stellt, ist festzuhalten, dass diese keinen Einfluss auf den Verfahrensgegenstand haben und insoweit nur für die Verlegung allfälliger Verfahrenskosten relevant sein können. In zeitlicher Hinsicht ist zu beachten, dass die Gesuchstellerin mit ihrem Gesuch vom 20. August 2007 die Überprüfung und Festsetzung der strittigen Preise aus dem damals gültigen Handbuch Preise Version 1-1 vom 1. April 2007 verlangt und sie dessen Preise als nicht gesetzmässig der ComCom zur Beurteilung unterbreitete. Das Handbuch Version 1-1 wurde am 17. August 2007 durch die Version 1-

E. 1.4

Rechtsschutzinteresse Der Anspruch auf Erlass einer Verfügung setzt ein schutzwürdiges Interesse voraus. Dies gilt nicht nur für den in Art. 25 VwVG explizit erwähnten Fall der Feststellungsverfügung sondern analog auch für Gestaltungs- und Leistungsverfügungen (vgl. BGE 120 Ib 351 E. 3a S. 355, PIERRE TSCHAN-NEN/ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. Bern 2005, § 30 Rz. 29). Das schutzwürdige Interesse muss nicht zwingend ein rechtliches sein; auch ein bloss tatsächliches kann genügen. Das geforderte Interesse muss aber grundsätzlich aktueller und praktischer Natur sein. Dieses Erfordernis soll sicherstellen, dass das Gericht konkrete und nicht bloss theoretische Fragen entscheidet, und es dient damit der Prozessökonomie (vgl. BGE 114 Ia 131). Mit der letzten Revision des Fernmeldegesetzes, die am 1. April 2007 in Kraft getreten ist, hat der Gesetzgeber an der so genannten Ex-post-Regulierung festgehalten. Der ComCom als eidgenössische Regulierungsbehörde ist es im Unterschied zu den umliegenden europäischen Ländern verwehrt, von Amtes wegen die relevanten Märkte zu definieren, die Anbieterinnen zu bezeichnen, die auf diesen Märkten eine beherrschende Stellung einnehmen und diesen Anbieterinnen bestimmte Pflichten aufzuerlegen. Eine Regulierung kann lediglich auf Antrag einer Anbieterin von Fernmeldediensten (FDA) und im Rahmen der von ihr gestellten Rechtsbegehren vorgenommen werden. Hingegen verlangt das Fernmelderecht für die Einreichung eines Zugangsgesuchs nicht, dass die Gesuchstellerin den fraglichen Dienst bereits bezieht, bzw. in der Vergangenheit bezogen hat oder mit der

Gesuchsgegnerin einen entsprechenden Vertrag abgeschlossen hat. Eine Anbieterin kann ein durch- aus legitimes Interesse daran haben, die Bedingungen und Preise für den Zugang mit der Gesuchs- gegnerin vor Aufnahme der entsprechenden Geschäftstätigkeit zu kennen, um gestützt darauf die nötigen betriebswirtschaftlichen Berechnungen vorzunehmen. Ein Entscheid der ComCom beschlägt diesfalls ein allfälliges künftiges Zugangsverhältnis zwischen den Parteien, bzw. Dienste, die erst zu einem späteren Zeitpunkt bezogen werden. So besteht für eine FDA ein schutzwürdiges Interesse für die behördliche Festlegung von nach wie vor angebotenen Preisen, auch wenn sie die entsprechen- den Leistungen noch nicht bezogen hat. Anders verhält es sich hingegen bei Preisen, die aktuell keine Geltung mehr beanspruchen können, weil sie durch neu angebotene Preise abgelöst wurden. Wurden Leistungen zu nicht mehr gültigen Preisen gar nicht bezogen, so besteht an deren Festsetzung ledig- lich ein theoretisches, nicht mehr aktuelles Interesse. Die Gesuchstellerin beantragt in ihrem Gesuch vom 20. August 2007 die Überprüfung sämtlicher von der Gesuchsgegnerin im Handbuch Preise ihres Standardangebotes KOL aufgeführten Preise auf Einhaltung der Kostenorientierung. Zu diesem Zeitpunkt offerierte die Gesuchsgegnerin zu den Prei- sen gemäss ihrem Handbuch Preise Version 1-1 vom 5. April 2007, welches am 17. August 2007 rückwirkend per 1. April 2007 durch die Version 1-2 ersetzt wurde. Aufgrund oben stehender Ausfüh- rungen hatte die Gesuchstellerin im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung grundsätzlich ein schutzwürdi- ges Interesse an der behördlichen Festlegung aller strittigen Preise. Betreffend die Preise für Leistun- gen, die die Gesuchstellerin im Jahr 2007 nicht bezogen hat, fiel das erforderliche schutzwürdige Inte- resse am Erlass einer Verfügung hingegen mit der Ersetzung des Handbuchs Version 1-2 durch die Version 1-3 per 1. Januar 2008 dahin, da die Gesuchstellerin diese Leistungen nicht nur nicht bezo- gen hat, sondern zu den damals geltenden Preisen auch nicht mehr beziehen könnte. Die Parteien bezeichneten denn auch übereinstimmend in ihren Eingaben vom 22. Februar 2008 und vom 16. Juni 2008 die im Jahr 2007 nicht bezogenen Dienstleistungen, welche aufgrund des Fehlens eines aktuel- len und praktischen Interesses nicht verfügt werden können. Zu verfügen sind demnach die Preise gemäss nachstehender Tabelle folgenden Dienstleistungen:

Aktenzeichen: AZ 330.30

12/87

Wiederkehrende Preise in CHF Einmalige Preise in CHF Tabelle 1 : Zu verfügbare Preise KOL

Einheit Preis/Einheit [CHF]

2007 2008 Energie 230 V AC ab Netz 1kW

x Energie 48 V DC (geschützt) 1kW x x Fläche (Mindestbenutzung Rackplatz 2m 2) 1m

E. 1.5

Begründungserfordernis Die Gesuchstellerin beantragt, die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, die Nutzung der für den Zu- gang erforderlichen Standorte und die Installation und den Betrieb von Anlagen an diesen Standorten nicht diskriminierend anzubieten (Rechtsbegehren Nr. 3 im Gesuch vom 20. August 2007). Gemäss Art. 56 FDV hat die marktbeherrschende Anbieterin anderen Anbieterinnen an allen für den Zugang erforderlichen Standorten diskriminierungsfrei anzubieten, den Standort zu nutzen und dort Anlagen zu installieren und zu betreiben. Der Antrag der Gesuchstellerin wiederholt

lediglich den Wortlaut der Verordnung, respektive verbindet diesen mit einer Verpflichtung der Gesuchsgegnerin durch die ComCom. Die Gesuchstellerin wurde deshalb aufgefordert zu begründen, inwieweit diesem Rechtsbegehren neben ihren weiteren Rechtsbegehren selbständige Bedeutung zukommen soll. In ihrer Replik vom 1. November 2007 bringt sie vor, sie sei weder verpflichtet noch in der Lage, die beanstandete Diskriminierung mit Belegen nachzuweisen. Sie kenne weder die mit anderen Anbieterinnen geschlossenen Verträge noch die Vereinbarungen mit Konzerngesellschaften. Sie müsse jedoch davon ausgehen, dass die anderen Konzerngesellschaften die Dienstleistungen zu andern Konditionen nutzen können als ihr bis anhin angeboten worden sei. Die ersuchende Anbieterin treffe auch beim Thema Diskriminierung in aller Regel keine über eine Glaubhaftmachung hinausgehende Substanziierungsmöglichkeit. Die Gesuchsgegnerin hält dem entgegen, die behauptete Diskriminierung sei nicht substantiiert und inexistent. Das Gesuchsbegehren Nr. 3 sei deshalb abzuweisen. Die mit Rechtsbegehren beantragten Anordnungen müssen geeignet sein, ein Rechtsverhältnis verfügungsweise zu regeln. Mit einer Anordnung dessen, was im Gesetz steht, ist bezüglich konkreter Rechte und Pflichten jedoch noch nichts gesagt. Dies scheint die Gesuchstellerin zu ignorieren, wenn sie vorbringt, es reiche aus, wenn auf eine vorgegebene Verpflichtung hingewiesen werde, deren Wortlaut klar sei und keinerlei Fragen offen lasse. Es lässt sich nicht bestreiten, dass eine individuell-konkrete Festlegung von generell-abstrakten Normen für sich keinen Sinn macht. Idealerweise sind die Rechtsbegehren so präzise formuliert, dass sie direkt in das Verfügungsdispositiv übernommen werden können (vgl. FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrecht, 2. Auflage 1983, S. 191). Ist dies nicht der Fall, so sind die gestellten Anträge im Lichte ihrer Begründung zu interpretieren (vgl. THOMAS MERKLI/ARTHUR AESCHLIMANN/RUTH HERZOG, a.a.O., Rz 13 zu Art. 32).

Vorliegend ergibt sich aus dem Rechtsbegehren der Gesuchstellerin nicht, welche konkrete Anordnung von der ComCom verlangt wird und es ist aus diesem Grund ausgeschlossen, dieses unverändert in das Dispositiv der Verfügung zu übernehmen. Auch unter Beizug der Begründung in der Beschwerdeschrift und der weiteren Eingaben lässt sich aber nicht exakt eruieren, was die Gesuchstellerin bezüglich behaupteter Diskriminierung von der ComCom anbegehrt. Sie bringt in ihrer Replik vom 1. November 2007 zwar vor, sie müsse davon ausgehen, dass die anderen Konzerngesellschaften der Gesuchsgegnerin deren Dienstleistungen zu andern Konditionen nutzen könnten als diese ihr angeboten würden. Sie erklärt aber weder direkt, was sie vertraglich festgehalten haben will, noch liefert sie indirekt Hinweise, inwieweit sie von der Gesuchsgegnerin bei der Gewährung von KOL gegenüber anderen Anbieterinnen diskriminiert werde und deshalb die gleichen Bedingungen wie diese verfügt haben will. Soweit die Gesuchstellerin die Auffassung vertritt, die befassete Instanz habe dieser Thematik ihr Augenmerk zu schenken und mittels Editionsbehl die konkrete Situation zu prüfen, verkennt sie, dass es sich vorliegend um ein Zugangs- und nicht um ein Aufsichtsverfahren handelt. In einem solchen legt die ComCom im Rahmen des durch die Anträge der Gesuchstellerin definierten Verfahrensgegenstandes die Modalitäten des Zugangs fest. Dabei spielt keine Rolle, ob die Gesuchstellerin keine über eine Glaubhaftmachung hinausgehende Substantiierungsmöglichkeit hat, wie sie dies vorbringt, da von ihr nicht verlangt wird, dass sie ein diskriminierendes Verhalten glaubhaft macht oder sogar belegt. Gefordert ist hingegen, dass sich aus ihrem Antrag respektive dessen Begründung ergibt, was sie als verfügungsweise Anordnung anbegehrt. Das dritte Rechtsbegehren im Gesuch vom 20. August 2007

genügt diesen Anforderungen nicht. Es wird nicht selbständig begründet, sondern es erscheint lediglich in den Titelüberschriften zu vier weiteren Anträgen und es kommt ihm deshalb auch keine selbständige Bedeutung zu. Schliesslich äussert sich die Gesuchstellerin auch nicht in ihrer Schlussstellungnahme vom 25. August 2008, was sie konkret bezüglich Nichtdiskriminierung verfügt haben will. Eine Verfügung mit einem Wortlaut, die Zugangsgewährung habe auf nicht diskriminierende Weise zu geschehen, würde aus den obgenannten Gründen keinen Sinn machen. Auf das Rechtsbegehren Nr.

E. 1.6

Begründungspflicht Die Parteien vertreten verschiedene Ansichten, wen im Rahmen der Gewährung von Zugang zu den Einrichtungen der Gesuchsgegnerin welche Begründungspflicht trifft. Nachfolgend ist deshalb zu klären, wie es sich mit den gegenseitigen Vorwürfen mangelnder Begründung verhält. Dem gesuchstellerischen Vorwurf, die Gesuchsgegnerin begründe die Vertragsklauseln in ihrem Basisangebot nicht, kann entgegengehalten werden, dass eine entsprechende Pflicht nirgends gesetzlich vorgesehen ist. Die Gesuchsgegnerin hat als marktbeherrschende Anbieterin ihren Konkurrentinnen gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG zwar auf transparente Weise Zugang zu ihren Einrichtungen zu gewähren. Dies bedeutet hingegen nicht, dass sie gehalten wäre, jede einzelne Bestimmung ihrer Verträge im Detail zu begründen und darzulegen, warum sie Wünsche ihrer Vertragspartnerinnen nicht berücksichtigen kann oder will. Die Gesuchsgegnerin verfügt bei den Vertragsverhandlungen mit ihren Konkurrentinnen über eine ungleich grosse Macht. Dies führt aber nicht etwa dazu, dass sie nicht in ihren eigenen Interessen verhandeln dürfte oder verpflichtet wäre, eine ablehnende Haltung gegenüber einem Ansinnen der vertraglichen Gegenpartei begründen zu müssen. Eine Obliegenheit zur Begründung ihrer Haltung besteht für die Gesuchsgegnerin erst in einem (nach Vertragsschluss) angehobenen Zugangsverfahren. Dass die Gesuchsgegnerin einer solchen vorliegend nicht nachkommen würde, wird von der Gesuchstellerin zu Recht nicht vorgebracht. Der Argumentation der Gesuchsgegnerin, wonach die Gesuchstellerin eine Begründungspflicht treffe, kann nicht gefolgt werden. Eine Begründungspflicht besteht im Rahmen des Anspruchs auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101) seitens einer Behörde bezüglich deren Entscheide (vgl. LORENZ KNEUBÜHLER, Die Begründungspflicht, Eine Untersuchung über die Pflicht der Behörden zur Begründung ihrer Entscheide, Diss. 1998, S. 1). Bei der Begründung von Parteieingaben handelt es sich demgegenüber nicht um eine eigentliche Pflicht, sondern um ein Erfordernis, damit auf einen Antrag eingetreten werden kann (vgl. oben Ziff. 1.5). Weiter ist entgegen der Darstellung der Gesuchsgegnerin nicht ersichtlich, inwieweit zwischen einer angeblichen Begründungspflicht der Gesuchstellerin und einem schutzwürdigen Interesse an der Antragstellung ein Zusammenhang bestehen soll. An einem aktuellen und praktischen Interesse an einem Entscheid würde es dann fehlen, wenn der ComCom Fragen unterbreitet würden, deren Beurteilung keine praktische Relevanz für die Gesuchstellerin hätte, die mithin rein theoretischer Natur wären. Vorliegend beanstandet die Gesuchstellerin – aus Sicht der Gesuchsgegnerin mit einer mangelhaften Begründung – eine Klausel, die die Gesuchsgegnerin in ihrem Basisangebot so vorsieht. Es ist in keiner Weise nachvollziehbar, warum die Gesuchstellerin an der Beurteilung dieser Klausel nicht ein aktuelles und

praktisches Interesse haben sollte. Ob der Begründung zum entsprechenden Antrag gefolgt werden kann, ist nicht eine Frage des formellen, sondern eine des materiellen Rechts.

E. 1.7

Verhandlungsfrist Gemäss Art. 11a Abs. 1 FMG kann die ComCom grundsätzlich erst um eine Verfügung der Zugangsbedingungen angegangen werden, wenn die beteiligten Anbieterinnen sich vorgängig nicht innerhalb

Aktenzeichen: AZ 330.30

15/87

von drei Monaten einigen können. Der Gesetzgeber räumt damit der rechtsgeschäftlichen Einigung der Parteien Priorität gegenüber der behördlichen Festsetzung der Zugangsbedingungen ein (sog. Verhandlungsprimat). Bei dieser Dreimonatsfrist handelt es sich um eine eigenständige, spezialgesetzliche Prozess- und Eintretensvoraussetzung (BGE 2A.276/2006 vom 12. Juli 2006, E. 2.3). Die Gesuchstellerin teilte der Gesuchsgegnerin mit Schreiben vom 14. März 2007 mit, sie verlange die Aufnahme von Verhandlungen. Die Gesuchsgegnerin lehnte dies mit dem Verweis auf das Inkrafttreten der neuen Bestimmungen des FMG per 1. April 2007 vorläufig ab. Die Gesuchstellerin wiederholte ihr Begehren am 2. April 2007. In der Folge kam es zwischen den Parteien zu Verhandlungen, welche mit dem am 15. respektive 16. August 2007 unterzeichneten Vertrag abgeschlossen wurden. Das Gesuch um Festlegung der Zugangsbedingungen datiert vom 20. August 2007. Mithin kann die Frage offen gelassen werden, ob die Gesuchsgegnerin verpflichtet gewesen wäre, mit der Gesuchstellerin Verhandlungen bereits vor Inkrafttreten der neuen Gesetzesbestimmungen zu führen, da die dreimonatige Verhandlungsfrist ohnehin eingehalten worden ist.

E. 1.8

Formular für Zugangsgesuche Ein Gesuch um Erlass einer Zugangsverfügung hat nebst den Anträgen und den wesentlichen Tatsachen auch das vom BAKOM bereitgestellte Formular für Zugangsgesuche zu umfassen (Art. 70 Abs. 1 Bst. c FDV). Dieses bezieht sich in erster Linie auf die Frage der Marktbeherrschung und zielt darauf ab, das Verfahren durch das möglichst frühzeitige und strukturierte Sammeln aller vorhandenen, entscheidungsrelevanten Informationen zu beschleunigen. Das Formular ist für jeden Zugangsdienst auszufüllen, der Gegenstand des Verfahrens bildet und bei dem feststeht oder absehbar ist, dass die Gesuchsgegnerin die Marktbeherrschung bestreitet. Es soll die Vorarbeiten zur Erstellung des Gutachtens über die Marktbeherrschung durch die Eidgenössische Wettbewerbskommission (Weko) beschleunigen helfen. Das Einreichen des Formulars bildet hingegen keine absolute Eintretensvoraussetzung. Die Gesuchstellerin hat vorliegend auf die Einreichung des Formulars verzichtet, da die Gesuchsgegnerin sich in den bisherigen Diskussionen und Vertragsverhandlungen nie auf den Standpunkt gestellt habe, sie sei nicht marktbeherrschend, weshalb dieser Punkt auch nicht strittig sei. Dies ist unter den gegebenen Umständen und im Lichte der vorstehenden Ausführungen nicht zu beanstanden. Hinzu kommt, dass die Instruktionsbehörde das ausgefüllte Formular von der Gesuchstellerin auch noch im Rahmen des Beweisverfahrens hätte einverlangen können, wenn sie dies als nötig erachtet hätte (vgl. zur Frage der Marktbeherrschung unten Ziff. 2.1).

E. 1.9

Einigungsangebot Im Weiteren ist mit dem Gesuch um Erlass einer Zugangsverfügung grundsätzlich ein Angebot für eine Einigung einzureichen (Art. 70 Abs. 1 Bst. d FDV). Dieses kann gemäss Art. 70 Abs. 2 FDV allerdings auch spätestens bis zum Abschluss des Beweisverfahrens nachgereicht werden. Die Gesuchstellerin führt aus, Art. 70 Abs. 2 FDV enthalte eine Ordnungsvorschrift und nicht eine Prozessvoraussetzung. Es mache vorliegend keinen Sinn, ein Einigungsangebot zu unterbreiten, weil sie keine Angaben über die grundlegendsten Daten, insbesondere über die Preisberechnungsgrundlagen habe und damit kein sinnvolles Angebot unterbreite könne. Die ComCom hat in ihrer Teilverfügung vom 14. Dezember 2007 in der Sache Verizon Switzerland AG vs. Swisscom Fixnet AG festgehalten, dass die von der Gesuchsgegnerin eingereichten Unterlagen zum Nachweis der Kostenorientierung der Preise der Gesuchstellerin in weiten Teilen nur in einer abgedeckten Version zur Kenntnis gebracht werden konnten, weil sie Geschäftsgeheimnisse enthielten. Die Gesuchstellerin sei deshalb weder im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung noch nach Ab-

Aktenzeichen: AZ 330.30

16/87

schluss des Beweisverfahrens selbst in der Lage gewesen, die Kostenorientierung der Preise nach Massgabe der Geschäftszahlen der Gesuchsgegnerin zu überprüfen. Es entspreche dem Regelfall, dass vor Einreichung eines Zugangsgesuchs keine Verhandlungen über ein konkretes Einigungsangebot zwischen den Parteien geführt würden und ein solches somit auch nicht vorgelegt werden könne. Im Rahmen des Instruktionsverfahrens könne das BAKOM eine Schlichtungsverhandlung durchführen, was angezeigt erscheine, wenn die Parteien ihren Verhandlungswillen glaubhaft darlegten und eine Einigung unter den Parteien möglich erscheine. Auch nach Abschluss des Beweisverfahrens könne aber von einer Gesuchstellerin nur dann das Einreichen eines Einigungsangebots verlangt werden, wenn die Parteien explizit die Durchführung einer Schlichtungsverhandlung zu den Preisen verlangten. Andernfalls mache ein Einigungsangebot verfahrensrechtlich keinen Sinn. Die Verordnungsbestimmung von Art. 70 Abs. 2 FDV sei dahingehend zu verstehen, dass ein allfälliges Einigungsangebot bis spätestens nach Abschluss des Beweisverfahrens dem BAKOM einzureichen ist. Das Einreichen des Einigungsangebots bilde deshalb keine absolute Eintretensvoraussetzung. Diese Ausführungen können auch für das vorliegende Verfahren Geltung beanspruchen. Es ist nicht zu beanstanden, dass die Gesuchstellerin vorliegend darauf verzichtete, ein Einigungsgesuch einzureichen. Das Gesuch leidet diesbezüglich an keinem formellen Mangel.

E. 1.10

Fazit Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die formellen Voraussetzungen bezüglich des Antrags auf Verpflichtung zu einem diskriminierungsfreien Angebot (vgl. oben Ziff. 1.5) nicht erfüllt sind und insofern auf das Gesuch nicht eingetreten werden kann. Im Übrigen sind die Eintretensvoraussetzungen erfüllt. 2 Pflicht zur Gewährung des Zugangs

E. 2

x x

Einheit Preis/Einheit [CHF]

2007 2008 Machbarkeitsabklärung Kollokation Pauschal x x Begehung nach Absage (negative Machbarkeit) h

x Bereitstellung Kollokation Pauschal x x Bereitstellung Kollokation (Anschlusskasten) Pauschal

x TAL: Kupferkablage 2-Draht zum Hauptverteiler Swisscom 192 Ader- paare

x MLF: Kupferkablage 2-Draht zum Hauptverteiler Swisscom 36 Aderpaa- re

x MLF: Kupferkablage 4-Draht zum Hauptverteiler Swisscom 16 Sternvie- rer

x TAL: Ausbau Kupferkablage 2-Draht zum Hauptverteiler Swisscom 192 Ader- paare

x MLF: Ausbau Kupferkablage 2-Draht zum Hauptverteiler Swisscom 36 Aderpaa- re

x MLF: Kupferkablage 4-Draht zum Hauptverteiler Swisscom 16 Sternvie- rer

x Produktwechsel IFS Pauschal

x Mutationen Pauschal

x Kündigung Pauschal

x Begleitung Standard (Anmeldung grösser 48 Stunden) h x x Begleitung Express (Anmeldung kleiner 48 Stunden) h x x

Aktenzeichen: AZ 330.30

13/87

E. 2.1

Marktbeherrschung Die Gesuchsgegnerin bestreitet ihre Marktbeherrschung betreffend Kollokation nicht grundsätzlich, sondern nur subsidiär für den Fall, dass die ComCom bezüglich Art. 56 Abs. 2 Bst. d und e FDV davon ausgehe, es bestehe eine ausreichende Gesetzesgrundlage für die von der Gesuchstellerin geltend gemachten Pflichten der Gesuchsgegnerin. Sie bringt vor, diesfalls verfüge sie auf dem Markt für die Vermietung von Fläche und die „Verbindung von Anlagen in einem weiten Sinn“ nicht über eine marktbeherrschende Stellung und die Gesuchstellerin habe eine solche auch in keiner Weise sub- stanziiert. Sollte auf die Begehren der Gesuchstellerin trotzdem eingetreten werden, so wären im Rahmen der Instruktion zunächst die aktuellen Marktverhältnisse abzuklären und die Weko wäre ge- stützt auf Art. 11a Abs. 2 FMG zu beauftragen, ein Gutachten zur Frage der Marktbeherrschung zu verfassen. Die Gesuchstellerin entgegnet diesen Vorbringen, Art. 56 FDV lege fest, dass die in Bezug auf die Zugangsformen gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG marktbeherrschende Anbieterin anderen Anbieterinnen an allen für den Zugang erforderlichen Standorten diskriminierungsfrei anbiete, den Standort zu nut- zen und dort Anlagen zu installieren und zu betreiben. Die Marktbeherrschungsfrage stelle sich somit nicht in der Form, wie von der Gesuchsgegnerin behauptet. Es gehe nicht um einen Markt für gewerb- liche Flächen schlechthin, sondern um die klarerweise im alleinigen Machtbereich der Gesuchsgegne- rin liegenden Zugangsorte für Dienste, bei welchen die Gesuchsgegnerin marktbeherrschend sei und diese Marktbeherrschung mit ihren Basisangeboten zu den Zugangsformen TAL, KKF und MLF auch anerkannt habe.

Aktenzeichen: AZ 330.30

17/87

Nach Art. 11 Abs. 1 FMG müssen grundsätzlich nur marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldeleistungen anderen Anbieterinnen auf transparente und nicht diskriminierende Weise sowie zu kostenorientierten Preisen in den explizit aufgeführten Formen Zugang zu ihren Einrichtungen und Diensten gewähren. Voraussetzung für eine kostenorientierte Preisgestaltung im Sinne von Art. 11 Abs. 1 FMG ist somit das Vorliegen von Marktbeherrschung im relevanten Markt. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz, KG; SR 251]). Da es sich bei der Kollokation nicht um eine eigenständige Zugangsform, sondern unstreitig um die Voraussetzung zur technischen Realisierung der gesetzlich vorgesehenen Zugangsformen handelt, stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis die Kollokation zum Konzept der Marktbeherrschung gemäss Art. 11 FMG steht. Die Verpflichtung zur Gewährung von Netzzugang setzt gemäss Art. 11 FMG eine marktbeherrschende Stellung voraus. Art. 11 FMG zählt die möglichen Zugangsformen abschliessend auf. Ob Zugang zu gewähren ist, beurteilt sich gemäss der Systematik der gesetzlichen Regelung danach, ob hinsichtlich der vorgesehenen Zugangsformen eine marktbeherrschende Stellung gegeben ist oder nicht. Ist sie gegeben, so ist der Zugang zu gewähren. Damit der Zugang technisch realisiert werden kann, braucht es das Angebot der Kollokation. Mit anderen Worten hat die Gesuchsgegnerin wegen ihrer marktbeherrschenden Stellung die von Art. 11 FMG vorgesehenen Zugangsformen und nicht die Kollokation anzubieten. Letztere muss sie deshalb anbieten, weil diese technische Voraussetzung für die Realisierung des Rechts auf Zugangsgewährung in einer der vom Gesetz statuierten Formen ist, und nicht etwa weil sie bezüglich der in der FDV statuierten Kollokationspflicht eine marktbeherrschende Stellung innehat. Es kann deshalb auch nicht sein, dass eine FDA gestützt auf eine marktbeherrschende Stellung zur Gewährung des Zugangs in einer der in Art. 11 FMG genannten Formen verpflichtet ist, diese Verpflichtung aber mit der Behauptung, sie sei im Bereich der Kollokation nicht marktbeherrschend, vereiteln kann. Kollokation und Marktbeherrschung stehen nicht in dem von der Gesuchsgegnerin behaupteten Zusammenhang und es ist der Gesuchstellerin beizupflichten, wenn sie ausführt, die Frage der Marktbeherrschung könne sich bezüglich Kollokation gar nicht stellen. Somit war die Instruktionsbehörde auch nicht verpflichtet, Marktverhältnisse abzuklären und ein Gutachten zur marktbeherrschenden Stellung bei der Weko einzuholen. Es ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass nach Art. 11a Abs. 2 FMG das BAKOM die Weko zu konsultieren hat, wenn die Frage der Marktbeherrschung zu beurteilen ist. Diese Bestimmung hat zum Zweck, eine Zersplitterung der wettbewerbsrechtlichen Rechtsprechung für gleiche Tatbestände zu verhindern (vgl. dazu die Botschaft zum revidierten Fernmeldegesetz vom 10. Juni 1996 in BBl 1996 III 1427, CLEMENS VON ZEDTWITZ, Interkonnektion von Telekommunikationsnetzen, Zürich 2007, S. 195 sowie RETO A. HEINZ-MANN, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, Diss. ZH 2005, S. 22). Sie bedeutet hingegen nicht, dass die Instruktionsbehörde in absolut jedem Fall, in dem eine Partei die Frage der marktbeherrschenden Stellung aufwirft, auch verpflichtet ist, die Marktverhältnisse abzuklären und bei der Weko ein Gutachten in Auftrag zu geben. Wäre sie es, wäre es ein Leichtes, jedes Verfahren zu verschleppen, was auch angesichts der Ordnungsfrist von Art. 11a Abs. 3 FMG nicht im Sinne des Gesetzgebers sein kann. So hat die

Instruktionsbehörde vorliegend angesichts der Tatsache, dass sich die Frage der Marktbeherrschung bei der Kollokation gar nicht stellen kann, zu Recht darauf verzichtet, diesbezüglich weitergehende Abklärungen zu treffen. Gestützt auf diese Ausführungen hat die Gesuchsgegnerin grundsätzlich Kollokation in der von den fernmelderechtlichen Bestimmungen vorgesehenen Formen anzubieten.

Aktenzeichen: AZ 330.30

18/87

E. 2.2

Pflichtige Dienste

E. 2.2.1

Form der Kollokation Die Gesuchsgegnerin bringt in ihrer Schlussstellungnahme vom 18. August 2008 vor, keine einzige Anbieterin habe ihr Kollokationskonzept in Frage gestellt, wie dies die Instruktionsbehörde offenbar tue. Auch habe sich keine Anbieterin dagegen gewendet, dass sich die Kollokationsstandorte teilweise in baulich abgetrennten Räumen befänden. Schliesslich habe auch keine Anbieterin dagegen opponiert, dass die Gesuchsgegnerin die konkrete Lösung im Einzelfall nach Massgabe der räumlichen Verhältnisse festlege. Entsprechend seien auch keine Vorbehalte zu diesen Fragen formuliert worden. Aufgrund des Verhandlungsprimates sei es der Regulierungsbehörde deshalb verwehrt, einzuschreiten. Es dürfe kein Angebot reguliert werden, welches nicht „eingeklagt“ worden sei. Ansonsten würde nicht die Kostenorientiertheit des Preises dessen überprüft, was die Parteien vereinbart hätten, sondern es würden Inhalt und Preis eines anderen, die vertraglichen Vereinbarungen ausser Acht lassenden Angebots behördlich definiert. Die Verfahrensvoraussetzungen der Regulierung einer ausschliesslich offenen Kollokation seien aus diesen Gründen nicht erfüllt. Die Gesuchstellerin äussert sich nicht zu dieser Thematik. Art. 56 Abs. 3 FDV sieht als minimale und ausreichende Form der Kollokation die offene Kollokation vor. Die marktbeherrschende Anbieterin ist demnach verpflichtet, mindestens eine Kollokation ohne bauliche Abtrennung anzubieten. Sie kann hingegen auch Formen der Kollokation anbieten, welche über das vorgesehene Mindestmass der offenen Kollokation hinausgehen. Die Kosten für die Realisierung eines Ausbaus können hingegen nicht im Rahmen eines Zugangsverfahrens festgelegt werden. Das BAKOM hat denn auch richtigerweise bei der Verfahrensinstruktion nur die entsprechenden Kosten für die Form der offenen Kollokation, das heisst ohne bauliche Abtrennung am Standort der marktbeherrschenden Anbieterin, als relevant erachtet und Preise für diese Form der Kollokation hergeleitet. Dadurch wird das Kollokationskonzept der Gesuchsgegnerin nicht in Frage gestellt. Ist es der Wille der Gesuchsgegnerin, die Kollokation räumlich abgetrennt anzubieten, steht es ihr selbstverständlich frei, dies zu tun. Sie ist einzig durch Art. 56 Abs. 3 FDV verpflichtet, mindestens die Form der offenen Kollokation anzubieten. Dies lässt sich schon dem Erläuterungsbericht zur Fernmeldeverordnung¹ entnehmen und wurde auch im Laufe des Verfahrens nie in Frage gestellt. Nicht gesagt ist durch die gesetzliche Regelung allerdings, wer die Kosten für eine baulich abgetrennte Kollokation zu tragen hat. Dabei kann wohl nach den gängigen Gepflogenheiten zwischen Vertragspartnern davon ausgegangen werden, dass diejenige Partei die Kosten für einen nicht pflichtigen Mehraufwand trägt, die ihn wünscht. Erachtet also die Gesuchsgegnerin eine baulich abgetrennte Kollokation als sinnvoll, so hat sie dafür die Mehrkosten dieser Variante zu tragen. Ist es die Gesuchstellerin, die einen über das ge-

gesetzlich geforderte Mindestangebot hinausgehenden Ausbauwunsch anbringt, so hat sie die entsprechenden Kosten zu tragen. Vorausgesetzt, dass die Gesuchsgegnerin zu einer solchen Lösung überhaupt Hand bietet. Wäre es schliesslich wegen Platzknappheit gar nicht möglich, am Standort Kollokation anzubieten, so würde die Bestimmung von Art. 57 FDV greifen. Da es sich bei einer durch bauliche Massnahmen abgetrennten Kollokation aber um eine Dienstleistung handelt, zu welcher eine marktbeherrschende Anbieterin gesetzlich nicht verpflichtet ist, ist es der ComCom auch verwehrt, regulierend einzugreifen. Nicht pflichtige Dienste dürfen nicht reguliert werden. Es erstaunt deshalb etwas, dass gerade die Gesuchsgegnerin, welche sich in der Regel gegen jegliche Eingriffe der Regulierungsbehörde zur Wehr setzt, hier eine behördliche Festlegung von Preisen für eine Dienstleistung verlangt, zu der sie gesetzlich nicht verpflichtet ist. In diesem Zusammenhang ist im Weiteren kurz auf das Argument der Gesuchsgegnerin, die Eintretensvoraussetzungen für eine Regulierung der nur offenen Kollokation seien nicht gegeben, einzugehen.

1 Abrufbar unter

<http://www.bakom.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00512/00871/index.html>, S. 21.

Aktenzeichen: AZ 330.30

19/87

Es trifft zwar zu, dass die ComCom nur regulierend eingreifen kann, wenn sich die Parteien nicht einig sind und eine Partei bei ihr ein Gesuchsverfahren anhebt. Vorliegend ist diese Verfahrensvoraussetzung bezüglich der Preise für Kollokation erfüllt. Andererseits kann die ComCom aber nur für pflichtige Dienste kostenorientierte Preise verfügen und betreffend Kollokation besteht nur für die offene Form eine gesetzliche Pflicht. Mit anderen Worten kann die ComCom im Rahmen der Kollokation nur Preise für die offene Kollokation verfügen, weshalb auch nur diesbezüglich die Eintretensvoraussetzungen überhaupt gegeben sein können. Die Aussage der Gesuchsgegnerin, das geltende Recht ermächtige den Sektorregulator nicht, die Kollokation auf eine offene Kollokation zu beschränken, trifft eben gerade nicht zu. Das geltende Recht setzt der Regulierung in der Hinsicht Grenzen, dass die Regulierungsbehörde nicht eingreifen darf, wo keine Verpflichtung zur Zugangsgewährung besteht. Würde der Regulator auch für Dienste, welche die Gesuchsgegnerin ausserhalb dieser Pflicht anbietet, kostenorientierte Preise festlegen, würde er seine Kompetenzen überschreiten und das Recht verletzen. Die Auffassung der Gesuchsgegnerin, die Eintretensvoraussetzungen für eine Regulierung der nur offenen Kollokation sei nicht gegeben, erweist sich aus den genannten Gründen als falsch. Soweit die Gesuchsgegnerin erklärt, es fehle an einer gesetzlichen Grundlage für eine Beschränkung des regulierten Angebots auf eine offene Kollokation, kann auf die soeben gemachten und auf die nachfolgenden Ausführungen betreffend gesetzlicher Grundlage für die Verordnungsbestimmungen im Bereich der Kollokation verwiesen werden (vgl. unten sogleich Ziff. 2.2.2). Ergänzend wird darauf hingewiesen, dass die Auslegung von Art. 56 Abs. 3 FDV zu keinem anderen Ergebnis führen kann, als dass die ComCom nur für die offene Kollokation Preise verfügen darf. Es sei nochmals erwähnt, dass dadurch die Möglichkeit der Gesuchsgegnerin, eine über die gesetzliche Mindestanforderung hinausgehende Kollokation anzubieten, in keiner Weise vermindert wird. Die Kosten für solche baulichen Massnahmen können hingegen aus rechtlichen Gründen nicht im Rahmen eines Zugangsverfahrens festgelegt werden. Ob es aus tatsächlichen Gründen überhaupt möglich wäre, behördlich kostenorientierte Preise zu

verfügen, kann deshalb auch offen gelassen werden. Angesichts des Umstandes, dass die jeweiligen Ausbauten wohl einen sehr stark auf die konkreten Räumlichkeiten zugeschnittenen individuellen Charakter hätten, bestehen allerdings grosse Zweifel daran. Zudem könnte auch nicht sein, dass für jeden konkreten Standortausbau ein Zugangsverfahren vor der ComCom angestrengt werden sollte. Die ComCom hat die Bedingungen des Zugangs festzulegen. Für Streitigkeiten aus Vereinbarungen und aus den Verfügungen über den Zugang ist der Zivilrichter verantwortlich (Art. 11b FMG). Die Gesuchsgegnerin macht schliesslich geltend, im Verhältnis zu Anbieterinnen, welche gemäss den geltenden Verträgen geschlossene Kollokation beziehen, könnten die Preise einer offenen Kollokation nicht massgeblich sein. Dem ist zu widersprechen. Diese Preise sind in der Hinsicht relevant, als sie Mindestpreise für jeden Kollokationsbezug darstellen und insoweit auch von jeder Bezügerin zu bezahlen sind, entweder als Gesamtpreis (bei offener Kollokation) oder nur als Teilpreis (bei über offene hinausgehende Kollokation). Es ist Sache der Parteien zu bestimmen, wer im zweiten Fall den zusätzlichen Mehraufwand zu tragen hat. Die ComCom ist dafür aus den dargelegten Gründen nicht kompetent. Ob, wie die Gesuchsgegnerin vorbringt, hinsichtlich der Anbieterinnen, die gemäss vertraglicher Vereinbarung geschlossene Kollokation beziehen, davon auszugehen sei, dass die von der Gesuchsgegnerin bereitgestellten abgegrenzten Flächen deren Wunsch entsprechen und damit auch unter Berücksichtigung der Kosten baulicher Massnahmen abgegolten werden müssen, ist eine Frage des zivilrechtlich zu beurteilenden Einzelfalles und entzieht sich der Kenntnis der ComCom. Die Formulierung der Ziff. 5.2 in der Leistungsbeschreibung zum Basisangebot KOL FDV der Gesuchsgegnerin, wonach die Gesuchsgegnerin die mögliche Variante auswählt, lässt aber Zweifel daran aufkommen, dass die Wünsche der nachsuchenden Anbieterinnen im Zentrum der jeweiligen Vertragsverhandlungen stehen.

Aktenzeichen: AZ 330.30

20/87

E. 2.2.2

Weitere Verpflichtungen, gesetzliche Grundlage von Art. 56 FDV Die Gesuchsgegnerin führt aus, die Bestimmungen der FDV seien nicht durch eine genügende gesetzliche Grundlage gedeckt, soweit sie Verpflichtungen enthielten, die nicht der direkten Realisierung von Zugangsansprüchen dienten. Sie erklärt, sie anerkenne eine Rechtspflicht zu Leistungen der Kollokation insoweit, als die Kollokation zur technischen Realisierung der gesetzlichen Zugangsansprüche gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG erforderlich sei. Die Gesuchstellerin mache aber Ansprüche auf Dienstleistungen geltend, die über die gesetzlichen Verpflichtungen der Gesuchsgegnerin hinausgingen. Sie sei gestützt auf das FMG nicht grundsätzlich verpflichtet, der Konkurrenz ihre Standorte zu kostenorientierten Preisen zu überlassen. Verordnungsbestimmungen seien gesetzeskonform ausulegen, und Bestimmungen, die den Anforderungen an eine Delegationsnorm nicht entsprächen, müssten durch die zuständigen Instanzen im Rahmen einer akzessorischen Normenkontrolle geprüft werden. Bezüglich Art. 56 Abs. 2 Bst. d und e FDV mangle es an einer genügenden gesetzlichen Grundlage und sie könne deshalb nicht verpflichtet werden, der Gesuchstellerin die Verbindung eigener Anlagen mit denjenigen Dritter in den Zentralen sowie den Bezug von Zugangsdienstleistungen für Dritte zu ermöglichen. Was die Gesuchstellerin mit den geforderten Möglichkeiten anstrebe, sei im Effekt nicht die Realisierung von Zugangsansprüchen mittels der dazu erforderlichen Kollokation zu

kostenorientierten Preisen, sondern ein investitionssparender Infrastrukturaufbau oder die Aufteilung kostenorientierter Preise auf mehrere Anbieterinnen. Dies entspreche aber nicht dem Willen des Gesetzgebers, der den kostenorientierten Zugang zu bestimmten Diensten mit erheblichen Investitionen der nachfragenden Anbieterinnen verbunden habe.

Schliesslich behauptet die Gesuchsgegnerin, die FDV bilde desgleichen keine genügende gesetzliche Grundlage für einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit, welche auch ihr zustehe. Die Gesuchstellerin bringt vor, aus ihrem Gesuch würden sich keine Kollokationsbegehren ergeben, welche über die gesetzliche Regulierung hinausgingen.

E. 2.2.2.1

Wirtschaftsfreiheit Gemäss dem Legalitätsprinzip von Art. 5 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. Dezember 1998 (BV; SR 101) hat alles staatliche Handeln gesetzmässig zu sein. Das rechtsstaatliche Erfordernis der gesetzlichen Grundlage wird bezüglich Eingriffe in verfassungsmässig garantierte Grundrechte in Art. 36 BV konkretisiert. Steht ein Eingriff in eine grundrechtlich geschützte Position zur Debatte, so muss dieser Eingriff dann vom Gesetz selber vorgesehen sein, wenn er als schwerwiegend zu taxieren ist. Soweit die Gesuchsgegnerin vorbringt, es fehle an einer genügenden gesetzlichen Grundlage für einen Eingriff in die von Art. 27 BV garantierte Wirtschaftsfreiheit wäre vorab eigentlich die Frage zu beantworten, ob sich die Gesuchsgegnerin im Bereich staatlicher Regulierung überhaupt auf dieses Grundrecht berufen kann. So eindeutig wie sie dies vorbringt ist dies nämlich nicht (vgl. BGE 132 II 13 E. 6.4.1; PHILIPP HÄSLER, Geltung der Grundrechte für öffentliche Unternehmen, Diss. Bern 2005, S. 169; MATTHIAS AMGWERT, Netzzugang in der Telekommunikation, Diss., Zürich 2008, S. 222). Die Frage kann allerdings offen bleiben, da die FDV ohnehin eine genügende gesetzliche Grundlage für die Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit bilden würde, die der Gesuchsgegnerin gestützt auf die Bestimmungen von Art. 56 Abs. 2 Bst. d und e FDV durch die Kollokation erwachsen würden. Wie einleitend erwähnt, verlangt die Verfassung nur für schwerwiegende Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit eine formellgesetzliche Grundlage. Leichtere Eingriffe sind bereits durch die Normstufe der Verordnung gedeckt (vgl. REGINA KIENER/WALTER KÄLIN, Grundrechte, Bern 2007, S. 89). Als schwerwiegenden Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit hat das Bundesgericht etwa das Verbot einer Erwerbs- oder Geschäftstätigkeit respektive die Einführung einer entsprechenden Bewilligungspflicht (BGE 125 I 335 E. 2b) bezeichnet. Die Verpflichtungen, die der Gesuchsgegnerin durch die Bestimmung von Art. 56 FDV auferlegt werden, könnten demgegenüber allesamt als nicht schwerwiegende Eingriffe qualifi-

Aktenzeichen: AZ 330.30

21/87

ziert werden. So ist insbesondere zu beachten, dass es bei den von der Gesuchsgegnerin als für einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit nicht ausreichend bezeichneten Bestimmungen von Art. 56 Abs. 2 Bst. e und d FDV darum geht, dass die Gesuchsgegnerin alternativen Anbieterinnen lediglich die Verbindung untereinander und den Bezug von Zugangsdienstleistungen für Dritte zu ermöglichen hat. Sollte sie dabei überhaupt selber aktiv werden müssen, so könnte sie kostenorientierte Preise für ihre Arbeit verlangen. Ansonsten hat sie lediglich zu dulden, dass andere Anbieterinnen Geschäftstätigkeiten vornehmen, die sie selbst auch vornehmen kann. Die im Kontext mit einem allfälligen

Grundrechtseingriff in die Wirtschaftsfreiheit der Gesuchsgegnerin vorliegend zur Diskussion stehenden Eingriffe wären bezüglich Normstufe der gesetzlichen Grundlage deshalb auch dann gedeckt, wenn sich die Gesuchsgegnerin auf die Wirtschaftsfreiheit berufen könnte. Im Hinblick auf die Normdichte von Art. 56 FDV bestünde ebenfalls kein Problem der ungenügenden gesetzlichen Grundlage. Dies räumt die Gesuchsgegnerin implizit selber ein, indem sie ausdrücklich erklärt, dass ihr Basisangebot von der FDV abweiche. Die Bestimmung von Art. 56 FDV wäre somit unbestritten genügend präzise formuliert um einen Grundrechtseingriff im Hinblick auf das Legalitätsprinzip rechtfertigen zu können. Da Art. 56 FDV hinsichtlich Normstufe und Normdichte grundsätzlich eine genügende gesetzliche Grundlage darstellt, ist im Weiteren zu prüfen, ob die strittigen Ordnungsbestimmungen verfassungskonform erlassen respektive ob die Anforderungen an die Gesetzesdelegation gemäss Art. 164 Abs. 2 BV eingehalten wurden. Diese Prüfung wird unter Ziff. 2.2.2.2 vorgenommen. Vorab ist in gebotener Kürze auf die weiteren Eingriffsvoraussetzungen gemäss Art. 36 BV einzugehen, die für einen allfälligen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit erfüllt sein müssten. Das öffentliche Interesse, welches der Zugangsverpflichtung der marktbeherrschenden Anbieterin zugrunde liegt, ist ohne weiteres darin zu erblicken, dass ein wirksamer Wettbewerb beim Erbringen von Fernmeldediensten ermöglicht werden soll (Art. 1 Abs. 2 Bst. b FMG sowie ausführlich die Botschaft zur Änderung des Fernmeldegesetzes vom 12. November 2003 in BBl 2003 7951 ff.), was sich letztlich auch positiv für die Endkundinnen und -kunden auswirken soll. Wenn nun die Kollokation eine notwendige Voraussetzung für die technische Realisierung von gesetzlichen Zugangsansprüchen ist, ist sie es folgerichtig auch für den angestrebten wirksamen Wettbewerb. Ein öffentliches Interesse an der Kollokation liegt somit vor. Dies gilt nicht nur dem Grundsatz nach, sondern auch für die einzelnen in Art. 56 FDV statuierten Rechte der Konkurrentinnen der marktbeherrschenden Anbieterin. Auch diese dienen dazu, den Wettbewerb beim Erbringen von Fernmeldediensten zu fördern und auch sie liegen somit im öffentlichen Interesse. Die in Art. 56 FDV vorgesehenen Massnahmen sind zudem ohne weiteres geeignet, dem öffentlichen Interesse der Förderung von wirksamem Wettbewerb Nachachtung zu verschaffen. Die Bestimmung ist überdies erforderlich, da keine mildereren Mittel zur Verfügung stehen würden, welche dem Ziel der Schaffung von wettbewerblichen Rahmenbedingungen in gleichem Masse dienen könnten. Schliesslich kann auch die Zumutbarkeit der Massnahme ohne weiteres bejaht werden, da die Beschwerdeführerin die ihr aus Art. 56 FDV erwachsenden Pflichten nicht unentgeltlich realisieren muss, sofern diese überhaupt mit Aufwendungen verbunden sind, sondern dafür kostenorientierte Preise verlangen kann.

E. 2.2.2.2

Delegationsgrundsätze Die Verfassungsmässigkeit einer Verordnung setzt voraus, dass die Befugnis zur Rechtsetzung förmlich an den Ordnungsgeber übertragen wurde. Diesbezüglich ist zu beachten, dass die Gesetzesdelegation nicht durch die Verfassung ausgeschlossen sein darf. Weiter ist verlangt, dass die Norm, welche die Regierung zum Erlass von Ordnungsbestimmungen autorisiert, in einem Gesetz im formellen Sinn begründet liegt. Schliesslich muss sich die Delegation auf eine inhaltlich bestimmte Materie beziehen und das formelle Gesetz muss – falls die Rechtstellung des Einzelnen in schwerwiegender Weise berührt wird – die Grundzüge der Regelung selber umschreiben (vgl. REGINA KIE-NER/WALTER KÄLIN, a.a.O., S. 89).

Aktenzeichen: AZ 330.30

Die Gesetzesdelegation wird vorliegend weder durch Art. 164 Abs. 1 BV noch durch eine andere Verfassungsbestimmung ausgeschlossen. Mit Art. 11 Abs. 3 FMG wird die Ermächtigung des Bundesrats zum Erlass von Verordnungsbestimmungen erteilt. Dass es sich dabei um eine Befugnis handelt, Gesetzesvertretende Bestimmungen zu erlassen, ergibt sich daraus, dass diejenige zum Erlass von reinen Vollzugsbestimmungen bereits in Art. 62 Abs. 1 FMG statuiert ist (vgl. BGE 131 II 13 E. 6.2 S. 26). Die Gesetzesdelegation wird überdies nicht allgemein erteilt, sondern sie bezieht sich auf die Gewährung des Zugangs durch die marktbeherrschende Anbieterin gemäss Art. 11 FMG. Aus den oben unter Ziff. 2.2.2.1 genannten Gründen wird die Rechtstellung der Gesuchsgegnerin durch die Bestimmungen von Art. 56 FDV nicht in schwerwiegender Weise berührt, weshalb das FMG prinzipiell auch nicht die Grundzüge der Regelung selber umschreiben müsste. Die Bestimmung von Art. 56 FDV hält somit auch ohne weiteres vor den Grundsätzen der Gesetzesdelegation stand. Angesichts der beharrlich vorgetragenen Argumentation der Gesuchsgegnerin, die FDV sei keine genügende gesetzliche Grundlage, rechtfertigen sich jedoch nachfolgende Bemerkungen über den Inhalt der gesetzlichen Regelung.

E. 2.2.2.3

Grundzüge und Zweck der gesetzlichen Regelung Die Gesuchsgegnerin schliesst aus dem Umstand, dass es sich bei der Kollokation nicht um eine eigentliche Zugangsform, sondern um eine notwendige Voraussetzung für die technische Realisierung von gesetzlichen Zugangsansprüchen handelt, dass den Kollokation nachfragenden Anbieterinnen am Kollokationsstandort nur Geschäftstätigkeiten erlaubt sein sollen, welche in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der nachgefragten Zugangsform stehen. So argumentiert sie, das FMG wolle den alternativen Anbieterinnen Zugang zu kostenorientierten Bedingungen ermöglichen; die Möglichkeit der Aufteilung eines kostenorientierten Angebots auf mehrere Anbieterinnen fordere es hingegen nicht. Es sei der Wille des Gesetzgebers, dass der kostenorientierte Zugang zu bestimmten Diensten mit erheblichen Investitionen der nachfragenden Anbieterinnen verbunden sei. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Es ist unstrittig, dass die Kollokation nicht eine eigentliche Zugangsform ist, sondern eine notwendige Voraussetzung für den Zugang bildet. Es ist auch richtig, dass aus diesem Grund nur Kollokation beanspruchen kann, wer auch Dienste einer eigentlichen Zugangsform (insbesondere des Produkts vollständig entbundener Teilnehmeranschluss) bezieht und die Gesuchsgegnerin insoweit nicht verpflichtet werden kann, in ihren Räumlichkeiten einer Anbieterin, die keine gesetzlich vorgesehenen Zugangsdienstleistungen bezieht, Fläche zu vermieten. Daraus zu schliessen, dass es entgegen dem Willen des Gesetzgebers wäre, wenn die eingemieteten Anbieterinnen untereinander direkt Geschäftstätigkeiten aufnehmen, ist indessen verfehlt. Aus dem Umstand, dass für den Bezug von Kollokation der Bezug von Dienstleistungen einer Zugangsform gemäss Art. 11 FMG vorausgesetzt ist, lässt sich keineswegs ableiten, dass Anbieterinnen, welche Kollokation bezogen haben, jegliche direkte Zusammenarbeit versagt sein soll. Dies lässt sich weder dem Gesetz noch seiner Entstehungsgeschichte entnehmen. Vielmehr ist vom Gegenteil auszugehen. Das FMG verpflichtet die marktbeherrschende Anbieterin zur Zugangsgewährung insbesondere auf nicht diskriminierende Weise (Art. 11 FMG). Das Gebot der Nichtdiskriminierung statuiert gemäss Art. 52 FDV das Verbot, andere Anbieterinnen schlechter als eigene Geschäftseinheiten, Tochterfirmen oder andere Partnerinnen zu stellen. Wenn es aber

beispielsweise der Gesuchsgegnerin erlaubt ist, ihre Anlagen mit denjenigen aller anderen am Standort präsenten Anbieterinnen direkt zu verbinden, ist nicht einzusehen, warum den alternativen Anbieterinnen eine direkte Verbindung ihrer Anlagen untereinander nicht erlaubt sein soll (dazu unten Ziff. 7.2). Die Gesuchsgegnerin kann denn auch nicht darlegen, warum eine direkte Zusammenarbeit ihrer am Kollokationsstandort präsenten Konkurrentinnen untereinander aus technischen oder betrieblichen Gründen nicht möglich sein sollte. Ihre Argumentation erschöpft sich in der Beanstandung der gesetzlichen Grundlage, welche bezüglich Normstufe nicht genügend sein soll, ihr weitere Verpflichtungen

Aktenzeichen: AZ 330.30

23/87

aufzuerlegen. Dieses Vorbringen zielt aus den bereits oben angeführten Gründen ins Leere. So ist schon fraglich, ob die Gesuchsgegnerin sich im relevanten Bereich überhaupt auf Grundrechte soll berufen können. Weiter ist fraglich, ob es sich bei einer Pflicht zur Duldung von direkten Zusammen-schlüssen im Rahmen der gesetzlichen Verpflichtung zur Gewährung von Kollokation überhaupt um einen Eingriff in ein Grundrecht handeln würde. Nicht fraglich ist hingegen, dass es sich dabei - wenn überhaupt - augenscheinlich um einen leichten Eingriff handeln würde, für welchen die im Rahmen einer korrekten Gesetzesdelegation zustande gekommene Bestimmung von Art. 56 Abs. 2 Bst. d FDV ohne Zweifel eine genügende gesetzliche Grundlage bilden würde. Soweit die Gesuchsgegnerin vorbringt, das FMG ziele mit den Zugangsansprüchen in erster Linie auf Infrastrukturwettbewerb und wirksamen Wettbewerb auf den Retailmärkten ab und weder die Zugangsansprüche noch das Diskriminierungsverbot verpflichteten sie, der Gesuchstellerin eine Whole-sale-Tätigkeit zu erleichtern, befindet sie sich in einem Irrtum über die Intention der neuen fernmelde-rechtlichen Vorschriften. Mit diesen soll dem Infrastrukturwettbewerb zwar in der Tat Rechnung getra-gen werden. Allerdings steht dabei im Zentrum, dass die Marktteilnehmer künftig in technologisch sinnvolle und moderne Infrastrukturen investieren, weshalb auf eine technologieneutrale Entbünde-lung verzichtet wurde. Bezweckt wurde damit insbesondere, dass nicht auch neu erstellte Glasfaser-netze reguliert werden und alternative Anbieterinnen von Fernmeldediensten in diese Technologie investieren müssen, wenn sie sich auf dem Markt behaupten wollen. Nicht bezweckt wurde damit hin-gegen, dass die Gesuchsgegnerin als marktbeherrschende Anbieterin jede ihr nicht genehme Ver-pflichtung zur Zugangsgewährung auf ihre Infrastruktur im konkreten Fall mit dem Argument des er-wünschten Infrastrukturwettbewerbs abwehrt. Dieses bezieht sich auf künftige Technologien und nicht auf diejenige des regulierten Kupferkabels und damit verbundener Infrastrukturen. Der Gesetzgeber beabsichtigte eben gerade nicht, dass Konkurrentinnen der marktbeherrschenden Anbieterin ein kup-ferbasiertes Anschlussnetz erstellen sollten. Ebenso wenig schwebte ihm vor, dass die Konkurrenz eigene Alternativen zu den von der Gesuchsgegnerin im Zusammenhang mit ihrem historischen An-schlussnetz betriebenen Zentralen oder anderen Netzknoten errichtet. Vielmehr statuiert das FMG eine Verpflichtung der nicht diskriminierenden Zugangsgewährung der marktbeherrschenden Anbiete-rin zu einzelnen ihrer Dienste und Infrastrukturen. Damit spiegelbildlich verbunden ist das Recht ande-rer Fernmeldediensteanbieterinnen, diese Dienste oder Infrastrukturen zu kostenorientierten Preisen zu nutzen. Der vom Gesetzgeber beabsichtigte Infrastrukturwettbewerb tangiert dieses Recht nicht. Weiter ist es nicht korrekt, davon zu

sprechen, das FMG wolle nur den Zugang zu kostenorientierten Bedingungen ermöglichen und es fordere nicht die Möglichkeit der Aufteilung der Kosten eines kostenorientierten Angebots auf mehrere Fernmeldedienstanbieterinnen. Das FMG will im hier interessierenden Bereich wirksamen Wettbewerb beim Erbringen von Fernmeldedienstleistungen ermöglichen (Art. 1 Abs. 2 Bst. c FMG). Um dieses Ziel zu erreichen, statuiert es eine Verpflichtung zur Zugangsgewährung durch die marktbeherrschende Anbieterin in nicht diskriminierender Weise. Es trifft zwar zu, dass das FMG nicht explizit vorsieht, dass mehrere Fernmeldedienstanbieterinnen ihre Kosten für den Zugang teilen können sollen. Dies ist aber auch nicht relevant. Massgebend ist vielmehr, dass das FMG dies nicht explizit verbietet. Es ist daran zu erinnern, dass die neuen fernmelderechtlichen Bestimmungen nicht erlassen wurden, um die Gesuchsgegnerin vor dem Wettbewerb zu schützen, sondern um wirksamen Wettbewerb überhaupt erst zu ermöglichen. Dazu wurde unter anderem gesetzlich eine Öffnung der sog. letzten Meile eingeführt, welche es alternativen Fernmeldedienstanbieterinnen ermöglichen soll, in gegenüber der Gesuchsgegnerin nicht diskriminierter Form auf dem Telekommunikationsmarkt Kundinnen und Kunden zu gewinnen. Durch eine solche Schaffung gleich langer Spiesse soll schliesslich der auch von der Gesuchsgegnerin immer wieder propagierte wirksame Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt zustande kommen. Die mit der Gesetzesnovelle 2007 eingeführten Neuerungen sind in diesem Lichte zu betrachten. Sie bezwecken die Förderung des Wettbewerbs im Telekommunikationsmarkt und zielen deshalb darauf ab, im regulierten Bereich gleiche Bedingungen für alle Konkurrentinnen herzustellen. Es ist in diesem Zusammenhang denn auch nicht

Aktenzeichen: AZ 330.30

24/87

ersichtlich, warum es der gesetzgeberische Wille gewesen sei, dass der kostenorientierte Zugang zu bestimmten Diensten mit erheblichen Investitionen der nachfragenden Anbieterinnen verbunden sein müsse. Solches vorzusehen würde dem Zweck von Art. 1 Abs. 2 Bst. c FMG direkt zuwiderlaufen und eine entsprechende Forderung ist deshalb auch weder im FMG direkt noch in seinen Ausführungsbestimmungen noch in seinen Materialien formuliert.

E. 3

Kalkulation: Verteilung der Kosten nachfragegetrieben auf die Kostenträger.

E. 3.1

Kostennachweis in formeller Hinsicht

E. 3.1.1

Gesetzliche Grundlagen Gemäss Art. 11a Abs. 4 FMG regelt die ComCom die Art und Form der Rechnungslegungs- und Finanzinformationen, die marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten im Rahmen von Zugangsverfahren vorlegen müssen. Gestützt darauf hat die ComCom Anhang 3 zur Verordnung der Eidgenössischen Kommunikationskommission betreffend das Fernmeldegesetz vom 17. November 1997 (Anhang 3 ComCom-Verordnung; SR 784.101.112/3) erlassen, welcher für die Preisfestlegung ab dem Jahr 2007 zur Anwendung gelangt. Die darin enthaltenen Anforderungen legen unter anderem fest, dass die marktbeherrschende Fernmeldedienstanbieterin ihre für die Preisbestimmung verwendeten Kostenmodelle der

Behörde in geschlossener Form dergestalt zu übergeben hat, dass sie nachvollziehbar und überprüfbar sind und gegebenenfalls angepasst werden können.

E. 3.1.2

Das Kostenmodell Cosmos der Gesuchsgegnerin Die Gesuchsgegnerin hat dem BAKOM gestützt auf die neuen gesetzlichen Grundlagen das für ihre Preisbestimmung verwendete Kostenmodell per 18. Dezember 2007 zur Erbringung des Kostennachweises für das Jahr 2007 übergeben. Es handelt sich beim Kostenmodell um eine Software mit dem Namen Cosmos, welche von der Gesuchsgegnerin selbst entwickelt wurde. Dieses Kostenmodell ist mit Ausnahme der Berechnung des Preises für die Verrechnung des Teilnehmeranschlusses VTA gemäss Art. 60 Abs. 2 FDV für alle Zugangsformen relevant. In Cosmos wird die gesamte Struktur einer Anbieterin von Fernmeldediensten abgebildet, die ein Anschluss- und ein Verbindungsnetz betreibt. Das Kostenmodell berechnet die Kapital- und Betriebskosten, die beim Bau und Betrieb eines

Aktenzeichen: AZ 330.30

25/87

solchen Netzes anfallen, und verteilt diese Kosten gemäss Aussage der Gesuchsgegnerin verursachergerecht auf die Produkte. Zur Erbringung des Kostennachweises für das Jahr 2008 wurde von der Gesuchsgegnerin eine neue Version der Software eingereicht. Die grundsätzliche Funktionsweise des Modells wurde nicht geändert, sondern es wurde die Software erweitert und aktualisiert. Grundsätzlich definiert das Kostenmodell die mengen- und wertmässigen Zusammenhänge zwischen den ökonomischen Gütern am Beschaffungsmarkt (sog. Ressourcen oder Inputgüter) und den ökonomischen Gütern am Absatzmarkt (sog. Kostenträger oder Outputgüter) der Festnetzbetreiberin. Die Software bildet damit ab, welche Mengen von Inputgütern benötigt werden, um bestimmte Mengen von verschiedenen Outputgütern zu produzieren. Dieses Grundprinzip des Kostenmodells der Gesuchsgegnerin ist in Abbildung 1 schematisch dargestellt. Die grosse Menge von Ressourcen, die benötigt wird, um ein Anschluss- und Verbindungsnetz zur Erbringung von Fernmeldediensten zu bauen und zu betreiben, die Komplexität der Abläufe und die Zusammenhänge in einem solchen Netz führen dazu, dass der geschäftliche Wertschöpfungsprozess, also die Umwandlung von Ressourcen in Kostenträger, über mehrere Zwischenstufen definiert ist. Auf diesen Zwischenstufen werden die Zwischenobjekte (sog. Komponenten) generiert, welche wiederum zu so genannten Wertschöpfungsblöcken (WSB) gruppiert werden. Abbildung 2 zeigt beispielhaft die Umwandlung von fünf Ressourcen über verschiedene Wertschöpfungsstufen in insgesamt vier Kostenträger. In diesem Beispiel werden dazu vier Wertschöpfungsblöcke gebildet. Das Kostenmodell der Gesuchsgegnerin hat im Jahr 2007 insgesamt 44 und im Jahr 2008 insgesamt 48 Wertschöpfungsblöcke. Die Änderungen basieren insbesondere auf einer anderen Modellierung der Gemeinkosten. Die Ressourcen sind reine Inputobjekte des Modells und besitzen einen eindeutig zugewiesenen Wert respektive Preis. Die Ressourcen werden in Unterkategorien unterschieden und können einer Kostenart zugewiesen werden. Folgende Unterkategorien werden im Modell unterschieden: – Anlageressourcen: repräsentieren die Anlagewerte der Netzplattformen sowie der Operating Support Systems und Business Support Systems (OSS/BSS) – Personalressourcen: repräsentieren die Kosten von Wholesale-Mitarbeitenden und beinhalten die Kosten der entsprechenden Organisationskostenstelle (OKST) – Plattformressourcen: beinhalten die Fremdkosten auf

Plattformen (Netzplattformen und OSS/BSS) – Zuschlagsressourcen: beinhalten die Kosten, die via Zuschlagskalkulation verteilt werden (Verwaltung, Vertrieb) – Übrige Ressourcen: beinhalten die sonstigen Betriebskosten

Die Komponenten setzen sich zusammen aus Ressourcen, aus Ressourcen und Komponenten oder aus Komponenten, die aus darunter liegenden Wertschöpfungsblöcken gebildet werden. Man kann sie

Abbildung 1 : Grundprinzip des Kostenmodells (Quelle: Eingabe Gesuchsgegnerin vom 29. Februar 2008)

Abbildung 2 : Wertschöpfungsstufen in Cosmos (Quelle: Eingabe Gesuchsgegnerin vom 29. Februar 2008)

Aktenzeichen: AZ 330.30

26/87

als "Halbfabrikate" bezeichnen. Komponenten können eindeutig einer Kostenstelle zugewiesen werden. Die Kostenträger bilden den Output des Kostenmodells und schliesslich die Grundlage zur Berechnung der relevanten Preise. Die Absatzmenge der Kostenträger wird als Modellinput (nicht als Resource) vorgegeben und ist ein wichtiger Bestimmungsfaktor zur Berechnung der benötigten Mengen an Ressourcen. In einem Wertschöpfungsblock beschreibt eine Nachfragefunktion $y = f(x)$ die Beziehung zwischen Input- und Outputgütern, wobei x das Outputvolumen und y das benötigte Inputvolumen repräsentiert. Inputgüter sind entweder Ressourcen oder Komponenten und Outputgüter entweder Komponenten oder Kostenträger (vgl. Abbildung 2). Verschiedene Typen von Nachfragefunktionen sind möglich: z.B. lineare Funktion $y = a * x + b$. Komplexe funktionale Zusammenhänge werden im Netzmodell berechnet und als Parameterwerte in der Funktion übernommen.

Die Berechnung der Kosten erfolgt schliesslich in vier Schritten. 1. Dimensionierung: Auswertung der Nachfragefunktionen mit der erwarteten Nachfrage (Forecast). Das Resultat ist der Ressourcenbedarf. 2. Bewertung: Berechnung der Kosten der benötigten Ressourcen (Betriebskosten [Operational Expenditure; OPEX], Kapitalkosten und Abschreibungen [Capital Expenditure; CAPEX]).

E. 3.1.3

Herleitung der Preise aus Cosmos Die Preise für die regulierten Dienste werden von der Gesuchsgegnerin mehrheitlich über die Kosten pro Stück der Kostenträger aus Cosmos hergeleitet. Für einen Teil der regulierten Dienste können die Kosten pro Stück aus Cosmos direkt als Preis übernommen oder mittels Division durch Zwölf in monatliche Preise umgerechnet werden. Der andere Teil der Preise für die bestrittenen regulierten Dienste wird mittels Zusatzrechnungen in Exceltabellen hergeleitet. Die Herleitung dieser Preise stützt sich auf Kostendaten aus dem Kostenmodell Cosmos, auf Kostendaten aus Cosmos und aus weiteren, zusätzlich eingereichten Dokumenten der Gesuchsgegnerin oder nur auf Kostendaten aus zusätzlich eingereichten Dokumenten. Die Kostendaten, die nicht direkt Cosmos zu entnehmen sind, wurden von der Gesuchsgegnerin in Form von Exceltabellen eingereicht.

E. 3.1.4

Beurteilung des Kostennachweises in formeller Hinsicht Zur Beurteilung des Kostennachweises in formeller Hinsicht hat die Instruktionsbehörde das Kostenmodell Cosmos auf dessen Funktionsweise und korrekte Verrechnung der Inputparameter getestet. In einem ersten Schritt wurden die Bottom-up-Herleitung des Anschlussnetzes und insbesondere das daraus berechnete Mengengerüst überprüft. Die Verifizierung erfolgte mittels eigenen Modellrechnungen. Dabei zeigte sich, dass die Gesamtkanalisationlänge in Cosmos unter dem Wert aus den Berechnungen der Instruktionsbehörde zu liegen kam. Dieser Befund lässt darauf schliessen, dass die

Aktenzeichen: AZ 330.30

27/87

Algorithmen im Kostenmodell der Gesuchsgegnerin ein vernünftiges Mengengerüst berechnen. Der Bau der Kanalisation entlang des öffentlichen Strassennetzes ist eine gängige Vorgehensweise bei der softwarebasierten Kostenberechnung eines Anschlussnetzes. Allfällige Umwege werden durch den Wegfall von Durchleitungsgebühren und anderen Transaktionskosten kompensiert. Die Orientierung am Strassennetz kann schliesslich auch nicht als Pfadabhängigkeit bezeichnet werden, wie dies die Gesuchstellerin in ihrer Schlussstellungnahme vom 25. August 2008 vorbringt. Eine Orientierung am Strassennetz entspricht einer gängigen Praxis der Modellierung von Telekommunikationsnetzen (vgl. z.B. das Referenzdokument 2.0 des Wissenschaftlichen Instituts für Kommunikationsdienste GmbH [WIK], S. 16,2 respektive die dazugehörige Analyse von Dialog Consult3, S. 13). Ein weiterer Schritt war die Überprüfung der Transformation der Investitionen in Kosten mittels Annuitätenformel. Der manuelle Nachvollzug dieses Berechnungsschrittes zeigte, dass das Modell in dieser Hinsicht errechnet, was es vorgibt. Das Resultat der manuellen Berechnung entspricht dem Resultat der Berechnung in Cosmos. Die mengen- und wertmässigen Zusammenhänge zwischen den Ressourcen und den Kostenträgern werden in Cosmos in den Wertschöpfungsblöcken abgebildet und können nachvollzogen werden. Eine stichprobenweise Überprüfung liess keine Fehlfunktionen erkennen. Die Software wurde derart getestet, dass verschiedene Inputparameter geändert und die Resultate mit den erwarteten Reaktionen verglichen wurden. Bei diesen Tests traten keine unerwarteten Abweichungen auf. Im Weiteren stellte sich in umfassenden und vielfältigen Analysen heraus, dass das Kostenmodell eine geeignete Allokation der gemeinsamen Kosten auf die verschiedenen Kostenträger vornimmt. Zudem wurden Änderungen in der Modelldatenbank vorgenommen, deren Auswirkungen im Modell klar ersichtlich wurden. Begleitet wurde die Überprüfung des Kostenmodells von insgesamt fünf Instruktionstreffen. In diesen erhielt die Gesuchsgegnerin die Gelegenheit, ihre Vorgehensweise bei der Kostenmodellierung zu erläutern und Fragen zur Funktionsweise des verwendeten Modells zu beantworten. In der Folge konnte die Instruktionsbehörde von der Gesuchsgegnerin weitere relevante Informationen abfragen und Unklarheiten betreffend den Kostennachweis konnten geklärt werden. Die Instruktionsbehörde liess sich die relevanten Fragen zu jedem Instruktionstreffen innerhalb einer bestimmten Frist in schriftlicher Form beantworten. Die Gesuchstellerin kritisiert in ihrer Eingabe vom 13. Mai 2008 und in ihrer Schlussstellungnahme vom 25. August 2008 die Wegoptimierungsheuristik und macht insbesondere geltend, dass die Stichprobe zur Bestimmung der Oberflächenanteile nicht zwingend einen optimalen Wegmix enthalte. Zudem äussert sie weitere Bedenken bezüglich der ihr zur Verfügung gestellten Modelldaten. So bringt sie insbesondere vor, die

Veränderungen im Mengengerüst bei den Teilnehmer- und Hausanschlüssen zwischen 2007 und 2008 erscheinen widersprüchlich. Dem ist Folgendes entgegenzuhalten: Es trifft zwar zu, dass die Gesuchsgegnerin in ihrem Kostenmodell nicht die Oberflächenbeschaffenheit aller möglichen Strecken des Netzes (sog. "Kanten") berücksichtigt hat. Allerdings bewertet sie die Kanalisationen mit einem gewichteten Durchschnittspreis, der einen genügend grossen Anteil an Kanalisationen in Wiesen berücksichtigt. So verläuft knapp die Hälfte der Kanalisationen gemäss Modell in der Wiese, was in Anbetracht der Siedlungsdichte und -struktur der Schweiz als angemessen erscheint. Es kann ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass sich hierzulande über die Hälfte der Anschlüsse in Gemeinden befindet, in denen eine Kanalisation in der Wiese die Ausnahme bildet. Warum die Baukosten für Kanalisation in der Strasse diejenigen für Kanalisation in der Wiese um ein Sechsfaches übersteigen sollen, wie die Gesuchstellerin in ihrer Eingabe vom 13. Mai 2008 behauptet, ist nicht nachvollziehbar. Die Gesuchsgegnerin kann dies denn auch nicht belegen. Die ComCom geht vorliegend von einem Unterschied im Umfang eines Faktors drei zwischen den Baukosten der beiden verschiedenen Kanalisationsarten aus (vgl. dazu unten Ziff. 4.5). Die Differenz zwischen einem längeren Verbindungsstück, das in der Wiese liegt und einem

2 Abrufbar unter <http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/264.pdf>. 3 Abrufbar unter <http://www.dialog-consult.com/DCNL/PDF/DCNL011.PDF>.

Aktenzeichen: AZ 330.30

28/87

kürzeren Verbindungsstück, welches in einer Strasse verlegt wird, ist damit deutlich kleiner, als von der Gesuchsgegnerin behauptet. Im ungünstigsten Fall (bei fast gleich langen Verbindungsstücken) ergibt sich für das investierte Kapitel unter Berücksichtigung der Annuitätenformel eine Differenz von 8 CHF/m. Wenn das Verbindungsstück in der Wiese dreimal so lang ist wie das Verbindungsstück in der Strasse, ist die Kanalisation in der Strasse die günstigere Variante. Weiter stellt die Gesuchstellerin zwar richtigerweise fest, dass ein Hausanschluss mindestens einem Teilnehmeranschluss entspricht. Dadurch wird aber die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, dass sich die Veränderungsrate der Hausanschlüsse von derjenigen der Teilnehmeranschlüsse unterscheidet. So ist es zum Beispiel denkbar, dass Hausanschlüsse mit nur einer Teilnehmeranschlussleitung aufgegeben werden und dafür Hausanschlüsse mit mehreren Teilnehmeranschlussleitungen neu aufgeschaltet werden. Zudem besteht die Möglichkeit, dass auf bestehenden Hausanschlüssen weitere Teilnehmeranschlüsse aufgeschaltet werden. Dadurch erklären sich auch die Differenzen in den entsprechenden Zahlen von 2007 und 2008. Die unterschiedliche Anzahl von in Cosmos modellierten Schächten in diesen Jahren ist schliesslich darauf zurückzuführen, dass die Kosten eines Schachtes im Jahr 2008 im Vergleich zu denen der Kanalisation gesunken sind. Der im Modell angewandte Berechnungsalgorithmus führt denn auch dazu, dass im Modell häufiger Schächte vorgesehen werden, um damit die teurere Kanalisation zu vermeiden. Dies führt zu einer erhöhten Anzahl an Spleissungen. Durch die Spleissungen sinkt die Anzahl der benötigten Kanalisationsrohre und die Dimensionen der zu bauenden Kanalisationen nehmen ab. Insgesamt kommt die verfügbare Behörde zum Schluss, dass das Kostenmodell Cosmos grundsätzlich ein ausreichend präzises Rechenmodell zum Nachweis der kostenorientierten Preisgestaltung der regulierten Dienste darstellt. Auch die Berechnungen in den zusätzlichen Exceltabellen sind zweckmässig und nachvollziehbar dargestellt.

Zusammenfassend ist deshalb festzuhalten, dass die Gesuchsgegnerin den Nachweis der Kostenorientiertheit in formeller Hinsicht erbracht hat. Mit dem von ihr eingereichten Kostenmodell Cosmos sowie den weiteren Unterlagen hat sie die von ihr geltend gemachten Kosten im Grundsatz in geeigneter und nachvollziehbarer Weise dargelegt. Dies gilt sowohl hinsichtlich der einzelnen Preise wie auch hinsichtlich der Preisstruktur, respektive des gesamten Preisgebildes. Mit dem Nachweis der Kostenorientiertheit aus Sicht der Gesuchsgegnerin ist indessen über die Rechtmässigkeit der Preise noch nichts entschieden. In einem weiteren Schritt ist vielmehr zu prüfen, ob die Gesuchsgegnerin die gesetzlichen Kriterien, die bei der Festlegung der verrechenbaren Kosten zur Anwendung gelangen, im Einzelnen eingehalten hat.

E. 3.2

Kostennachweis in materieller Hinsicht

E. 3.2.1

Gesetzliche Grundlagen Das Fernmeldegesetz schreibt in Art. 11 Abs. 1 FMG vor, dass marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen den explizit aufgeführten Formen Zugang zu ihren Einrichtungen und zu ihren Diensten zu gewähren haben. Die Elemente und Grundsätze einer kostenorientierten Preisgestaltung werden in Art. 54 FDV ausgeführt. Die Festsetzung der Preise für Dienstleistungen im Zugangsbereich beruht demgemäss auf folgenden Elementen: 1. Es dürfen nur relevante Kosten berücksichtigt werden, also Kosten, welche in einem kausalen Zusammenhang mit dem Zugang stehen (Art. 54 Abs. 1 Bst. a FDV). 2. Betrachtet werden die langfristigen Kosten (Long Run; Art. 54 Abs. 1 Bst. b FDV). 3. Berücksichtigt werden

Aktenzeichen: AZ 330.30

29/87

- a) die Zusatzkosten (Incremental Costs) der in Anspruch genommenen Netzkomponenten sowie die Zusatzkosten, welche ausschliesslich durch Zugangsdienstleistungen hervorgerufen werden (Art. 54 Abs. 1 Bst. b FDV),
- b) ein verhältnismässiger Anteil an den relevanten gemeinsamen Kosten und den Gemeinkosten (Constant Markup; Art. 54 Abs. 1 Bst. c FDV),
- c) ein branchenüblicher Kapitalertrag (Kapitalkosten) für die eingesetzten Investitionen (Art. 54 Abs. 1 Bst. d FDV).

E. 3.2.2

Modell der bestreitbaren Märkte (Contestable Markets) Bei Märkten, auf welchen dank freiem Markteintritt und –austritt wirksamer Wettbewerb herrscht, liegen Bedingungen vor, welche Anreize zur effizienten Leistungsbereitstellung schaffen. Bei Netzökonomien wie der Telekommunikation gibt es demgegenüber typischerweise Bereiche, in welchen ein Markteintritt, und vor allem auch Marktaustritt, wegen hohen fixen und irreversiblen Kosten nicht frei ist und deshalb auch kein wirksamer Wettbewerb herrscht. Kann eine marktbeherrschende Anbieterin die Preise für Vorleistungsprodukte ohne ausreichenden Marktdruck eigenständig festlegen, ist sie versucht, diese so hoch anzusetzen, dass neu eintretende Marktteilnehmende keine oder nur eine unzureichende Marge erzielen können. Dritte würden dergestalt vom Markt ausgeschlossen, was wiederum Wettbewerb

verunmöglichen sowie auf dem Endkundenmarkt zu überhöhten Preisen führen würde. Bei diesen ökonomischen Gegebenheiten bezweckt die staatliche Regulierung, trotz marktbeherrschender Stellung auf den Vorleistungsmärkten (Wholesale), Wettbewerb auf den nachgelagerten Endkundenmärkten (Retail) zu erzielen. Die Pflicht zur Zugangsgewährung stellt mit anderen Worten einen Ausgleich zur Marktbeherrschung dar und ist daher von zentraler Bedeutung für die Öffnung (Liberalisierung) von Telekommunikationsmärkten (vgl. ROLF H. WEBER, Der Übergang zur neuen Telekommunikationsordnung, in: ROLF H. WEBER (Hrsg.), Neues Fernmelderecht, Zürich 1998, S. 23.). Sie soll wirksamen Wettbewerb beim Erbringen von Fernmeldediensten ermöglichen (Art. 1 Abs. 2 Bst. c FMG). Mit den Regulierungsvorschriften wird eine Wettbewerbssituation simuliert, wonach die unter konkurrierenden FDA geltenden Zugangsbedingungen unter funktionierenden Wettbewerbsverhältnissen zustande kommen. Der Preisregulierung muss ein ökonomisches Konzept zu Grunde gelegt werden, das einer Preisgestaltung auf Märkten für Zugangsdienstleistungen unter wirksamem Wettbewerb entspricht. Hierfür wird auf das Konzept der bestreitbaren Märkte (Contestable Markets) abgestellt. Dieses geht von der Hypothese aus, dass keine Markteintrittsbarrieren bestehen und Nachfragende auf geringste Preisänderungen mit einem Wechsel des Anbieters reagieren (sog. unendliche Preiselastizität der Absatzmärkte). Auf Märkten ohne wirksamen Wettbewerb müssen Preise folglich so reguliert werden, wie wenn Wettbewerb herrschen würde (Competitive Market Standard). Die Rolle des Regulators besteht darin, den fehlenden Wettbewerb zu simulieren (in loco competitio). Beim Konzept der bestreitbaren Märkte richtet sich der damit verbundene, kostenorientierte Preis somit nicht nach den tatsächlichen, historischen Kosten der marktbeherrschenden Anbieterin, sondern nach denjenigen einer effizienten Leistungsbereitstellung unter wirksamem Wettbewerb. Für die Preis-

Aktenzeichen: AZ 330.30

30/87

bestimmung wird methodisch auf den Ansatz der langfristigen Zusatzkosten (Long Run Incremental Costs [LRIC]) abgestellt, d.h. einer langfristigen, zukunftsgerichteten Betrachtungsweise der zugangsbedingten Zusatzkosten (sog. inkrementelle Kosten). Dem Konzept der bestreitbaren Märkte entsprechend geht das Modell von einem hypothetischen Anbieter und nicht von der marktbeherrschenden Anbieterin aus. Der hypothetische Anbieter baut sein Netz mit aktueller und etablierter Technologie auf und bewertet seine Anlagen demzufolge nach Wiederbeschaffungspreisen. Das hierfür benötigte Kapital soll branchenüblich verzinst werden. Im Weiteren ist nebst den zugangsbedingten Zusatzkosten auch ein verhältnismässiger Anteil an den gemeinsamen sowie an den Gemeinkosten zu berücksichtigen. Für die zu regulierenden Jahre 2007 und 2008 ist Kupfer die aktuell etablierte Technologie, weshalb die hypothetische Markteintreterin ihr Netz basierend auf der Kupfertechnologie baut. Es ist durchaus möglich, dass die Glasfaser die Kupferdoppelader in Zukunft als etablierte Technologie ablösen wird. Angesichts der aktuell festzustellenden Dynamik in diesem Bereich, so etwa in Bezug auf die in verschiedenen Städten und Regionen ergriffenen Ausbauintiativen in Glasfasernetze, wird die Frage der Technologieablösung in den kommenden Jahren aufmerksam zu verfolgen sein.

E. 3.2.3

Berechnung der Kosten auf aktueller Basis (Forward Looking) Grundsätzlich ist bei der Überprüfung des Kostennachweises eine zukunftsbezogene Sichtweise ein- zunehmen (Forward Looking). Das bedeutet, dass ein gemäss LRIC-Methodik anzunehmender hypo- thetischer Markteintreter in kürzester Zeit die gesamte benötigte Infrastruktur effizient aufbaut und effizient betreibt. Die Gesuchstellerin bezweifelt, dass die Gesuchsgegnerin bei ihren Kostenberechnungen korrekt vorgegangen sei. Sie bringt insbesondere vor, die Gesuchsgegnerin scheine davon ausgegangen zu sein, dass eine neue Marktteilnehmerin heute ein neues Anschlussnetz bauen müsse und dazu sämt- liche Gebäude neu zu erschliessen habe. Offenbar habe die Gesuchsgegnerin auf Basis von heutigen Lohn- und Baukosten berechnet, wie hoch die Kosten für ein Anschlussnetz wären, wenn alle not- wendigen Strassenabschnitte aufgerissen und auch Grabarbeiten bis zu den einzelnen Wohnhäusern durchgeführt werden müssten. Mit diesem Ansatz werde aber verkannt, dass durch die LRIC- Preisregulierung ein Marktergebnis simuliert werde, welches einen wirksamen Wettbewerb ergeben würde. Die Erschliessungskosten für den Aufbau des Anschlussnetzes der Gesuchsgegnerin seien bedeutend tiefer gewesen als sie heute wären, weil bei jedem Neubau die Kabelleitungen direkt in die bereits bestehenden Gräben gelegt werden konnten, die für die Zuleitung von Wasser und Strom oder die Ableitung von Abwasser notwendig seien. Die zukunftsbezogene Sichtweise (Forward Looking) solle vergangenheitsbezogene Restriktionen und historisch bedingte Kosten ausschliessen. Sie lasse aber nicht den Umkehrschluss zu, dass vergangenheitsbezogene Vorteile ebenfalls ausgeschlossen werden dürften. Das Konzept der bestreitbaren Märkte (Contestable Markets) gehe von der Hypothe- se aus, dass keine Markteintrittsbarrieren bestehen und jederzeit mit neuen Konkurrentinnen zu rech- nen sei. Durch das bewusste Ausblenden der Baukostenvorteile der Gesuchsgegnerin in der Vergan- genheit entstehe eine unüberwindbare Markteintrittsbarriere, weil neue Marktteilnehmerinnen diesen Kostenvorteil in keiner Weise aufholen könnten. Die zukunftsbezogene Sichtweise dürfe keinesfalls dazu führen, dass die Gesuchsgegnerin rein fiktive Kosten geltend machen dürfe, die keinen oder wenig Bezug zum wirklichen Kostenaufwand haben. Die historischen Kosten der Kupferleitungen sei- en verschwindend gering und der grösste Teil der Infrastruktur sei bereits seit längerer Zeit vollständig abgeschrieben. Die Kosten für die Instandstellung und den Betrieb des Anschlussnetzes seien schliesslich begrenzt. Die Gesuchsgegnerin führt dazu aus, die LRIC-Methode sei vom Gesetz- und vom Verordnungsgeber bewusst vorgeschrieben worden, um nachhaltigen infrastrukturbasierten Wettbewerb zu fördern. Ihr erlaube die Methode, in den Unterhalt und Ersatz ihrer Anlagen zu investieren und den anderen An- bieterinnen ermögliche das durch die Wholesale-Preisregulierung beeinflusste Preisniveau auf den

Aktenzeichen: AZ 330.30

31/87

Endkundenmärkten, ihrerseits in eine eigene Infrastruktur zu investieren. Würde man den Kriterien von Art. 54 FDV nur insofern Rechnung tragen, als dies zu Preisnachlässen zugunsten der alternati- ven Fernmeldedienstanbieterinnen führe, so könnte die Gesuchsgegnerin ihre Einrichtungen langfris- tig nicht unterhalten. Die Kriterien seien deshalb unabhängig davon zu berücksichtigen, ob sich durch sie bezüglich eines Zugangsdienstes für die Wholesale-Kunden eine Verteuerung oder eine Verbilli- gung ergebe. Aus dem Konzept der bestreitbaren Märkte könne die Gesuchstellerin nichts zu ihren Gunsten ableiten. Der mit Blick auf das simulierte Marktergebnis bei wirksamem

Wettbewerb wesentliche kostenorientierte Preise richten sich nicht nach den tatsächlichen historischen Kosten, sondern nach denjenigen einer effizienten Leistungserstellung unter Wettbewerbsbedingungen. Es sei von einer neuen Anbieterin auszugehen, die ihre Anlagen nach Wiederbeschaffungspreisen bewerte. Eine Berücksichtigung historischer Vorteile sei daher ausgeschlossen. Weiter bringt die Gesuchsgegnerin vor, sie mache nicht fiktive Kosten geltend, die keinen Bezug zum tatsächlichen Kostenaufwand hätten. Sie stelle vielmehr bei allen Zugangsdiensten auf die Kriterien von Art. 54 FDV ab. Aus Art. 54 FDV ergibt sich, dass die Überprüfung der Kosten marktbeherrschender Unternehmen nach den Kosten eines hypothetischen neuen Markteintreters mit effizienter Leistungsbereitstellung (im Folgenden auch Modellunternehmen genannt) vorzunehmen ist. Es handelt sich dabei um Modellkosten, welche von den in den Rechenwerken vorkommenden Kosten eines marktbeherrschenden Unternehmens abweichen können. Die Festsetzung kostenorientierter Preise stützt sich gemäss Art. 54 Abs. 2 Satz 2 FDV auf eine Berechnung der aktuellen und mithin nicht auf die tatsächlichen, historisch bedingten Kosten ab. Dabei spielt es grundsätzlich keine Rolle, ob die gegenwärtigen Kosten höher oder tiefer sind, als sie zu einem früheren Zeitpunkt waren. Der Ansicht der Gesuchstellerin, wonach das sog. Forward Looking vergangenheitsbezogene Restriktionen und historisch bedingte Kosten ausschliessen solle, umgekehrt aber vergangenheitsbezogene Vorteile beachtlich seien, kann deshalb nicht gefolgt werden. Das Modell der bestreitbaren Märkte simuliert den plötzlichen Markteintritt einer alternativen Anbieterin mit eigener Infrastruktur. In ihrer am 13. Juni 2008 eingebrachten „Studie zum TAL-Preis in der Schweiz“ bringt die Gesuchstellerin vor, es lägen keine regulierungsökonomischen oder politischen Zielsetzungen vor, die für einen Infrastrukturwettbewerb im Bereich des Anschlussnetzes sprechen würden. Es gäbe klare wirtschafts- politische Signale wie den Schutz der Investitionen in Glasfaser und Bitstrom bei gleichzeitigem freiem Zugang zu Kanalisation und Kupferdraht. Auch in anderen Netzindustrien (Wasser, Gas, Elektrizität) lägen analoge Situationen vor, bei denen das Verteilnetz ein natürliches Monopol bilde, eine Duplizierung ökonomisch nicht sinnvoll sei und den Wettbewerb um Jahrzehnte verzögern würde. Folglich seien beim Anschlussnetz keine Investitionsanreize notwendig und der Preis solle keine „make or buy“-Signale für einen kompletten Neubau bilden. Vielmehr solle der Zugangspreis keine bereits von der Gesuchsgegnerin abgeschriebenen Anlagewerte enthalten, sondern nur den effektiven Unterhaltskosten (Unterhalt, Ersatz und Erweiterung) entsprechen, da damit die Verfügbarkeit des Anschlussnetzes sichergestellt sei. Dieser Argumentation kann so nicht gefolgt werden. Die Materialien zur letzten FMG-Revision legen den Schluss nahe, dass die Förderung von Investitionen in den Ausbau der verschiedenen Telekommunikationsnetze beim Gesetzgeber eine hohe Gewichtung hatte. Es ging ihm denn auch darum, ein sog. „Trittbrettfahren“ von alternativen Anbieterinnen zu verhindern, so dass diese nicht über Gebühr von den Netzleistungen der Gesuchsgegnerin profitieren können. Nicht zuletzt deshalb wurde beispielsweise die Bezugsdauer des schnellen Bitstromzugangs auf vier Jahre beschränkt. Der Gesetzgeber war sich überdies auch hinsichtlich der vorzunehmenden Bewertung von Netzbestandteilen im Klaren, was ohne Weiteres aus verschiedenen Voten im Rahmen der parlamentarischen Beratungen hervorgeht (vgl. dazu insbesondere das Votum von Nationalrat Werner Marti betreffend Preisobergrenzen und die entsprechende Antwort von Bundesrat Moritz Leuenberger, Amtliches Bulletin, AB Nationalrat 2004 1706).

Aktenzeichen: AZ 330.30

Die von der Gesuchstellerin geltend gemachte Analogie zu anderen Netzindustrien kann am ebenfalls regulierten Beispiel der Stromwirtschaft beleuchtet werden. In Art. 15 des Bundesgesetzes vom 23. März 2007 über die Stromversorgung (Stromversorgungsgesetz, StromVG) hat der Gesetzgeber festgelegt, wie die anrechenbaren Netzkosten zu bestimmen sind. Die Kapitalkosten müssen auf Basis der ursprünglichen Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten der bestehenden Anlagen ermittelt werden. Den Materialien zum Stromversorgungsgesetz ist zu entnehmen, dass der Gesetzgeber beim Stromnetz a priori vom Vorliegen eines natürlichen Monopols ausging (vgl. Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz vom 3. Dezember 2004 in BBl 2005 1611 ff.). Damit geht es bei der Regulierung des Netzzugangs im Strommarkt nicht um die Stimulierung respektive Simulation von Wettbewerb wie in der Telekommunikation, sondern um die Verwaltung von nicht replizierbaren Infrastrukturen. Bei der Bestimmung der anrechenbaren Kosten wird denn auch folgerichtig vom Kostendeckungsprinzip ausgegangen. Im Gegensatz zum Strommarkt ging der Gesetzgeber im Falle des Telekommunikationsmarktes nicht zum Vornherein vom Vorliegen eines natürlichen Monopols aus. Vielmehr wies er bei der letzten FMG-Revision auch auf die Bedeutung des Infrastrukturwettbewerbs hin. Der Bundesrat seinerseits hat in seinen Ausführungserlassen für den Netzzugang ein LRIC-System für die Berechnung kostenorientierter Preise vorgesehen, welches auf den Wiederbeschaffungskosten eines Netzes basiert (Art. 54 FDV). Im Gegensatz dazu hat er beispielsweise bei der Berechnung der Nettogesamtkosten der Grundversorgung ein Berechnungssystem eingeführt, welches auf historische Kosten abstellt und bei welchem die Netzkosten auf Buchwerte abzustützen sind (Art. 13 FDV). Die Gesuchstellerin führt ihre Argumentation im Weiteren auf ein Gutachten von Prof. Dr. Spremann, welches dieser für das Verfahren TDC-Switzerland AG vs. Swisscom AG betreffend die Preise für Interkonnektion 2000 – 2003 erstellte (vgl. dazu ausführlich unter Ziff. 4.1 hiernach). Sie bringt vor, die von Prof. Dr. Spremann vorgenommene Auslegung des sog. Modern Equivalent Asset (MEA-Ansatz) unterstelle nicht, dass „die eingesetzten Investitionen gemäss Art. 45 Abs. 1 Bst. d FDV (heute Art. 54 FDV) gleich den Wiederbeschaffungskosten sind, die heute ein Neubau der (für Interkonnektion benötigten) Netzelemente verursacht“. Dies stützt laut Gesuchstellerin ihre eigene These, dass bei der Festlegung der Wiederbeschaffungskosten die bereits getätigten Abschreibungen seit dem effektiven Bau des Netzes abzuziehen seien. Diese Argumentation verkennt, dass die ComCom im genannten Entscheid die von Prof. Dr. Spremann vorgeschlagene Methodik zur Festlegung eines branchenüblichen Kapitalkostensatzes (WACC) zwar weitgehend übernommen, bezüglich des einzusetzenden Kapitals, welches mit dem Kapitalkostensatz zu multiplizieren ist, jedoch eigene Überlegungen angestellt hat. Gleich ist sie im Übrigen auch betreffend der weiteren unbestimmten Rechtsbegriffe aus Art. 45 FDV (neu Art. 54 FDV) vorgegangen, zu denen ebenfalls Interpretationen von Prof. Dr. Spremann vorlagen. Dieser weist denn auch in seinem im Rahmen des damaligen Verfahrens eingereichten Kommentar darauf hin, dass das BAKOM den Wert (gemeint ist der Marktwert einer effizienten Anbieterin) aufgrund von Angaben durch Swisscom verfeinert und eine detaillierte Wiederbewertung der eingesetzten Infrastruktur vorgenommen habe. Die Schätzung durch den Gutachter diene lediglich dazu, illustrativ die Vorgehensweise der Konversion zwischen Buchwerten und Marktwerten aufzuzeigen. Als investiertes Kapital gelte es, die hergeleiteten Werte des BAKOM zu verwenden. Prof. Dr. Spremann ging in seiner Interpretation der Bestimmungen von Art. 45 aFDV zudem davon

aus, dass der Verordnungsgeber eine ausgeprägt marktorientierte Position eingenommen habe und dass keine Rücksicht auf historische Kosten genommen werde. Die ComCom betonte im damaligen Entscheid den Modellcharakter eines anzunehmenden hypothetischen Markteintreters, der nach der Theorie der bestreitbaren Märkte (contestable market) zur Festsetzung kostenorientierter Preise herangezogen wird. Dabei wird gerade auch der von der Gesuchstellerin vorliegend angeführten Problematik Rechnung getragen. Der hypothetische Markteintreter besitzt vor seinem Markteintritt keine Anlagegüter, die er zu einem früheren Zeitpunkt zu historischen

Aktenzeichen: AZ 330.30

33/87

Preisen gekauft hat. Es wird ihm vielmehr unterstellt, dass er sein Netz neu aufbaut und zum Zeitpunkt des Markteintritts die neuste etablierte Technologie in seinem Netz einsetzt und demnach sein Kostenniveau durch die neuste etablierte Technologie bestimmt wird. Dabei wird im verwendeten Referenzszenario sichergestellt, dass auch die Kosten eines Netzes ermittelt werden, das den gleichen Funktionsumfang (Äquivalenz) wie das Netz der Gesuchsgegnerin aufweist. Die von der ComCom bereits im damaligen Verfahren vorgenommene Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe aus Art. 45 aFDV (heute Art 54 FDV) wurde vom Bundesgericht in BGE 132 II 257 geschützt. Der Preisüberwacher regt in seiner Stellungnahme vom 18. Juni 2008 eine Abkehr von einer Modellrechnung gestützt auf Wiederbeschaffungsneuwerte an. Er würde eine Kalkulation bevorzugen, die sich stärker an den tatsächlich getätigten Investitionen der Gesuchsgegnerin orientiert und berücksichtigt, dass Teile des Netzes bereits vollumfänglich abgeschrieben sind. Damit könnte seiner Ansicht nach eher sichergestellt werden, dass die Gesuchsgegnerin für die Nutzung ihres Netzes durch andere Anbieterinnen gerecht, aber nicht übermässig abgegolten wird. So weist er darauf hin, dass die sich aus Art. 54 Abs. 2 FDV ergebende Betrachtungsweise, dass das Netz einer marktbeherrschenden Anbieterin jährlich zu Wiederbeschaffungskosten neu zu bewerten ist, beim Anschlussnetz an ihre Grenzen stösse. Das Modell der Gesuchsgegnerin zeige auf, wie teuer es wäre, unter heutigen Bedingungen das historisch gewachsene Netz der Gesuchsgegnerin nachzubauen, was in zweierlei Hinsicht sehr hypothetisch sei: Erstens verlange der MEA-Ansatz, dass im Modell das Netz eines hypothetischen neuen Markteintreters mit effizienter Leistungsbereitstellung nachgebildet werde. Neue Anschlussnetze würden heute aber entweder mittels Mobilfunktechnologie oder in Form von Glasfasernetzen erstellt, wobei sich die Netzstruktur jeweils stark von der Topologie des Netzes der Gesuchsgegnerin unterscheidet. Zweitens lägen die historischen Baukosten für ein Anschlussnetz laut Preisüberwacher deutlich unter den aktuellen Baukosten. Der Preisüberwacher unterstützt zwar unter der gegebenen Rechtslage (Art. 54 Abs. 2 FDV) die Vorgehensweise der Instruktionsbehörde, regt jedoch zur Plausibilisierung der Modellergebnisse den Einbezug von Preisvergleichen respektive von Berechnungen basierend auf Daten der Finanzbuchhaltung der marktbeherrschenden Anbieterin, konkret also der Gesuchsgegnerin, an. Bezüglich Funktechnologien ist dem Preisüberwacher entgegenzuhalten, dass solche im heutigen Zeitpunkt auch aus Sicht der Wettbewerbskommission Weko nicht als Substitute für drahtgebundene Anslussttechnologien betrachtet werden können. Die Forderung des Preisüberwachers, dass im MEA-Ansatz auch drahtlose Technologien mit völlig anderen Netztopologien zur Kostenberechnung herangezogen werden könnten, kann deshalb im heutigen Zeitpunkt

nicht berücksichtigt werden. Es ist deshalb vorliegend davon auszugehen, dass ein hypothetischer Markteintreter sein Anschlussnetz mittels drahtgebundener Technologie erstellen würde. Bezüglich der vom Preisüberwacher angeregten Abkehr von einer auf Wiederbeschaffungsneuwerten beruhenden Modellrechnung ist, wie bereits erwähnt, darauf hinzuweisen, dass ein solches Vorgehen im Widerspruch zur im Moment geltenden gesetzlichen Grundlage steht, weshalb dieser Empfehlung ebenfalls nicht gefolgt werden kann.

E. 3.2.4

Beurteilung des Kostennachweises in materieller Hinsicht Nach Überprüfung des Kostennachweises in materieller Hinsicht hat die ComCom in einigen Bereichen Anpassungsbedarf ermittelt. Im nachfolgenden Kapitel wird aufgezeigt, wo sich die Gesuchsgegnerin bei der materiellen Erbringung des Kostennachweises nicht an die Vorgaben von Gesetz und Verordnung gehalten hat und die ComCom entsprechende Korrekturen an der Modellierung der Kosten vorzunehmen hat. Mit den nachfolgend aufgeführten Anpassungen im Kostennachweis der Gesuchsgegnerin wird das Modell der bestreitbaren Märkte unter Anwendung des Massstabs einer effizienten Anbieterin umgesetzt.

Aktenzeichen: AZ 330.30

34/87

4 Anpassungen In diesem Kapitel werden die Anpassungen an der Modellspezifikation, respektive an den Modellinputparametern der Gesuchsgegnerin und deren Hintergründe aufgezeigt. Die Anpassungen erfolgen grundsätzlich um die Kostenorientiertheit gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG und Art. 54 Abs. 2 FDV im Kostenmodell der Gesuchsgegnerin umzusetzen. Dabei ist stets zu bedenken, dass zur Überprüfung des Kostennachweises eine hypothetische effiziente Markteintreterin heranzuziehen und nicht das Unternehmen der Gesuchsgegnerin zu modellieren ist. Weil die Umsetzung des effizienten Verhaltens der Modellunternehmung bei der Überprüfung der Kostenorientiertheit der regulierten Preise im Vordergrund steht, können die tatsächlichen Kosten der Gesuchsgegnerin von den Modellkosten abweichen. Nachfolgend wird aufgezeigt, welche Anpassungen die ComCom bei der Festsetzung der Preise für die regulierten Dienste, basierend auf den Kostendaten aus Cosmos und den zusätzlichen Kostendaten in Exceltabellen, vorgenommen hat. Zu beachten ist dabei folgendes: weil Änderungen der Herstellkosten eines Kostenträgers Auswirkungen auf die Verteilung der Gemeinkosten haben, werden sämtliche Anpassungen am Kostenmodell der Gesuchsgegnerin aufgezeigt. So werden die relevanten Gemeinkosten proportional zu den Herstellkosten auf die einzelnen Kostenträger verteilt. Dies bedeutet, dass bei einem Sinken der Herstellkosten eines Kostenträgers dessen Anteil an den Gesamtherstellkosten abnimmt. Der Anteil an den Gesamtherstellkosten wiederum bestimmt, welcher Anteil der Gemeinkosten auf diesen Kostenträger entfällt. Diese Modellierung ist gegenüber der bisherigen Praxis, welche bezüglich Gemeinkosten einen fixen prozentualen Zuschlag vorsah, präziser. Die Gesuchsgegnerin macht in ihrer Schlussstellungnahme vom 18. August 2008 geltend, dass die ComCom mit den Anpassungen von ihrer konstanten Praxis zur Festlegung von Modellparametern abweiche. Dazu ist zu bemerken, dass die Regulierung vor einer veränderten Ausgangslage steht, da seit dem 1. April 2007 insbesondere auch die entbündelte Teilnehmeranschlussleitung zu den regulierten Produkten gehört. In der bisherigen Regulierungspraxis bezogen auf das

Festnetz war das Verbindungsnetz das zu Grunde liegende Inkrement der regulierten Dienste. Mit dem Inkrafttreten des FMG per 1. April 2007 kommt das Anschlussnetz als weiteres Inkrement hinzu. Mit Bezug auf die Kosten der hypothetischen Markteintriterin bedeutet dies, dass sich das Investitions- und damit auch das Auftragsvolumen an die Baubranche verzehnfacht, wie die Gesuchsgegnerin in ihrem Kostenmodell nachvollziehbar dargelegt hat. Es ist daher selbstverständlich, dass die ComCom verpflichtet ist, die Modellparameter grundsätzlich einer Überprüfung und Neubemessung zu unterziehen. Damit verbunden kann es naturgemäß auch in ihrer bisherigen Praxis zu Änderungen kommen. Es liegt denn auch im Wesen einer Ex-post-Regulierung, dass die marktbeherrschende Anbieterin die Entscheide der Regulierungsbehörde insbesondere im Bezug auf neu zu regulierende Dienste nicht ohne Weiteres abschätzen kann. Nicht beigeplichtet werden kann deshalb der Aussage der Gesuchsgegnerin, dass es beim fernmelderechtlichen Kostennachweis an Rechtssicherheit fehle, weil der Regulierungsbehörde erhebliche Handlungsspielräume eröffnet würden. Die von der Gesuchsgegnerin beanstandete Unsicherheit bezüglich der Kostenorientiertheit ihrer Preise liegt nicht darin, dass der ComCom diesbezüglich erhebliches Ermessen zukommt, sondern primär darin, dass die ComCom die nach FMG pflichtigen Angebote der Gesuchsgegnerin erst im Nachhinein überprüfen kann. Dessen muss sich auch die Gesuchsgegnerin bewusst sein, weshalb sie insbesondere beim Vorliegen einer neuen Ausgangslage damit rechnen muss, dass sich auch die Praxis in einzelnen Punkten ändern kann. Die Kosten des Anschluss- und Verbindungsnetzes der hypothetischen effizienten Markteintriterin, die mit Cosmos berechnet werden, setzen sich einerseits aus den Betriebskosten und andererseits aus Kapitalkosten sowie Kosten für Abschreibungen zusammen. Die Berechnung der Kapitalkosten und Kosten für Abschreibungen erfolgt innerhalb der Software mittels einer so genannten Annuitäten-

Aktenzeichen: AZ 330.30

35/87

formel⁴, in welche die Höhe der Investitionen, der Preiszerfall, die Nutzungsdauer und der Kapitalkostensatz (Weighted Average Cost of Capital; WACC) einfließen. Die Höhe der Investitionen wiederum wird durch die verwendeten Preise und das Mengengerüst, welches bottom up durch das Modell dimensioniert wird, bestimmt. Die Betriebskosten umfassen beispielsweise Kosten für Unterhalt, Serviceprozesse und Gemeinkosten (sog. Overhead). Alle relevanten Inputparameter an denen Anpassungen vorgenommen wurden, werden nachfolgend in eigenständigen Unterkapiteln abgehandelt. Die Anpassungen erfolgen in erster Linie zur Umsetzung der von Art. 54 Abs. 2 FDV geforderten Effizienz, zur Harmonisierung der Berechnung verschiedener Parameter und zur Berücksichtigung der veränderten Ausgangssituation.

E. 4

Zu berücksichtigen sind die Kosten einer effizienten Anbieterin (Art. 54 Abs. 2 Satz 1 FDV).

E. 4.1

Kapitalkostensatz für das physische Festnetz

E. 4.1.1

Allgemein Bei den Kapitalkosten handelt es sich um die Kosten, die einem Unternehmen dadurch entstehen, dass es sich für Investitionen Fremdkapital oder Eigenkapital beschafft. Mit dem Kapitalkostensatz werden die Investitionen in Anlagen in annualisierte Kapitalkosten umgerechnet. Auf Anlegerseite entspricht der Kapitalkostensatz der vom Anleger erwarteten Rendite auf seinem investierten Kapital. Der gemäss Art. 54 Abs. 1 Bst. d FDV branchenübliche Kapitalertrag für die eingesetzten Investitionen stellt wohl die wichtigste einzelne, die Kosten beeinflussende Variable dar. Nicht zuletzt deshalb wurde diese Variable in den Verfahren betreffend die Festsetzung der Interkonnectionspreise für die Jahre 2000-2003 (Entscheidung der ComCom vom 10. Juni 2005 in Sachen TDC Switzerland AG vs. Swisscom Fixnet AG und MCI WorldCom AG vs. Swisscom Fixnet) intensiv diskutiert und ein Experte wurde mit der Begutachtung des Kapitalkostensatzes beauftragt. Im Jahr 2002 hat Prof. Dr. Spremann für das BAKOM ein Gutachten zur Frage der Kapitalkosten erstellt, das auf den Konzepten Weighted Average Cost of Capital (WACC) und Capital Asset Pricing Model (CAPM) basiert. Die Parteien des vorliegenden Verfahrens haben damals das Gutachten von Prof. Dr. Spremann vom 15. Dezember 2002 kommentiert und dieser hat anschliessend deren Kritik in einem Kommentar gewürdigt. Das Bundesgericht hat in BGE 132 II 257 das Gutachten von Prof. Dr. Spremann gestützt und damit die Richtlinien zur Bestimmung der Kapitalkosten in der Praxis vorgegeben (vgl. auch oben Ziff. 3.2.3). Für die Verfahren der Jahre 2004-2006 hat die Gesuchsgegnerin die Vorgehensweise von Prof. Dr. Spremann repliziert. Aufgrund der Stellungnahme des Preisüberwachers zu den damals zu verfügbaren Preisen übernahm das BAKOM die Vorgehensweise mit leichten Anpassungen (vgl. die rechtskräftigen Entscheidung der ComCom vom 14. Dezember 2007 in Sachen Colt Telecom AG vs. Swisscom Fixnet AG und Verizon Switzerland AG vs. Swisscom Fixnet AG). Zur Bestimmung der Kapitalkosten für den Kostennachweis 2007 hat die Gesuchsgegnerin das Beratungsunternehmen IFBC mit der Replikation des Gutachtens von Prof. Dr. Spremann vom 15. Dezember 2002 beauftragt. Allerdings traten nach Angaben der Gesuchsgegnerin bei der Herleitung der Beta-Werte im Vergleich zu den Vorjahren verstärkt Schwierigkeiten auf. Insbesondere konnten die Vergleichsunternehmen für den 3Beta-Ansatz⁵ von Prof. Dr. Spremann nicht mehr im gleichen Masse

4 Die Annuität (A) berechnet sich wie folgt: $A = \frac{WACC \cdot I}{1 - (1 + dp)^{-T}}$, wobei I für die Investitionen, dp für die Preisänderungsrate und T für die Nutzungsdauer steht. 5 Beim 3Beta-Ansatz wird das Beta des Interkonnection-Geschäfts über das Beta eines Portfolios bestimmt, das sich aus genau jenen Ressourcengruppen zusammensetzt, die für Interkonnection erforderlich sind. Diese Ressourcengruppen sind erstens Switches (Elektronik/Computer/Software), zweitens Leitungstechnik (Glasfaser, Leerrohre) und drittens Räumlichkeiten für die Knoten. Die Betas dieser drei Ressourcengruppen werden anhand jeweiliger Peer-Groups geschätzt. Die Gewichte, mit denen die drei Ressourcengruppen in das «Portfolio Interkonnection» einfließen, sind durch Angaben des Incumbent gegeben und sie lassen sich auch unabhängig von solchen Angaben direkt schätzen.

Aktenzeichen: AZ 330.30

36/87

herangezogen werden. Für das Jahr 2008 hat die Gesuchsgegnerin daher ein neues Gutachten zur Herleitung der CAPM- und WACC-Parameter von der Beratungsfirma IFBC erstellen lassen. Die Gesuchsgegnerin behauptet in der Schlussstellungnahme, sie hätte mit

diesem Gutachten den Kapitalkostensatz kostenorientiert hergeleitet. Methodisch folge der neue Ansatz der europäischen Praxis und trage neueren Empfehlungen Rechnung. Auf Grund der veränderten Umstände erachtet auch die ComCom gewisse Abweichungen von der Vorgehensweise im Gutachten von Prof. Dr. Spremann vom 15. Dezember 2002 und damit Änderungen in der Herleitung der Kapitalkosten als angebracht. Grundsätzlich wird aber an den Erkenntnissen des Gutachtens festgehalten, weil es sich in der bisherigen Regulierungspraxis als Richtlinie etabliert hat. Grundsätzlicher Anpassungsbedarf besteht hingegen bei der Herleitung des Beta-Wertes. Wie die Gesuchsgegnerin richtig geltend macht, kann der Beta-Wert für das Jahr 2008 nicht mehr mit den bisherigen Vergleichsunternehmen (Peer-Group) berechnet werden (vgl. unten sogleich Ziff. 4.1.2.1). Die Unternehmen der Peer-Group existieren zum Teil nicht mehr oder sind in andere Unternehmen übergegangen. Der von der Gesuchsgegnerin gewählte Ansatz zur Bestimmung des Kapitalkostensatzes folgt zwar grösstenteils den Empfehlungen der International Regulators Group (IRG), die ComCom stellt aber trotzdem fest, dass es im Hinblick auf das Verhalten einer effizienten Anbieterin gemäss den nachstehenden Ausführungen durchaus Optimierungspotential gibt und sie kann deshalb den von der Gesuchsgegnerin gewählten Ansatz nicht übernehmen. Im Weiteren sind aufgrund von Änderungen der faktischen Verhältnisse auch Abweichungen vom Gutachten von Prof. Dr. Spremann vom 15. Dezember 2002 gerechtfertigt und es ist überdies auch den Ausführungen der Preisüberwachung bezüglich Netznutzungsentgelten (vgl. PREISÜBERWACHUNG, Netznutzungsentgelte, Ermittlung der risikogerechten Kapitalverzinsung der schweizerischen Elektrizitätsnetzbetreiber der Strommarktverordnung, 20066) Rechnung zu tragen. Durch den von der ComCom vorliegend gewählten Ansatz wird die Vorhersehbarkeit von Regulierungsentscheiden für alle Marktteilnehmer verbessert und es soll zugleich bezüglich Herleitung des Kapitalkostensatzes eine Annäherung an die Praxis anderer schweizerischer Regulierungsbehörden geschaffen werden. Im Grundsatz sind vorliegend weder die CAPM- noch die WACC-Methode bestritten. Für die Berechnung der CAPM-Rendite sind der Risikofaktor Beta sowie die Marktrisikoprämie als Differenz zwischen langfristiger Marktrendite und langfristigem risikolosem Zinssatz zu bestimmen. Für die Berechnung der Fremdkapitalkosten müssen vorab der Verschuldungsgrad, die Steuerbelastung und der Fremdfinanzierungs- oder Fremdkapitalkostensatz bemessen werden. Mit der WACC-Formel wird alsdann unter Berücksichtigung der Anteile an Fremd- und Eigenkapital der gewichtete durchschnittliche Kapitalkostensatz berechnet.

E. 4.1.2

Berechnung der CAPM-Rendite

E. 4.1.2.1

Der Risikofaktor Beta Investoren haben die Möglichkeit, durch den Kauf unterschiedlicher Anlagen Renditeschwankungen, deren Ursprung in den betreffenden Investitionen selbst liegt, im Durchschnitt über ihr gesamtes Portfolio auszugleichen. Der Risikofaktor Beta berücksichtigt das verbleibende, nicht diversifizierbare Risiko einer Anlage und wird branchenspezifisch ermittelt. Vorliegend ist zu beachten, dass für die Herleitung des Risikofaktors für die Jahre 2007 und 2008 verschiedene Methoden Anwendung finden müssen. Während es für das Jahr 2007 noch möglich war, den Beta-Wert gemäss der bis anhin gängigen Methodik herzuleiten, ist dieses Vorgehen für das Jahr 2008 nicht mehr sachdienlich (vgl. oben Ziff. 4.1.1).

E. 5

Die Berechnung der Kosten erfolgt auf aktueller Basis (Forward Looking; Art. 54 Abs. 2 Satz 2 FDV).

E. 6

Abrufbar unter <http://www.preisueberwacher.admin.ch/dokumentation/00445/00637/00644/index.html?lang=de>.

Aktenzeichen: AZ 330.30

37/87

Für das Jahr 2007 stützte die Gesuchsgegnerin ihr Vorgehen zu Recht noch auf die im Gutachten von Prof. Dr. Spremann vorgeschlagene Vorgehensweise ab und errechnete auf korrekte Weise einen Beta-Wert von 0.8. Bei der Herleitung des Beta-Werts für das Jahr 2008 lehnt sich die ComCom sehr eng an die Vorgehensweise an, die im IFBC-Gutachten der Gesuchsgegnerin vorgeschlagen wird. Sie stützt dabei die Berücksichtigung von ehemaligen Monopolisten respektive Incumbents in europäischen Ländern, da diese wohl am ehesten ein vergleichbares Risikoprofil zu einer neu in den Markt eintretenden hypothetischen Anbieterin haben könnten. Es handelt sich dabei um Telekomunternehmen, die in grossem Masse, aber nicht nur im Bereich Festnetz, aktiv sind. Eine festnetzspezifische Herleitung des Beta-Wertes bietet sich gegenwärtig mangels vernünftiger börsenkotierter Vergleichsunternehmen mit reinen Festnetzaktivitäten nicht an.⁷ Abweichend vom Vorgehen der Gesuchsgegnerin kann das Unternehmen Tele2 Sverige AB jedoch für die Vergleichsgruppe (Peer-Group) nicht berücksichtigt werden, da dessen hauptsächliches Geschäftsfeld im Mobilfunk liegt. Hingegen ist die Herleitung der Beta-Werte auf Basis von wöchentlichen Renditen über einen Betrachtungszeitraum von zwei Jahren, analog der im IFBC-Gutachten vorgeschlagenen Vorgehensweise, gerechtfertigt. Dadurch wird dem schnellen technologischen Wandel ausreichend Rechnung getragen, und dessen Einfluss auf das Risikoprofil der Telekommunikationsbranche berücksichtigt. Gleichzeitig findet mit einer Zweijahresbetrachtung aber auch eine minimale Glättung statt, die verhindert, dass der Beta-Wert und schliesslich auch die Kosten von Jahr zu Jahr allzu stark schwanken. Die Gesuchsgegnerin verwendet im Weiteren bei der Berechnung des Modell-Betas eine Anpassung (Adjustierung) des sog. Raw Betas aufgrund der Tendenz, dass die Beta-Werte von börsenkotierten Unternehmen sich dem Wert eins nähern und somit immer stärker mit der Gesamtmarktentwicklung korrelieren sollen. Sie erklärt, dieses Vorgehen werde auch von der IRG nicht ausgeschlossen. Aus mehreren Gründen ist diese Vorgehensweise zur Berechnung der Kapitalkosten einer effizienten Modellunternehmung zu verwerfen. So sprechen einmal die von der Gesuchsgegnerin zitierten Empfehlungen der IRG entweder für eine Adjustierung des Beta-Wertes oder für eine Anpassung des Verschuldungsgrades. Die Adjustierung wird verwendet, wenn das Beta für eine real existierende Firma auf der Basis der historischen Daten über deren Aktienkurs berechnet werden soll. Bei der Bottom-up-Berechnung des Betas hingegen werden die Raw Beta-Werte von mehreren vergleichbaren Unternehmen als Vergleichswerte herangezogen. Bei diesem Vergleich muss der Verschuldungsgrad der Vergleichsunternehmen berücksichtigt werden (vgl. unten Ziff. 4.1.2.2). Durch den Vergleich mehrerer Unternehmen werden die Nachteile, die bei der historischen Berechnung bestehen, eliminiert und eine Adjustierung wird überflüssig. Überdies stützt sich auch das Gutachten von Prof. Dr. Spremann vom 15. Dezember 2002 auf das Raw Beta

ab und der Preisüberwacher stimmt diesem Vorgehen zu. Schliesslich ist im Telekommunikationsmarkt keine Tendenz ersichtlich, dass die Beta-Werte von börsenkotierten Unternehmen sich dem Wert eins nähern.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.