

COMCOM bedingungen-der-verrechnung-von-teilnehmeranschlüssen-des-festnetzes-vta-2008-12-23-5458f0 vom 23. Dezember 2008

ComCom, 2008-12-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/comcom_bedingungen-der-verrechnung-von-teilnehmeranschlüssen-des-festnetzes-vta-2008-12-23-5458f0

FR: COMCOM

bedingungen-der-verrechnung-von-teilnehmeranschlüssen-des-festnetzes-vta-2008-12-23-5458f0
du 23 décembre 2008

IT: COMCOM

bedingungen-der-verrechnung-von-teilnehmeranschlüssen-des-festnetzes-vta-2008-12-23-5458f0
del 23 dicembre 2008

Erwägungen

E. 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 auf Aufforderung des BAKOM mit Eingabe vom 6. September 2007 ein Formular für Zugangsgesuche eingereicht, welches sich zur Frage der Marktbeherrschung der Gesuchsgegnerin bei VTA im Bereich von Primäranschlüssen äussert.

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). Vorliegend sind sich die Parteien in ihren Vertragsverhandlungen betreffend die Bedingungen des Verrechnens von Teilnehmeranschlüssen des Festnetzes (VTA) gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. c FMG nicht in allen Punkten einig geworden. Sie haben in ihrem Vertrag vom 15./16. August 2007 die Höhe der Preise für VTA sowie den Zinssatz auf allfällige Rückvergütungen explizit offengelassen. Zudem bestreitet die Gesuchsgegnerin hinsichtlich des Anschlusstyps Primärratenanschluss ein Angebot im Sinne von Art. 11 FMG machen zu müssen. Für diese

offenen Punkte beantragt die Gesuchstellerin die verfügungsweise Festlegung durch die ComCom. Dabei handelt es sich um Streitigkeiten über die Bedingungen des Zugangs gemäss Art. 11a FMG und folglich ist die ComCom für die Behandlung des Gesuchs vom 20. August 2007 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. CHRISTOPH AUER, in CHRISTOPH AUER/MARKUS MÜLLER/BENJAMIN SCHINDLER, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Bern, 2008, Rz 8 zu Art. 12 oder 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 „Verrechnung des Teilnehmeranschlusses“ aufgeführten 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.

10/66

August 2007 kostenorientiert festzulegen. Weiter sei die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, der Gesuchstellerin die Verrechnung des Teilnehmeranschlusses für Primäranschlüsse auf transparente und nichtdiskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen zu gewähren. Schliesslich wird beantragt, dass der Zins für Rück- und Nachzahlungen im Zusammenhang mit der Verrechnung des Teilnehmeranschlusses auf mindestens 5 Prozent festzulegen sei. Dazu ist zu bemerken, dass die Gesuchstellerin mit ihrem Gesuch vom 20. August 2007 die Überprüfung und Festsetzung der strittigen Preise aus dem damals gültigen Handbuch Preise Version 1-0 vom 1. April 2007 verlangt und sie dessen Preise als nicht gesetzmässig der ComCom zur Beurteilung unterbreitete. Das Handbuch Preise VTA Version 1-0 war bis zum 31. Dezember 2007 gültig. Die Gesuchsgegnerin beantragt für das Jahr 2007 die Verfügung der Preise gemäss der mit ihrer Stellungnahme vom 16. Oktober 2007 eingereichten Beilage 8, diese liegen unwesentlich tiefer als sie im Handbuch Preise Version 1-0 verlangt werden. Die Gesuchstellerin hat ihren Antrag auf kostenorientierte Preisfestsetzung durch die ComCom daraufhin nicht zurückgezogen und die strittigen Preise sind von der ComCom zu verfügen. Im Weiteren ist in zeitlicher Hinsicht zu bemerken, dass die Gesuchsgegnerin als marktbeherrschende Anbieterin mindestens jährlich ein aktualisiertes Basisangebot zu veröffentlichen hat (Art. 53 FDV). Dieser Verpflichtung kam sie nach und publizierte am 19. November 2007 per 1. Januar 2008 (Version 1-1) respektive am 1. Januar 2008 per 1. Januar 2008 (Version 1-2) respektive am 1. August 2008 per 1. August 2008 (Version 1-3) neue Handbücher Preise. Dabei ist

allerdings zu beachten, dass sie im Laufe des Jahres 2008 die Preise nicht veränderte, sondern die Herausgabe der neusten beiden Versionen der Handbücher Preise auf einer Umfirmierung respektive auf der Einführung eines neuen Logos beruhten. Per 1. Januar 2008 wurden mit der Einführung des Handbuchs Preise Version 1-1 gegenüber der Version 1-0 jedoch neue Preise eingeführt. Es könnte sich deshalb die Frage stellen, ob die Gesuchstellerin bezüglich der Preise für das Jahr 2008 ein neues Gesuch hätte einreichen müssen. Dies ist zu verneinen. Es entspricht der konstanten Praxis der ComCom, als Verfahrensgegenstand die Zugangsbedingungen für die gesamte Dauer des Verfahrens bis zum Entscheidungsdatum zu betrachten. Prozessökonomisch würde es zweifellos wenig Sinn machen, wenn die Gesuchstellerin für jedes Jahr gesondert nachweisen müsste, dass mit der Gesuchsgegnerin keine Einigung in der Sache erzielt werden konnte. Überdies wurde dem BAKOM von der Gesuchsgegnerin ein Schreiben zugestellt, welchem zu entnehmen ist, dass die Gesuchstellerin auch die Kostenorientiertheit der Preise für das Jahr 2008 bestreitet. Dass die Gesuchstellerin nicht ein erneutes förmliches Gesuch um Festsetzung der Zugangsbedingungen für das Jahr 2008 einreichte, ist gestützt auf die erwähnte - und vom Bundesverwaltungsgericht mit Entscheid A-3277/2007 vom 7. November 2007 sanktionierte - Praxis der ComCom unwesentlich. Soweit die Gesuchstellerin die Festlegung eines Zinssatzes für allfällige Rück- oder Nachzahlungen verlangt, stellen sich in diesem Zusammenhang keine weiteren Fragen. Der von der ComCom zu verfügende Zinssatz beschlägt alle gestützt auf die rückwirkend verfügbaren Preise potentiell zu leistenden Zahlungen zwischen den Parteien. Bezüglich der Rechtsbegehren, welche die Gesuchsgegnerin in ihrer Stellungnahme vom 16. Oktober 2007 und in ihrer Eingabe vom 22. Februar 2008 stellt, ist festzuhalten, dass diese grundsätzlich keinen Einfluss auf den Verfahrensgegenstand haben und insoweit nur für die Verlegung allfälliger Verfahrenskosten relevant sein können. Zusammenfassend ergibt sich, dass vorliegend sämtliche strittigen Preise für VTA aus den Jahren 2007 und 2008, der Zinssatz für Rück- oder Nachzahlungen sowie die Frage, ob die Gesuchsgegnerin im Bereich der Primäranschlüsse für VTA ein Angebot im Sinne der fernmelderechtlichen Zugangsgewährung zu unterbreiten hat, den Verfahrensgegenstand bilden. Aus nachfolgenden Gründen kann über einen Teil des Verfahrensgegenstandes jedoch erst zu einem späteren Zeitpunkt befunden werden.

11/66

E. 1.4

Teilverfügung Die ComCom hat am 9. Oktober 2008 in drei zwischen den Parteien hängigen Verfahren die Bedingungen der fernmelderechtlichen Zugangsgewährung verfügt. Es betrifft dies die Bedingungen des vollständig entbündelten Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung (TAL), diejenigen der Interkonnexion (IC) sowie diejenigen der Kollokation (KOL). Die Gesuchsgegnerin hat am 10. November 2008 gegen verschiedene Punkte in diesen drei Verfügungen Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erhoben, welches die Beschwerdeverfahren mit Zwischenverfügung vom 18. November 2008 unter der Verfahrensnummer A-7162/2008 vereinigt hat. Im vorliegend interessierenden Zusammenhang rekuriert die Gesuchsgegnerin gegen die Zinsregelung, welche die ComCom verfügte. Sodann führt sie auch Beschwerde gegen die ihr von der ComCom im IC-Verfahren auferlegte Pflicht, die sog. Supplementary Services für die Carrier Preselection CPS zu kostenorientierten Preisen anzubieten. Die Gesuchstellerin beantragt im vorliegenden Verfahren die Festlegung eines

Zinses für Rück- und Nachzahlungen im Zusammenhang mit der Verrechnung des Teilnehmeranschlusses auf mindestens 5%. Demgegenüber verlangt die Gesuchsgegnerin, dass die ComCom eine Regelung verfüge, nach welcher eventuelle Rück- oder Nachzahlungen zu einem Basiszinssatz CHF LIBOR sechs Monate zu verzinsen seien. Diese Anträge wurden von den Parteien in den Verfahren TAL und KOL im gleichen Wortlaut gestellt und die ComCom hat in ihren Verfügungen vom 9. Oktober 2008 bereits darüber befunden. Die Gesuchsgegnerin hat die von der ComCom verfügten Zinsregelungen allesamt mit Beschwerde angefochten, so dass nun das Bundesverwaltungsgericht zu deren Beurteilung zuständig ist. Es wäre mit den Prinzipien der Prozessökonomie nicht vereinbar, wenn die ComCom dem ungeachtet die gleichen Zinsregelungen im vorliegenden Fall nochmals verfügen würde, da die Gesuchsgegnerin genötigt würde, auch gegen die vorliegende Verfügung betreffend die Zinsregelungen Beschwerde zu erheben, obwohl diese Fragen vor Bundesverwaltungsgericht bereits hängig sind. Es erscheint vielmehr opportun, betreffend die Anträge auf Festsetzung eines Zinssatzes für allfällige Rück- oder Nachzahlungen nicht zu verfügen, solange das Bundesverwaltungsgericht nicht darüber befunden hat, da dessen Entscheid den vorliegenden präjudiziert. Entsprechend wird die Instruktionsbehörde das Verfahren bezüglich dieser Frage sinnvollerweise einstellen (vgl. BGE 123 II 1 E. 2b S. 3). Analog verhält es sich mit der Frage nach der Angebotspflicht der Gesuchsgegnerin bei den sog. optionalen Diensten. Die Gesuchsgegnerin bestreitet, dass diese Dienste Bestandteil der VTA seien. Entsprechend stellt sie sich auf den Standpunkt, sie sei nicht verpflichtet, diese Dienste im Sinne der fernmelderechtlichen Zugangsgewährung anbieten zu müssen, respektive die ComCom sei nicht befugt, für diese Dienste Preise festzulegen. Als Eventualbegründung bringt sie zudem vor, sie sei bei den optionalen Diensten nicht marktbeherrschend. Bei Letzteren handelt es sich um Zusatzdienstleistungen zur VTA, welche einer alternativen Anbieterin die Bewirtschaftung ihrer Kundendaten erlauben (Aktivierungs-, Deaktivierungs- und Änderungsreport). Diese Zusatzdienste stehen in einem engen Verhältnis zur Grundleistung der VTA und entsprechen dergestalt vollumfänglich der Dienstgruppe Supplementary Services für Carrier Preselection CPS (zum Zusammenhang zwischen CPS und VTA siehe unten Ziff. 3.1). Die Gesuchsgegnerin reichte deshalb für die optionalen Dienste keinen separaten Kostennachweis ein und bestätigte mit Eingabe vom 6. Oktober 2008 explizit, dass hierfür auf die Daten zu den Supplementary Services für CPS abzustellen sei, welche sie im Rahmen des Interkonktionsverfahrens für die Jahre 2004-2008 zwischen den Parteien einreichte. Betreffend Supplementary Services für Carrier Preselection CPS hat die ComCom am 9. Oktober 2008 verfügt, dass die Gesuchsgegnerin verpflichtet sei, diese Dienste im Rahmen der Zugangsgewährung anzubieten. Sie führte dabei aus, dass diese Dienste Bestandteil von CPS seien. Im Übrigen ging sie gestützt auf ein Gutachten der Wettbewerbskommission Weko vom 20. August 2007 (publiziert in RPW 2008/1 S. 216 ff.) auch von einer marktbeherrschenden Stellung der Gesuchsgegnerin aus, wobei sie ausführte, dass sich bei Zusatzdiensten bereits aus den technischen Gegebenheiten ergebe, dass diese nur von

12/66

der Gesuchsgegnerin angeboten werden können und sich bei dieser Ausgangslage die Frage stelle, ob die Marktbeherrschung der Gesuchsgegnerin hinsichtlich der Zusatzdienste überhaupt ernsthaft angezweifelt werden könne. Nachdem das BAKOM bei der Weko ein Gutachten zur Marktbeherrschung eingeholt habe, könne diese Frage jedoch offen bleiben.

Die Gesuchsgegnerin führt mit Eingabe vom 10. November 2008 gegen diese Regelung von Zugangsbedingungen beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde. Die sich vorliegend im Zusammenhang mit den optionalen Diensten bei der VTA stellenden Fragen sind identisch mit denjenigen, die der Rechtsmittelinstanz zur Beurteilung unterbreitet wurden. Die obigen Ausführungen bezüglich Zinsregelung gelten deshalb auch bezüglich der sog. optionalen Dienste. Auch in diesem Bereich macht es keinen Sinn, wenn die ComCom verfügt, bevor das Bundesverwaltungsgericht seinen Entscheid getroffen hat. Entsprechend wird das BAKOM das Verfahren auch betreffend die optionalen Dienste zu sistieren haben.

E. 1.5

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 eidgenössischer 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 durchaus legitimes Interesse daran haben, die Bedingungen und Preise für den Zugang mit der Gesuchsgegnerin 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 entsprechenden 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 lediglich 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 VTA aufgeführten Preise auf Einhaltung der Kostenorientierung. Zu diesem Zeitpunkt offerierte die Gesuchsgegnerin zu den Preisen gemäss ihrem Handbuch Preise Version 1-0 vom 1. April 2007. Aufgrund oben stehender Ausführungen hatte die Gesuchstellerin im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung grundsätzlich ein schutzwürdiges Interesse an der behördlichen

Festlegung aller strittigen Preise. Betreffend die Preise für Leistungen, die die Gesuchstellerin im Jahr 2007 nicht bezogen hat, fiel das erforderliche schutzwürdige Interesse am Erlass einer Verfügung hingegen mit der Ersetzung des Handbuchs Version 1-0 durch die Version 1-1 per 1. Januar 2008 dahin, da die Gesuchstellerin diese Leistungen nicht nur nicht bezogen 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 aktuellen und praktischen Interesses nicht verfügt werden können. Zu verfügen sind demnach die Preise gemäss nachstehender Tabelle

A. Monatlicher Preis für die Verrechnung des Teilnehmeranschlusses

B. Einmalige Preise in CHF Tabelle 1: Zu verfügende Preise VTA1

E. 1.6

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 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).

E. 1.7

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.

E. 1.8

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 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 Abschluss 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 können. 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

15/66

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. 1.9

Fazit Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die formellen Voraussetzungen vorliegend erfüllt sind und auf das Zugangsgesuch vom 20. August 2007 einzutreten ist. Aus den unter Ziff. 1.4 dargelegten Gründen kann jedoch zum heutigen Zeitpunkt nicht über die Frage der Verzinsung von allfällig zu leistenden Rückzahlungen entschieden werden. Das Gleiche gilt für die Frage, ob die Gesuchsgegnerin die sog. optionalen Dienste bei VTA im Rahmen ihrer Verpflichtung zur Zugangsgewährung anzubieten hat.

E. 2

Verfahrensanträge Die Gesuchsgegnerin stellt in ihrer Eingabe vom 16. Oktober 2008 diverse Verfahrensanträge, welche sich allesamt auf das Vorgehen im Hinblick auf die Abklärung der von ihr bestrittenen Marktbeherrschung beziehen. Insbesondere verlangt sie, dass das Verfahren bezüglich Zugangsverpflichtung im Bereich der sog. Primäranschlüsse (dazu unten Ziff. 3.2) vorläufig auf die Frage einer marktbeherrschenden Stellung zu beschränken sei und dass über eine solche Marktstellung mittels selbständig anfechtbarer Verfügung zu befinden sei. Zudem beantragt sie, es sei den Parteien Gelegenheit zu geben, zur Sachverhaltsfeststellung (Marktabklärung), zur Auftragserteilung an die Weko sowie zum Gutachten Stellung zu nehmen.

E. 2.1

Vorläufige Verfahrensbeschränkung Aus prozessökonomischen Gründen kann es Sinn machen, den Gegenstand eines Verfahrens vorläufig auf verschiedene Teilaspekte oder Grundsatzfragen zu beschränken und über diese vorab zu befinden. So kann es beispielsweise angezeigt sein, ein Verfahren vorläufig auf die Beantwortung einer Grundsatzfrage zu beschränken, deren Bejahung eine Anspruchsvoraussetzung darstellt. Wird die Grundsatzfrage in einem solchen Fall positiv beantwortet, so kann in einem zweiten Schritt über die weiteren Aspekte der Streitigkeiten befunden werden. Wird die Anspruchsvoraussetzung hingegen verneint, so findet das Verfahren vor der befassen Instanz seinen Abschluss. Der Vorteil der vorläufigen Verfahrensbeschränkung auf eine Grundsatzfrage ist darin zu sehen, dass im Falle der rechtskräftigen Verneinung des

Anspruchsvoraussetzung bildenden Teilaspektes letztlich unnötiger prozessualer Aufwand eingespart werden kann, da weitere Schritte entfallen. Das VwVG enthält explizit keine Norm, welche eine Aufspaltung des Verfahrens in verschiedene Teilaspekte respektive eine vorläufige Beschränkung auf bestimmte Grundsatzfragen vorsehen würde. Insoweit kann von Gesetzes wegen auch kein Anspruch der Parteien auf eine solche vorläufige Beschränkung bestehen und die Ausführungen der Gesuchsgegnerin, die den Eindruck erwecken, das Verfahren hätte zwingend beschränkt werden müssen, sind vor diesem Hintergrund zu relativieren. Das Bundesgericht hat bereits in einem früheren Verfahren zwischen den Parteien bezüglich Inter-

16/66

konnectionspflicht festgehalten, dass dem Instrument der vorläufigen Beschränkung eines Verfahrens auf bestimmte Teilaspekte oder Grundsatzfragen prozessökonomische Gründe zugrunde liegen und solche Verfahrensbeschränkungen ohne gesetzliche Grundlage zulässig seien und im Ermessen der instruierenden Behörde liegen (BGE 131 II 13 E. 2.4 S. 18, vgl. auch THOMAS MERKLI/ARTHUR AESCHLI-MANN/RUTH HERZOG, a.a.O., N. 13 zu Art. 49 VRPG). Es stellt sich somit die Frage, ob das BAKOM als instruierende Behörde das ihm zustehende Ermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt hat, weil es das Verfahren nicht auf die Grundsatzfrage des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung bei der VTA bezüglich Primäranschlüssen beschränkt hat. Dies ist aus nachfolgenden Gründen zu verneinen. So hätte der Antrag, bei den Primäranschlüssen die Frage der Marktbeherrschung gesondert zu prüfen, voraussetzt, dass das Verfahren hinsichtlich Primäranschlüsse abgetrennt worden und für den abgetrennten Verfahrensteil eine Beschränkung auf eine Grundsatzfrage vorab zu beantworten gewesen wäre. Da für Verfahrensbeschränkungen prozessökonomische Gründe wegleitend sind, fragt sich, ob die beantragte Beschränkung auf eine Grundsatzfrage in einem Teilbereich des Verfahrensgegenstandes im Hinblick auf eine geordnete und rasche Abwicklung für das gesamte Verfahren von Nutzen gewesen wäre. Dies ist zu verneinen. Insbesondere ist in diesem Zusammenhang auch die eigene Argumentation der Gesuchsgegnerin zu berücksichtigen, nach welcher eine Angebotspflicht bei den Primäranschlüssen Auswirkungen auf den Kostennachweis bei den übrigen Anschlüssen habe. Somit hätte eine Abtrennung des Verfahrens mit einer Beschränkung auf eine Grundsatzfrage auch nach Ansicht der Gesuchsgegnerin nicht dazu dienen können, eine raschere Erledigung des anderen Teils des Verfahrens zu ermöglichen, da mit diesem Verfahrensteil hätte zugewartet werden müssen. Es ist deshalb nicht zu beanstanden, dass das BAKOM das Verfahren hinsichtlich der Angebotspflicht bei Primäranschlüssen nicht auf das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung beschränkt hat. Überdies ist zu berücksichtigen, dass der Aufwand, welcher der Gesuchsgegnerin dadurch erwachsen ist, dass auf die von ihr beantragte Verfahrensbeschränkung verzichtet wurde, absolut marginal erscheint. Die Gesuchsgegnerin hatte einzig den von ihr bereits eingereichten Kostennachweis hinsichtlich der Primäranschlüsse zu ergänzen. Dieser Aufwand hielt sich in sehr engen Grenzen, was die Gesuchsgegnerin in ihrer Eingabe vom 17. Juni 2008 selber bestätigte. Auch aus diesem Grund war eine Trennung des Verfahrens in Teilfragen nicht angezeigt.

E. 2.2

Anhörung der Parteien im Zusammenhang mit der Abklärung der Marktbeherrschung Die Instruktionsbehörde führte im Zusammenhang mit der Klärung der Marktverhältnisse bei VTA hinsichtlich Primäranschlüsse eine Marktbefragung durch und beauftragte in der

Folge die Weko gestützt auf Art. 11a Abs. 2 FMG mit der Erstellung eines entsprechenden Gutachtens. Das Gutachten der Weko vom 3. Juni 2008 wurde den Parteien am 12. Juni 2008 vom BAKOM zur Kenntnisnahme zuge- stellt. Die Parteien wurden bei den einzelnen Schritten im Zusammenhang mit der Sachverhaltsabklä- rung bezüglich Marktbeherrschung nicht speziell angehört, mithin wurden die diesbezüglichen Verfah- rensanträge der Gesuchsgegnerin vom BAKOM nicht gehört. Die Gesuchsgegnerin wirft dem BAKOM in ihrer Schlussstellungnahme vom 8. Dezember 2008 vor, seine Aufgaben in der Verfahrensinstruktion vernachlässigt zu haben. Sie anerkennt zwar, dass für die Sachverhaltsermittlung die Instruktionsbehörde zuständig ist. Die Feststellung des Sachverhaltes von Amtes wegen werde jedoch durch die in Art. 13 VwVG statuierte Mitwirkungspflicht der Parteien ergänzt und relativiert. Die Gesuchsgegnerin führt aus, die Instruktionsbehörde sei auf ihre Anträge nie eingegangen beziehungsweise diese habe ihr faktisch die Mitwirkung verweigert. Sie habe bereits in einem frühen Verfahrensstadium beantragt, ihr sei Gelegenheit einzuräumen, zur Sachverhaltsfest- stellung (Marktabklärung) und zur Auftragserteilung an die Weko Stellung zu nehmen. Das BAKOM habe es unterlassen, bei der Ausarbeitung der Fragebogen zur Marktbeherrschung sicherzustellen,

17/66

dass die Wettbewerbsverhältnisse im Grosskundenmarkt tatsächlich abgeklärt werden. Die eingegan- genen Stellungnahmen von Konkurrentinnen der Gesuchsgegnerin seien kommentarlos und ohne Würdigung von Beweismitteln und damit ohne eine effektive Sachverhaltsfeststellung zur Begutach- tung übergeben worden. Wie sich durch das Gutachten bestätige, wäre jedoch der Einbezug der Ge- suchsgegnerin in die Instruktion der Weko für eine korrekte Begutachtung der Marktstellung im Gross- kundenmarkt unerlässlich gewesen. Sodann habe die Instruktionsbehörde nicht auf den Umstand reagiert, dass das Gutachten der Weko die unterbreitete Gutachterfrage mit keinem Wort behandle und auch auf ein Schreiben der Gesuchsgegnerin, welches sich dazu äussere, habe sie nicht reagiert. All dies zeige, dass das BAKOM der ihm obliegenden Pflicht zur Sachverhaltsfeststellung nicht genü- gend nachgekommen sei. Die Gesuchsgegnerin spricht in diesem Zusammenhang davon, ihr verfas- sungsmässiger Anspruch auf Mitwirkung am Verfahren respektive auf rechtliches Gehör sei unzuläs- sigerweise beschränkt worden. Dazu ist Folgendes zu bemerken: den Parteien wurde nach Abschluss des Beweisverfahrens Gele- genheit gegeben, sich zu diesem zu äussern und die Parteien haben davon in uneingeschränkter Kenntnis aller getroffenen Beweismassnahmen Gebrauch gemacht. Insofern wäre es unzutreffend, davon zu sprechen, die Gesuchsgegnerin hätte sich nicht zu Marktabklärung, Auftragserteilung an die Weko sowie zum Gutachten der Weko äussern können. Der Vorwurf der Gesuchsgegnerin kann sich infolgedessen nur darauf beziehen, dass es ihr nicht erlaubt gewesen sein soll, zu einem früheren Zeitpunkt ihre Meinung kund zu tun. Ob die Kritik der Gesuchsgegnerin berechtigt ist, beurteilt sich deshalb danach, ob die Instruktionsbehörde verpflichtet gewesen wäre, die Parteien vor den von der Gesuchsgegnerin erwähnten Beweismassnahmen förmlich zur Stellungnahme einzuladen. Wie es sich damit verhält, ist Gegenstand nachfolgender Erwägungen: Die Frage der Marktbeherrschung im Sinne von Art. 11 FMG beschlägt den massgeblichen Sachver- halt. Als Verwaltungsverfahren vor einer Bundesbehörde sind die Zugangsverfahren nach Art. 11a FMG nach den Bestimmungen des VwVG abzuwickeln. Für sie gilt mithin die Untersuchungsmaxime nach Art. 12 VwVG. Diese bedeutet, dass der Sachverhalt von der befassten Behörde von Amtes wegen festgestellt wird und dass grundsätzlich auch diese die

dazu ihrer Ansicht nach notwendigen Abklärungen vornimmt. Es trifft zu, dass diese Pflicht von Art. 13 VwVG bezüglich der Mitwirkungspflicht der Parteien zu relativieren ist, wie dies die Gesuchsgegnerin vorbringt. Dies bedeutet jedoch lediglich, dass die angerufene Behörde in bestimmten Fällen nicht auf Begehren einzutreten braucht, wenn eine Partei ihrer Mitwirkungspflicht nicht nachkommt. Vorliegend geht es jedoch nicht darum, dass die Instruktionsbehörde die Gesuchsgegnerin zur Mitwirkung verpflichten wollte und diese sich geweigert hätte. Die Kritik der Gesuchsgegnerin betrifft den gegenteiligen Fall, betrachtet sie doch ihr Recht auf Mitwirkung als verletzt. Dies steht in keinem direkten Zusammenhang mit Art. 12 respektive Art. 13 VwVG und die Argumentation der Gesuchsgegnerin in ihrer Stellungnahme vom 8. Dezember 2008 erscheint diesbezüglich verfehlt. Die Frage, ob die Instruktionsbehörde Verfahrensrechte der Gesuchsgegnerin verletzt hat, ist nach Massgabe der Bestimmungen über das rechtliche Gehör gemäss Art. 29 ff. VwVG zu beantworten. Dazu ist vorab festzuhalten, dass es den Parteien selbstverständlich und grundsätzlich unbenommen ist, ihren Anspruch auf verfahrensrechtliche Mitwirkung anhand von Verfahrensanträgen zu konkretisieren und die befassende Behörde hat solche auch zu prüfen. Allein das Stellen eines entsprechenden Antrags führt hingegen nicht dazu, dass die Behörde ihn auch gutheissen muss. Gemäss der massgebenden Bestimmung von Art. 30 VwVG sind die Parteien anzuhören, bevor verfügt wird. Wie erwähnt wurden die Parteien nach Abschluss des Beweisverfahrens aufgefordert, umfassend Stellung zu nehmen und so hatte die Gesuchsgegnerin die Möglichkeit, sich zu Marktklärung, Gutachtensauftrag und Gutachten zu äussern. Auf die Argumentation der Gesuchsgegnerin wird unter Ziff. 3.2 denn auch einlässlich eingegangen. Eine Pflicht des BAKOM, Beweismassnahmen im Zusammenhang mit der gemäss Art. 11a Abs. 2 FMG vorgesehenen Konsultation der WEKO den Parteien zu vorgängiger Stellungnahme zu unterbreiten, ergibt sich hingegen weder aus dieser Bestimmung noch aus dem Anspruch auf rechtliches

18/66

Gehör. Abgesehen davon wurde die Gesuchsgegnerin als Marktteilnehmerin in die Marktklärung miteinbezogen respektive auch sie wurde bezüglich des Marktes für VTA bei Primäranschlüssen befragt. Zudem stand es der Gesuchsgegnerin jederzeit offen, sich zum Verfahren zu äussern. Es ist sodann auch nicht einzusehen, inwieweit es der von Art. 11a Abs. 2 FMG gesetzlich vorgesehenen zügigen Entscheidungsfindung dienlich gewesen wäre, wenn den Parteien Gelegenheit gegeben worden wäre, sich zu den zu befragenden Marktteilnehmern sowie zu den zu stellenden Fragen zu äussern. Auch vor diesem Hintergrund bestand für das BAKOM kein Anlass, den Parteien Gelegenheit zur vorgängigen Stellungnahme zu Marktteilnehmern und Fragebogen respektive zum Gutachtensauftrag einzuräumen. Das BAKOM hat sich aus diesen Gründen nicht rechtsfehlerhaft verhalten, indem es die Parteien nicht zu den einzelnen vorzunehmenden Schritten der Sachverhaltsermittlung befragt hat.

E. 3

Pflicht zur Gewährung des Zugangs, Marktbeherrschung

E. 3.1

Einleitende Bemerkungen Art. 28 Abs. 4 FMG verlangt von den Anbieterinnen von Fernmeldediensten die Sicherstellung der Nummernportabilität sowie die freie Wahl der Diensteanbieterin für nationale und internationale Verbindungen, wobei die Einzelheiten

von der ComCom zu regeln sind. Gemäss Art. 9 Abs. 1 der Verordnung der Eidgenössischen Kommunikationskommission vom 17. November 1997 betreffend das Fernmeldegesetz (ComCom-Verordnung; SR 784.101.112) müssen die Anbieterinnen öffentlicher Telefondienste über ein Festnetz ihren Teilnehmerinnen und Teilnehmern die Möglichkeit bieten, eine Anbieterin für nationale und internationale Verbindungen zu wählen und zwar sowohl vorbestimmt als auch für jeden einzelnen Anruf. Zu unterscheiden ist zwischen der Anschlussinhaberin und der Anbieterin von Telefondiensten. Unter vorbestimmter Wahl ist die dauerhafte Voreinstellung eines Teilnehmeranschlusses auf das Netz einer Telefondienstanbieterin für den Aufbau von abgehenden Telefongesprächen zu verstehen (Carrier Preselection, CPS). Die Verrechnung des Teilnehmeranschlusses (VTA) gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. c FMG bedeutet die Erlaubnis der Telefondienstanbieterin, der Endkundschaft den Teilnehmeranschluss in Rechnung zu stellen. VTA kommt somit zum Vornherein nur bei Anschlüssen in Frage, auf die CPS geschaltet ist, was in Art. 60 Abs. 3 FDV zum Ausdruck kommt und zwischen den Parteien auch nicht strittig ist. Bei VTA erhalten die CPS-Kundinnen und -kunden lediglich eine Rechnung für Teilnehmeranschluss und Telefondienste. Diese wird von der Telefondienstanbieterin gestellt. Die Inhaberin des Teilnehmeranschlusses stellt den Anschluss sodann der Telefondienstanbieterin in Rechnung. Auf die Verhältnisse zwischen den Verfahrensparteien gemünzt, bedeutet dies, dass bei VTA die Gesuchstellerin den Anschluss, welcher über die im Eigentum der Gesuchsgegnerin stehende Infrastruktur erreicht wird, ihren CPS-Kundinnen und -kunden in Rechnung stellt und sodann die Gesuchsgegnerin für den Anschluss bezahlt. Dadurch erhält die CPS-Kundschaft der Gesuchstellerin nur noch eine Rechnung, sowohl für den Anschluss, wie auch für die Telefondienste. Der direkte Kontakt zwischen der Gesuchsgegnerin und der CPS-Kundschaft der Gesuchstellerin wird dadurch unterbunden. Nach Art. 11 Abs. 1 FMG müssen grundsätzlich nur marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten 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

19/66

zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz, KG; SR 251]). Die Gesuchsgegnerin bestreitet ihre Marktbeherrschung im hier interessierenden Bereich nicht grundsätzlich. Sie vertritt jedoch die Auffassung, sie sei bezüglich der Primäranschlüsse nicht marktbeherrschend und deshalb auch nicht verpflichtet, die Möglichkeit der Verrechnung solcher Anschlüsse im Sinne der fernmelderechtlichen Zugangsgewährung nach FMG und FDV anzubieten.

E. 3.2

Angebotspflicht zur Verrechnung von Primäranschlüssen

E. 3.2.1

Primäranschlüsse Teilnehmeranschlüsse des Festnetzes lassen sich grundsätzlich in analoge und digitale Anschlüsse unterteilen. Bei den digitalen Anschlüssen wird weiter zwischen Basis- und Primäranschlüssen differenziert. Die vorliegend interessierenden Primäranschlüsse sind digitale Telefonanschlüsse mit einer symmetrischen Übertragungskapazität von 2 Mbit/s mit 30 Linien und einer Stammnummer. Mit Primäranschlüssen können gleichzeitig bis zu dreissig Telefongespräche geführt werden. Primäranschlüsse werden praktisch ausschliesslich von Grosskunden nachgefragt. Die Gesuchsgegnerin bietet ihrer Endkundschaft unter dem Namen BusinessLINE ISDN für zurzeit Fr. 538.- pro Monat Primäranschlüsse an.

E. 3.2.2

Standpunkte der Parteien Die Gesuchsgegnerin bestreitet, auf dem Markt für Primäranschlüsse über eine beherrschende Stellung zu verfügen. Entsprechend hat sie in ihrer Leistungsbeschreibung „Verrechnung Teilnehmeranschluss“ Version 1-0 vom 1. April 2007 in Ziff. 3.1 festgehalten, dass VTA nicht auf einen Primäranschluss geschaltet werden könne. Zu dieser Vertragsziffer stellten die Parteien Dissens fest und entsprechend verlangt die Gesuchstellerin in ihrem Gesuch vom 20. August 2007 die Verpflichtung der Gesuchsgegnerin, die Verrechnung von Primäranschlüssen anzubieten. Zur Begründung ihres Antrags bringt sie insbesondere vor, die Haltung der Gesuchsgegnerin sei nicht nachvollziehbar, da sowohl analoge wie auch digitale Anschlüsse auf dem Teilnehmeranschlusskabel und damit auf ein und derselben Doppelader-Metallleitung basierten. Ob es sich letztlich um die eine oder andere Art handle, entscheide sich einzig und allein aufgrund der Ausrüstung, die beim Endkunden installiert werde. Entweder bestehe eine marktbeherrschende Stellung in Bezug auf die Doppelader-Metallleitung oder nicht. Die Ausrüstung auf Seiten des Endkunden habe keinen Einfluss auf diese Beurteilung, weshalb sich eine Unterscheidung in verschiedene Anschlüsse nicht rechtfertige. Die Gesuchsgegnerin bringt in ihrer Stellungnahme vom 16. Oktober 2007 vor, die Frage, ob sie den alternativen Anbieterinnen die Verrechnung des Teilnehmeranschlusses ermöglichen müsse, sei abhängig von ihrer Marktstellung. Entsprechend seien die Wettbewerbsverhältnisse bei den verschiedenen Teilnehmeranschlüssen des Festnetzes zu analysieren. Zur Beurteilung der Marktbeherrschung sei jedoch nicht von der Basisinfrastruktur der Doppelader-Metallleitung auszugehen wie im Gesuch vorgebracht, sondern von den Teilnehmeranschlüssen insgesamt, wovon die Gesuchstellerin in ihrem Formular Zugangsgesuche auch ausgehe. Betreffend den Anschlusstypen „analoger Anschluss“ und „digitaler Basisanschluss“ anerkenne die Gesuchsgegnerin ihre Angebotspflicht, nicht hingegen bei dem Typ „digitaler Primäranschluss“, da es sich diesbezüglich um einen separaten sachlichen Markt handle, auf welchem wirksamer Wettbewerb herrsche. Die Gesuchsgegnerin macht in ihrer Stellungnahme vom 16. Oktober 2007 im Weiteren eingehende Ausführungen bezüglich der Wettbewerbssituation auf dem Markt für Primäranschlüsse.

20/66

E. 3.2.3

Relevanter Markt, Marktstellung der Gesuchsgegnerin Die Gewährung des Zugangs setzt gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG eine marktbeherrschende Stellung voraus. Art. 11 Abs. 2 FMG zählt sodann abschliessend die Formen auf, in welchen Zugang zu gewähren ist, darunter

gemäss Bst. c auch das Verrechnen von Teilnehmeranschlüssen des Festnetzes. Zwischen den Parteien ist insbesondere strittig, ob die Primäranschlüsse einen separaten sachlichen Markt bilden. Die Gesuchsgegnerin vertritt diese Auffassung, während die Gesuchstellerin ausführt, es stelle sich nur die Frage, ob im Bezug auf die Doppelader-Metalleitung eine marktbeherrschende Stellung bestehe und die Frage nach der Installation beim Endkunden sei irrelevant. Die Gesuchsgegnerin bringt vor, zur Beurteilung ihrer Marktbeherrschung seien die Wettbewerbsverhältnisse bei den verschiedenen Teilnehmeranschlüssen des Festnetzes zu analysieren. Diese Argumentation ist in doppelter Hinsicht zu überprüfen. Für die Klärung des relevanten Marktes ist vorab festzustellen, worauf sich bei der VTA das in Art. 11 Abs. 1 FMG genannte Kriterium der Marktbeherrschung bezieht. Sodann stellt sich die Frage, ob allenfalls bezüglich der Verrechnung von Primäranschlüssen ein separater Markt abgegrenzt werden muss. Die Zugangsform, welche die Gesuchstellerin vorliegend nachfragt, ist diejenige der Verrechnung von Teilnehmeranschlüssen des Festnetzes. Die Gesuchsgegnerin scheint diesbezüglich zu verkennen, dass die Gesuchstellerin nicht Zugang zu den Primäranschlüssen verlangt, die von der Gesuchsgegnerin angeboten werden. Weil die Marktbeherrschung nicht eine Eigenschaft eines Unternehmens an sich ist, sondern sich auf dessen Marktmacht in einem bestimmten Dienste-Markt bezieht (vgl. Botschaft zur Änderung des Fernmeldegesetzes (FMG) vom 12. November 2003, BBl 2003 7951, S. 7972), bezieht sich die Frage der Marktbeherrschung bei VTA auch auf das Verrechnen von Teilnehmeranschlüssen des Festnetzes, also auf die vorliegend nachgefragte Zugangsform und nicht auf den Markt der Teilnehmeranschlüsse. Es kann deshalb schon aus diesem Grunde nicht zutreffen, dass die Weko ihren Gutachtensauftrag nicht erfüllt habe, wie dies die Gesuchsgegnerin in ihrer Stellungnahme vom 8. Dezember 2008 moniert. Die Gesuchsgegnerin unterliegt einem Irrtum, wenn sie vorbringt, die Marktstellung sei ausschliesslich hinsichtlich Primäranschlüssen zu beurteilen, weil sie nur bei diesem Anschlusstyp eine marktbeherrschende Stellung bestreite. Bestreitet die Gesuchsgegnerin VTA anbieten zu müssen, so ist die Marktstellung bezüglich VTA zu untersuchen und nicht bezüglich Primäranschlüsse. Insoweit kann keine Rede davon sein, dass die Weko die strittige und zu begutachtende Frage „elegant umschiffte“ habe, wie dies die Gesuchsgegnerin in ihrer Stellungnahme vom 8. Dezember 2008 vorbringt. Die diesbezügliche Kritik der Gesuchsgegnerin beruht auf einer falschen Auslegung der fernmelderechtlichen Zugangsordnung, welche entgegen den Behauptungen der Gesuchsgegnerin für die Feststellung einer Angebotspflicht im Rahmen eines Zugangsverfahrens nach Art. 11 FMG durchaus relevant ist. Folgerichtig lautete der Gutachtensauftrag auf Klärung der Marktverhältnisse bei der Verrechnung von Primäranschlüssen, und nicht auf diejenige bei Primäranschlüssen. Entsprechend kam die Weko in ihrem Gutachten vom 3. Juni 2008 auch zum Schluss, die Gesuchsgegnerin sei betreffend das Verrechnen von Teilnehmeranschlüssen als marktbeherrschende Anbieterin gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG zu qualifizieren. Im Weiteren behauptet die Gesuchsgegnerin in diesem Zusammenhang, dass die in Art. 11 Abs. 1 FMG genannten Zugangsformen nicht identisch sein könnten mit den relevanten Märkten im Sinne von Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (VKU; SR 251.4). Warum dem so sein sollte, kann sie allerdings nicht darlegen. Insbesondere ist dabei zu beachten, dass gemäss Art. 11 Abs. 3 VKU der sachliche Markt alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden, umfasst. Bei VTA sind

Marktgegenseite zweifelsohne die Fernmeldedienstanbieterinnen, welche Anschlüsse der Gesuchsgegnerin ihrer CPS-Kundschaft verrechnen wollen. Dagegen bilden Marktgegenseite insbesondere nicht Endkundinnen und Endkunden, die um Primäranschlüsse nachfragen. Es ist deshalb auch in keiner Weise nachvollziehbar, warum die Weko rechtsfehlerhaft gehandelt haben sollte,

21/66

wenn sie von einem Markt der Verrechnung im Sinne von Art. 11 Abs. 1 FMG ausgegangen ist. Warum es sodann sinnvoll sein sollte, die Zugangsform VTA nicht als integrale Einheit zu beurteilen, wie die Gesuchsgegnerin dies unter Verweis auf BGE 132 II 257, E. 5.2 S. 273 vorbringt, wird von ihr nicht begründet. Zwar ist ihr zuzustimmen, dass zu prüfen ist, ob separate Märkte abzugrenzen sind, und dass dabei die Möglichkeit zur Preisdifferenzierung nach Kundengruppen eine wichtige Rolle spielt. Bezieht man das Kriterium der Marktbeherrschung jedoch richtigerweise auf die Verrechnung von Anschlüssen und nicht auf deren Angebot, so wird offensichtlich, dass der Markt einheitlich zu betrachten ist. Massgebend ist nämlich, dass nur die Inhaberin ihre Anschlüsse verrechnen kann, wobei es irrelevant ist, um welche Art von Anschlüssen es sich handelt. Im Lichte dieser Ausführungen ist denn auch das Vorbringen der Gesuchsgegnerin zu qualifizieren, nach welchem die Weko „quasi stellvertretend für die Instruktionsbehörde“ den rechtserheblichen Sachverhalt nicht erhoben habe. Der rechtserhebliche Sachverhalt betrifft vorliegend die Verrechnung von Primäranschlüssen und nicht deren Angebot. Dies haben die Weko und die Instruktionsbehörde im Gegensatz zur Gesuchsgegnerin richtig erkannt. Aus diesem Grund wurden anlässlich der Marktbefragung denn auch die Mitbewerberinnen der Gesuchsgegnerin befragt und nicht die an Primäranschlüssen interessierte Endkundschaft. Die diesbezügliche Kritik der Gesuchsgegnerin in ihrer Stellungnahme vom 8. Dezember 2008 ist deshalb haltlos. Wie unter Ziff. 3.1 dargelegt, setzt der Bezug der Zugangsform VTA notwendigerweise voraus, dass auf einem Teilnehmeranschluss CPS geschaltet ist. Dies bedeutet, dass VTA systembedingt nur dann in Frage kommen kann, wenn sich bei einem Endkunden Dienstanbieterin und Anschlussinhaberin unterscheiden. Die Verrechnung des Anschlusses kann sodann nur von der Inhaberin des Anschlusses angeboten respektive gewährt werden. Es ist logisch ausgeschlossen, dass eine Drittanbieterin Zugang zur Verrechnung von Anschlüssen der Gesuchsgegnerin gewähren würde. Daraus folgt, dass im Bereich der Verrechnung von Teilnehmeranschlüssen des Festnetzes jede Anschlussinhaberin an sich für die Verrechnung ihrer Teilnehmeranschlüsse marktbeherrschend ist. Diese Ansicht wird auch von der Weko in ihrem Gutachten vom 3. Juni 2008 vertreten. Die Weko führt darin unter dem Titel B.1.1.1.1. „Wholesale-Markt“ aus, dass bei der VTA Marktgegenseite Fernmeldedienstanbieterinnen seien, welche neben dem Anbieten von Sprachtelefoniedienstleistungen basierend auf CPS den Endkunden nur eine Rechnung stellen, respektive eine zusätzliche Rechnungsstellung durch die Gesuchsgegnerin vermeiden möchten. Zu dieser Dienstleistung existieren systembedingt und aufgrund der fernmelderechtlichen Rahmenbedingungen grundsätzlich keine Substitutionsmöglichkeiten, da CPS nur von der Gesuchsgegnerin angeboten werde. Dazu ist präzisierend zu bemerken, dass gemäss Art. 28 Abs. 4 FMG alle Anbieterinnen von Fernmeldediensten verpflichtet sind, CPS anzubieten. Die von der Instruktionsbehörde durchgeführte Marktbefragung hat jedoch ergeben, dass CPS ausschliesslich von der Gesuchsgegnerin angeboten respektive bezogen wird, während die Gesuchsgegnerin selber keine CPS- und folglich auch keine

VTA-Endkunden hat. Die Aussage der Weko ist vor diesem Hintergrund zu werten. Das Gutachten der Weko vom 3. Juni 2008 äussert sich im Weiteren auch zu Fragen des Endkundenmarktes. Im vorliegenden Fall erscheint jedoch fraglich, inwiefern bei der VTA überhaupt ein die Gesuchsgegnerin disziplinierender Endkundenmarkt identifiziert werden könnte. Ein mit VTA vergleichbares Angebot gibt es auf dem Retailmarkt jedoch nicht. Diese Meinung vertritt eigentlich auch die Gesuchsgegnerin in ihrer Stellungnahme vom 8. Dezember 2008, allerdings aus anderen Gründen. Sie führt aus, die im Gutachten der Weko vorgenommene Unterteilung in einen Wholesale- und einen Retailmarkt sei unreflektiert und nicht sachgerecht. Die Abgrenzung eines Wholesalemarktes für die Rechnungsstellung an die Endkunden gehe im Gutachten mit einer wenig realitätsnahen Darstellung der Wettbewerbsverhältnisse einher und es führe zu weit, einen Markt abzugrenzen, der im Wesentlichen im Versand einer Rechnung für den Festnetzanschluss bestehe und VTA könne schwerlich als Gut im Sinne der VKU verstanden werden. Die vom Endkunden nachgefragte Leistung bestehe vielmehr im Anschluss und zu klären sei, ob eine markt-

22/66

beherrschende Stellung auf dem sachlich relevanten Anschlussmärkten bestehe. Wie vorne dargelegt ist dem jedoch nicht so. Bezüglich der Vorhaltung, die Weko sei fälschlicherweise davon ausgegangen, es handle sich bei VTA um einen Wiederverkauf und nicht um eine Weiterverrechnung wird auf die Ausführungen unter Ziff. 5.1 verwiesen. An dieser Stelle reicht der Hinweis aus, dass der massgebende Art. 60 Abs. 2 FDV weder das Eine noch das Andere statuiert. In ihren Antworten vom 7. April 2008 zum Fragebogen, den die Instruktionsbehörde zur Klärung der Marktverhältnisse versandte, hat die Gesuchsgegnerin zudem ausgeführt, dass nur bei einer sehr geringen Zahl ihrer Primäranschlüsse CPS aufgeschaltet ist. Sie schliesst daraus, dass bei Primäranschlüssen offenbar kein Bedarf nach CPS und damit auch nicht nach VTA bestehe. Demgegenüber sei der Anteil an CPS-Schaltungen bei den analogen und den digitalen Basisanschlüssen doch höher, weshalb davon auszugehen sei, dass andere Anbieterinnen Geschäftskunden praktisch immer alternativ erschliessen würden. Wenn aber weder CPS noch VTA irgendwelche Marktrelevanz hätten, könne die Gesuchsgegnerin per se auch über keine marktbeherrschende Stellung verfügen, welche Voraussetzung für eine Verpflichtung zur Gewährung der VTA bei Primäranschlüssen wäre. Dem ist zu widersprechen. Für die Frage der Angebotspflicht massgebend ist einzig das Vorliegen von Marktbeherrschung. Hingegen wird nicht verlangt, dass eine bestimmte Nachfrage nach einer Zugangsform besteht. Die Gesuchsgegnerin hat bei nachgewiesener Marktbeherrschung selbst dann ein Angebot zu machen, wenn VTA bei Primäranschlüssen praktisch nicht nachgefragt wird. Nur am Rande sei deshalb bemerkt, dass es etwas erstaunt, wenn die Gesuchsgegnerin sich weigert, Primäranschlüsse verrechnen zu lassen und behauptet, für deren Verrechnung gebe es keinen Bedarf. Denn wenn es keinen Bedarf dafür gäbe, müsste die Gesuchsgegnerin ja auch nicht fürchten, dass jemand von ihrem Angebot Gebrauch machen könnte.

E. 3.2.4

Fazit Bei VTA bilden Marktgegenseite Fernmeldedienstanbieterinnen, die neben dem Anbieten von Sprachtelefoniedienstleistungen basierend auf CPS den Endkunden nur eine Rechnung stellen, respektive eine zusätzliche Rechnungsstellung durch die Gesuchsgegnerin vermeiden möchten. Zu dieser Dienstleistung existierten systembedingt

keine Substitutionsmöglichkeiten, da VTA nur von der Anschlussinhaberin angeboten werden kann. Dies bedeutet, dass jede Anschlussinhaberin im Bezug auf ihre Anschlüsse bei VTA marktbeherrschend ist und VTA anzubieten hat. VTA ist als Endkunden- produkt nicht denkbar, weshalb diesbezüglich auch kein Endkundenmarkt abgegrenzt werden könnte. Nicht relevant ist bei der Frage der Marktbeherrschung und einer damit verbundenen Angebotspflicht gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. c FMG der Markt für verschiedene Anschlusstypen.

E. 4

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

E. 4.1

Kostennachweis in formeller Hinsicht

E. 4.1.1

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 ComCom- Verordnung erlassen (SR 784.101.112/3), welcher für die Preisfestlegung ab dem Jahr 2007 zur Anwendung gelangt. Die darin enthaltenen Anforderungen legen unter anderem fest, dass die marktbeherrschende Fernmeldediensteanbieterin 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. 4.1.2

Einleitende Bemerkung Die Gesuchsgegnerin hat den formellen Kostennachweis für einen Teil der vorliegend strittigen Dienste zusammen mit anderen Zugangsdiensten in einem gemeinsamen Kostennachweis erbracht. Die Aktivierung, Deaktivierung und Modifizierung des Merkmals VTA (nachfolgend Dienstgruppe B genannt) sind Bestandteil dieses gemeinsamen Kostennachweises und werden von der Gesuchsgegnerin mit Hilfe des Kostenmodells Cosmos berechnet (vgl. dazu unten Ziff. 4.1.4 und 6). Den Kostennachweis für den monatlich wiederkehrenden Preis für die Verrechnung des Teilnehmeranschlusses (nachfolgend Dienstgruppe A genannt) führt sie hingegen in Exceltabellen, also unabhängig von ihrem Kostenmodell. Dies ist darauf zurückzuführen, dass Art. 60 FDV für die kostenorientierte Preisgestaltung des monatlich wiederkehrenden Preises für die VTA gegenüber den anderen Zugangsformen respektive gegenüber Art. 54 Abs. 2 FDV unterschiedliche rechtliche Anforderungen vorsieht.

E. 4.1.3

Dienstgruppe A (Exceltabellen) Die Dienstgruppe A umfasst die monatlich wiederkehrenden Preise, welche die alternativen Fernmeldediensteanbieterinnen der Gesuchsgegnerin bezahlen müssen, wenn sie ihren CPS-Kunden die Rechnung für den Teilnehmeranschluss selbst zustellen wollen. Den Kostennachweis für die Dienstgruppe A, erbringt die Gesuchsgegnerin mittels Exceltabellen. Darin werden die entsprechenden Mehr- und Minderkosten aufgelistet sowie addiert respektive subtrahiert. Nebst der Kostenaddition respektive –subtraktion werden die einzelnen Kostenpositionen zudem in zusätzlichen Tabellenblättern hergeleitet oder mittels ergänzender Eingaben belegt. Unter

diesen finden sich beispielsweise Verträge über Inkassodienstleistungen oder die Versandkonditionen sowie Dienstleistungsverträge über den Betrieb der Verrechnungssysteme. Im Rahmen des Instruktionsverfahrens wurde die Gesuchsgegnerin mehrmals aufgefordert der Instruktionsbehörde weitere Informationen einzureichen. Insbesondere hatte sie alle Kostenstellen, die mit Retailaktivitäten im Bereich Festnetz verbunden sind darzulegen (vgl. dazu unten Ziff. 5.3.1 sowie betreffend die Beurteilung der anzuwendenden Methodik Ziff. 5.1.).

24/66

E. 4.1.4

Dienstgruppe B (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 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:

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

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

25/66

– 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 entweder aus Ressourcen, aus Ressourcen und Komponenten oder aus Komponenten, bestehend aus darunter liegenden Wertschöpfungsblöcken, zusammen. Man kann sie 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 Ressource) 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]). 3. Kalkulation: Verteilung der Kosten nachfragegetrieben auf die Kostenträger.

E. 4.1.5

Beurteilung des Kostennachweises in formeller Hinsicht In formeller Hinsicht beruht der Kostennachweis für die Preise der Dienstgruppe A auf einer geeigneten Vorgehensweise. Die Schritte der Berechnung der von der Gesuchsgegnerin geltend gemachten Preise können in den Exceltabellen ohne Probleme nachvollzogen werden, da alle relevanten Ver-

26/66

knüpfungen ersichtlich sind. Die Gesuchsgegnerin hat für die Dienstgruppe A den Nachweis der Kostensorientiertheit in formeller Hinsicht erbracht. Zur formellen Beurteilung des Kostennachweises der Preise der Dienstgruppe B 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 eigener Modellrechnungen. Dabei zeigte sich, dass die Gesamtkanalisationlänge in Cosmos unter dem Wert aus den Berechnungen der Instruktionsbehörde zu liegen kam. Dieser Befund liess darauf schliessen, dass die Algorithmen im Kostenmodell der Gesuchsgegnerin ein vernünftiges Mengengerüst berechnen. 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. Im Weiteren stellte sich in umfassenden und vielfältigen Analysen heraus, dass das Kostenmodell eine geeignete Allokation der gemeinsamen Kosten auf die verschiedenen Kostenträger vornimmt. Begleitet wurde die Überprüfung des Kostenmodells von insgesamt fünf Instruktionstreffen. In diesen erhielt die Gesuchsgegnerin 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. Insgesamt kommt die verfügende Behörde zum Schluss, dass das Kostenmodell Cosmos grundsätzlich ein ausreichend präzises Rechenmodell zum Nachweis der kostenorientierten Preisgestaltung der regulierten Dienste darstellt. Zusammenfassend kann deshalb festgehalten werden, dass die Gesuchsgegnerin den Nachweis der Kostenorientiertheit in formeller Hinsicht auch für die Dienstgruppe B 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. 4.2

Kostennachweis in materieller Hinsicht

E. 4.2.1

Gesetzliche Grundlagen Das Fernmeldegesetz schreibt in Art. 11 Abs. 1 Bst. c FMG vor, dass marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen unter anderem die Verrechnung von Teilnehmeranschlüssen des Festnetzes ermöglichen muss. Im Gegensatz zu den übrigen Zugangsformen ergeben sich die Elemente und Grundsätze einer kostenorientierten Preisgestaltung für die Preise der Dienstgruppe A nicht aus Art. 54 sondern aus Art. 60 FDV. Die Festsetzung der Preise für die Verrechnung des Teilnehmeranschlusses hat demnach entsprechend der folgenden gesetzlichen Vorgabe zu erfolgen:

Der kostenorientierte Preis im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 FMG errechnet sich für diesen Dienst, indem der tatsächlich von der marktbeherrschenden Anbieterin verlangte Preis für einen Teilnehmeranschluss anteilig: a. um diejenigen Kosten reduziert wird, welche die marktbeherrschende Anbieterin hat, weil sie den Teilnehmeranschluss allen ihren Kundinnen und Kunden verrechnet; und b. um diejenigen Kosten erhöht wird, die sie durch die Verrechnung der Teilnehmeranschlüsse an die anderen Anbieterinnen hat. Die kostenorientierte Preisgestaltung der Preise der Dienstgruppe B hat demgegenüber nach den in Art. 54 FDV festgehaltenen Kriterien zu erfolgen, die auch für die übrigen Dienstleistungen im Zugangsbereich Geltung haben: 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

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. 4.2.2

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.).

28/66

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 so- mit nicht nach den tatsächlichen, historischen Kosten der marktbeherrschenden Anbieterin, sondern nach denjenigen einer effizienten Leistungsbereitstellung unter wirksamem Wettbewerb. Für die Preisbestimmung 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. 4.2.3

Berechnung der Kosten auf aktueller Basis (Forward Looking) Grundsätzlich ist bei der Überprüfung des Kostennachweises eine zukunftsbezogene Sichtweise einzunehmen (Forward Looking). Das bedeutet, dass ein gemäss LRIC-Methodik anzunehmender hypothetischer Markteintreter in kürzester Zeit die gesamte benötigte Infrastruktur effizient aufbaut und effizient betreibt. 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. Das Modell der bestreitbaren Märkte simuliert den plötzlichen Markteintritt einer alternativen Anbieterin mit eigener Infrastruktur.

29/66

E. 4.2.4

Markt- und branchenübliche Vergleichswerte Die Gesuchstellerin bringt vor, die Gesuchsgegnerin behauptete fälschlicherweise, dass der von ihr gewährte Abschlag von 2% nicht mit den Werten in anderen europäischen Ländern verglichen werden könne, da dort nicht wie in der Schweiz die Wiederverrechnung (Rebilling), sondern der Wiederverkauf (Reselling) des Teilnehmeranschlusses angeboten werde. Dies sei zwar zutreffend, lasse aber nicht den Schluss zu, dass Abschläge aufgrund von Kosteneinsparungen durch den Wiederverkauf nicht mit dem von der Gesuchsgegnerin gewährten Abschlag für die Wiederverrechnung vergleichbar seien. Das Einsparungspotenzial für die Ursprungsanbieterin sei beim Wiederverkauf ähnlich hoch wie bei der Wiederverrechnung, da die Kundenbeziehung in beiden Fällen – wenn nicht rechtlich, so doch faktisch – zur neuen Anbieterin wechsele. Ein Vergleich der Retail-Minus-Abschläge in Europa zeige, dass diese wesentlich höher seien als die von der Gesuchsgegnerin offerierten 2%. Die Gesuchsgegnerin beharrt auf ihrem Standpunkt, dass sich aufgrund des in der Schweiz geltenden Rebilling-Systems keine Vergleiche mit dem benachbarten Ausland ziehen liessen. Überdies bezweifelte sie, dass sich aus den beiden Systemen das gleiche Einsparungspotenzial ergeben würde, da Rebilling kein Wertschöpfungsvorgang sei. Wie nachfolgend unter Ziff. 5.1 ausgeführt, basiert die Kostenorientierung von Preisen gemäss Art. 60 FDV auf einem Retail-Minus-Prinzip und sie hat in diesem Sinne nichts mit Reselling respektive Rebilling zu tun, weshalb diese Diskussion zwischen den Parteien auch nicht bedeutsam sein kann. Im Zusammenhang mit der Frage nach markt- oder branchenüblichen Preisen ist vielmehr relevant, dass der verpflichteten Anbieterin ein Anspruch zukommt, für die von ihr angebotenen Preise für Zugangsleistungen den Nachweis der Kostenorientiertheit zu erbringen, und gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Preise nur dann aufgrund sog. Benchmarks verfügt werden, wenn die Regulierungsbehörde den Kostennachweis (in formeller Hinsicht) als nicht erbracht erachtet. Diese Vorgehensweise ist ausdrücklich in Art. 74 Abs. 3 FDV vorgesehen. Wie oben unter Ziff. 4.1.5 dargelegt, ist die Gesuchsgegnerin ihrer Beweisführungspflicht bezüglich formellem Kostennachweis jedoch nachgekommen, so dass eine Preisfestlegung direkt gestützt auf markt- und branchenübliche Vergleichswerte ausgeschlossen ist. Dies muss jedoch nicht bedeuten, dass repräsentative Vergleichswerte anderer Länder nicht zur Plausibilisierung der festgesetzten Preise berücksichtigt werden dürften (vgl. das Urteil des Bundesgerichts 2A.507/2006 vom 15. Januar 2007; E. 6.4.1).

E. 4.2.5

Beurteilung des Kostennachweises in materieller Hinsicht Nach Überprüfung des Kostennachweises in materieller Hinsicht hat die ComCom in einigen Bereichen Anpassungsbedarf ermittelt. In den nachfolgenden Kapiteln wird für die zu beurteilenden Preise der beiden Dienstgruppen gesondert 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.

5 Kostenüberprüfung der Verrechnung des Teilnehmeranschlusses

E. 5

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

E. 5.1

Methodisches Vorgehen Im Gegensatz zu den sonst im Rahmen der Zugangsverfahren zu überprüfenden und festzusetzenden Preisen kommt beim monatlichen VTA-Preis nicht die so genannte LRIC-Methode zur Anwendung (vgl. Ziff. 4.2.1). Dieser Preis errechnet sich gemäss den fernmelderechtlichen Vorgaben in Art. 60 Abs. 2 FDV vielmehr insofern, als der tatsächlich von der Gesuchsgegnerin verlangte Preis für einen Teilnehmeranschluss anteilig um diejenigen Kosten reduziert wird, welche die Gesuchsgegnerin hat,

30/66

weil sie den Teilnehmeranschluss allen ihren Kundinnen und Kunden verrechnet (Minderkosten), und um diejenigen Kosten erhöht wird, die sie durch die Verrechnung der Teilnehmeranschlüsse an die anderen Anbieterinnen hat (Mehrkosten):
Monatlicher VTA-Preis = monatlicher Anschlusspreis – Minderkosten + Mehrkosten = monatlicher Anschlusspreis – Nettoeinsparung

Die Gesuchsgegnerin macht in ihrer Eingabe vom 9. November 2007 geltend, dass sich die gemäss Art. 60 Abs. 2 FDV zu veranschlagenden Minderkosten nicht darauf beziehen dürften, dass die angebotspflichtige Anbieterin sämtlichen ihren Anschlusskunden keine Rechnungen mehr stellen müsste. Ein solches Vorgehen würde aufgrund von Skaleneffekten bei der Rechnungsstellung zu einer strukturellen Kostenunterdeckung führen und stünde deshalb im Widerspruch zu Art. 11 Abs. 1 FMG. Da Art. 60 Abs. 2 lit. a FDV einer gesetzlichen Grundlage entbehre, sei die Bestimmung entsprechend den Grundsätzen der akzessorischen Normenkontrolle bei der Bestimmung des Preises nicht anzuwenden. Die Gesuchsgegnerin verlangt, dass nur diejenigen Kosten als Minderkosten zu berücksichtigen seien, welche sie einsparen könne, weil eine andere Anbieterin der VTA-Endkundschaft Rechnung stelle. Aus diesem Grund stellt die Gesuchsgegnerin den Hauptantrag, den von ihr als X-Faktor bezeichneten Abschlag auf dem Preis für den Teilnehmeranschluss auf 2% festzulegen. Für den Fall, dass die verfügende Behörde zum Schluss komme, Art. 60 Abs. 2 FDV sei wörtlich anzuwenden, so stellt sie den Eventualantrag auf Festlegung eines Abschlages von 3.45%. In ihrer Schlussstellungnahme vom 5. Dezember 2008 führt die Gesuchstellerin aus, die in Abzug zu bringenden Kosten seien im Bezug auf alle Teilnehmeranschlüsse zu bestimmen. Eine reine Wholesale-Betrachtung würde gewährleisten, dass alternative Anbieterinnen gegenüber Unternehmenseinheiten der Gesuchsgegnerin nicht benachteiligt würden, indem sie deren Retail-Geschäft mitfinanzierten. Hinsichtlich einer allfälligen strukturellen Kostenunterdeckung bringt die Gesuchstellerin im Weiteren vor, die verwendete Kostenfunktion sei zur Illustration der Kostenunterdeckung nicht ansatzweise begründet. Vielmehr widerspreche sich die Gesuchsgegnerin, wenn sie für die Berechnung des Abzuges eine konkave Kostenfunktion postuliere, die beantragten Abschläge jedoch konvexe Kostenfunktionen implizieren würden. Schliesslich gebe es keine triftigen Gründe, CPS-Kunden als „letztes“ Inkrement zu behandeln und durch diese Wahl die geringen Kosteneinsparungen im flachen Teil der Kostenkurve zu erklären. Aufgrund der Argumentation der Gesuchsgegnerin ist vorliegend vorab die Frage nach dem korrekten gesetzlichen Vorgehen zur Berechnung der nach Art. 60 FDV relevanten Minderkosten respektive nach dem richtigen Rechtssinn dieser Verordnungsbestimmung zu beantworten. Diese Auslegung ist im Sinne eines Methodenpluralismus nach den gängigen Auslegungstechniken vorzunehmen, wobei Ausgangspunkt der Wortlaut der Bestimmung bildet und keinem der verschiedenen Auslegungselemente a priori der Vorzug zu geben wäre (vgl. PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, a.a.O., § 25 Rz. 3). Gemäss Art.

60 Abs. 2 Bst. a FDV ist der kostenorientierte Preis um diejenigen Kosten zu reduzieren, welche die marktbeherrschende Anbieterin hat, weil sie den Teilnehmeranschluss allen ihren Kundinnen und Kunden verrechnet. Dieser Wortlaut ist auf den ersten Blick klar, bedarf jedoch betreffend der Frage, welcher Teilnehmeranschluss gemeint ist, einer Präzisierung. Da der Dienst VTA eine geschaltete CPS zwingend voraussetzt (Art. 60 Abs. 3 FDV), kann er sich nur auf die Sprachtelefonie beziehen und somit können in Art. 60 Abs. 2 FDV mit Teilnehmeranschluss auch nur Sprachtelefonieanschlüsse gemeint sein. Dies hat die Instruktionsbehörde verkannt, als sie den Preisüberwacher mit Schreiben vom 20. Oktober 2008 über die festzusetzenden Preise orientiert hat. Da von Art. 60 Abs. 2 FDV nur Sprachtelefonieanschlüsse erfasst sind, ist zu berücksichtigen, dass der angebotspflichtigen Anbieterin auch Kosten bezüglich der Verrechnung von Breitbanddiensten erwachsen können (vgl. unten Ziff. 5.3.1).

31/66

Nach der Praxis des Bundesgerichts ist die rechtsanwendende Behörde in der Regel an den klaren und unzweideutigen Wortlaut einer Bestimmung gebunden. Abweichungen davon erklärt das höchste Gericht jedoch als zulässig oder sogar geboten, wenn triftige Gründe zur Annahme bestehen, dass der klare Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Sinn und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben. Eine Abweichung vom Wortlaut kann ferner dann angezeigt sein, wenn die wörtliche Auslegung zu einem Ergebnis führen würde, das der Gesetzgeber nicht gewollt haben kann (vgl. BGE 124 III 266 E. 4 S. 268). Im entstehungsgeschichtlichen Kontext äussert sich insbesondere der Erläuterungsbericht zur FDV vom 9. März 20072 zur von Art. 60 Abs. 2 FDV vorgesehenen Berechnungsmethode: „Die marktbeherrschende Anbieterin zieht von ihrem effektiv verlangten Teilnehmeranschlusspreis gemäss dem Retail-Minus-Prinzip anteilig die ihr ersparten aktuellen Kosten ab, die sie nicht mehr hätte, wenn sie die Verrechnung des Teilnehmeranschlusses allen ihren Kundinnen und Kunden nicht mehr anbieten würde. Die zusätzlichen Kosten, die ihr aufgrund der Erbringung eines Wholesale-Angebots für die Verrechnung des Teilnehmeranschlusses entstehen, darf sie entsprechend Artikel 54 (LRIC, MEA, Effizienz, etc.) verrechnen.“ Mithin zeigt auch ein Blick in die Materialien, dass der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, dass die aktuellen Kosten, die die marktbeherrschende Anbieterin nicht mehr zu tragen hätte, wenn sie die Rechnungsstellung nicht mehr selbst erledigen würde, auf alle Anschlüsse aufzuteilen sind. In systematischer und teleologischer Hinsicht ist insbesondere die Bestimmung von Art. 11 Abs. 1 FMG zu beachten, welche das Fundament der gesetzlich vorgesehenen fernmelderechtlichen Zugangsgewährung bildet. Diese Grundnorm statuiert neben der Massgabe der Kostenorientiertheit auch diejenigen der Transparenz sowie der Nichtdiskriminierung. Mit VTA wird bezweckt, dass der CPS-Kundschaft nur noch eine Rechnung zugestellt wird, womit der direkte Kontakt zwischen der Anschlussinhaberin und der Endkundschaft unterbunden wird (vgl. oben Ziff. 3.1). Der Gesuchstellerin ist beizupflichten, wenn sie in ihrer Stellungnahme vom 5. Dezember 2008 vorbringt, dass die methodische Umsetzung dieses Zieles gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG insbesondere auch vor dem Hintergrund des in Art. 52 FDV statuierten Nichtdiskriminierungsgebots zu erfolgen habe. In dieser Bestimmung wird verlangt, dass keine andere Anbieterin schlechter gestellt werden darf als Geschäftseinheiten, Tochterfirmen oder andere Partnerinnen der marktbeherrschenden Anbieterin. In diesem Zusammenhang ist der Argumentation der

Gesuchsgegnerin, wonach Art. 60 Abs. 2 FDV zu einer strukturellen Kostenunterdeckung führe, entgegenzuhalten, dass allfällige Skaleneffekte nicht nur in ihrer Verrechnungsabteilung, sondern auch in denjenigen von alternativen Anbieterinnen auftreten würden. Aufgrund der kleineren Anzahl in Rechnung gestellter Anschlüsse wäre zudem davon auszugehen, dass es bei Letzteren zu einer deutlich grösseren strukturellen Kostenunterdeckung kommen würde als dies bei der Gesuchsgegnerin der Fall sein könnte. Diese kann zudem auch nicht behaupten, dass die Differenz zwischen den Preisen für die Teilnehmeranschlüsse und den Kosten der Rechnungsstellung den tatsächlichen Kosten der Teilnehmeranschlüsse entsprechen und somit keinen Spielraum zur Kompensation höherer Verrechnungskosten bieten würde. In diesem Zusammenhang kann insbesondere davon ausgegangen werden, dass die Gesuchsgegnerin bei seit 1995 praktisch gleich bleibendem Preis für den sprachtelefoniefähigen Teilnehmeranschluss bereits deutliche Einsparungen bei den Kosten der Rechnungsstellung erzielen konnte. So konnte sie durch die Einführung von zweimonatlichen und elektronischen Rechnungen zweifelsohne die Porto- und Druckkosten reduzieren. Auch die Verrechnungssysteme sind, folgt man dem allgemeinen Preistrend der Informationstechnologie, kostengünstiger geworden. Dieses Sparpotential konnte die Gesuchsgegnerin also bereits realisieren. Da in der Vergangenheit keine Preissenkungen bei den Teilnehmeranschlüssen beobachtet werden konnten, kann davon ausgegangen werden, dass sich die Gewinnmarge der Gesuchsgegnerin auf

2 Abrufbar unter

<http://www.bakom.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00512/00871/index.html>, S. 23.

32/66

dem Teilnehmeranschluss erhöht hat. Dies umso mehr, als dass die Kosten der Gesuchsgegnerin für einen Sprachtelefonanschluss ohne Rechnungsstellung wohl unter zwanzig Franken zu liegen kommen. Diesen Schluss lässt immerhin ein Vergleich mit dem kostenorientierten Preis für eine vollständig entbundene Teilnehmeranschlussleitung (TAL) zu. Bei diesem Vergleich ist zu berücksichtigen, dass bei einem Sprachtelefonanschluss zwar sprachtelefonspezifische Kosten hinzukommen. Andererseits dürfen die Kosten von TAL aber nicht vollständig auf den Sprachtelefonanschluss abgewälzt werden, weil über die vollständig entbundene Teilnehmeranschlussleitung nicht nur Sprach- sondern beispielsweise auch Breitbanddienste angeboten werden können. Der Preis für TAL hat damit Gemeinkostencharakter und wird auf mehrere Dienste umgelegt. Auch die Gesuchsgegnerin selber hat im Verfahren bezüglich die Bedingungen von TAL darauf hingewiesen, dass zwischen dem Preis für den Teilnehmeranschluss im Sinne von Art. 22 FDV und dem kostenorientierten Preis für die vollständig entbundene Teilnehmeranschlussleitung kein direkter Zusammenhang besteht. Aus all diesen Gründen ist fraglich, ob es bei der Gesuchsgegnerin überhaupt zu einer strukturellen Kostenunterdeckung kommen könnte. Demgegenüber stellt der Preis, den alternative Anbieterinnen der Gesuchsgegnerin für VTA bezahlen, für diese tatsächliche Kosten dar. Sie müssen die Kosten der Verrechnung mit der Differenz zwischen dem VTA Preis und dem von der Gesuchsgegnerin verlangten Endkundenpreis decken. Dabei haben sie grundsätzlich die gleichen Fixkosten wie die Gesuchsgegnerin zu tragen. Zudem fallen bei ihnen mit grosser Wahrscheinlichkeit höhere variable Kosten an, weil eine kleinere Anzahl von in Rechnung gestellten Anschlüssen zu tieferen Rabatten beispielsweise bei Druckkosten oder Porto führt. Dadurch kommen ihre Durchschnittskosten über denjenigen der Gesuchsgegnerin zu liegen. Vor dem Hintergrund des Nichtdiskriminierungsgebotes erscheint die

Argumentation der Gesuchsgegnerin, Art. 60 Abs. 2 FDV führe bei ihr zu einer strukturellen Unterdeckung, verfehlt. Die Gesuchsgegnerin ist gegenüber der Gesuchstellerin in keiner Weise benachteiligt. Vielmehr sorgt die von Art. 60 Abs. 2 FDV vorgegebene Methode dafür, dass in Bezug auf die Kosten der Rechnungsstellung für beide Parteien die gleichen Rahmenbedingungen herrschen, was wiederum den Anforderungen von Art. 52 FDV Rechnung trägt. Methodisch wird durch Art. 60 Abs. 2 FDV eine Situation simuliert, in welcher die Rechnungsabteilungen aller Fernmeldediensteanbieterinnen, also auch diejenige der Gesuchsgegnerin, die gleiche Ausgangslage zur Rechnungsstellung an die Kundinnen und Kunden vorfinden. Insbesondere haben sie den gleichen Spielraum pro Anschluss, um die Kosten der Rechnungsstellung decken zu können. In diesem Zusammenhang ist der Gesuchsgegnerin auch zuzustimmen, dass mit der Einführung der VTA nicht beabsichtigt wurde, den alternativen Anbieterinnen eine Marge einzuräumen. Allerdings gilt dies nicht nur bezüglich einer nachfragenden, sondern auch gegenüber einer angebotspflichtigen Anbieterin. Die fernmelderechtliche Grundordnung will symmetrische Rahmenbedingungen für die am Wettbewerb teilnehmenden Unternehmen schaffen und nicht deren Gewinne umverteilen. Es kann aufgrund dieser Ausführungen deshalb keine Rede davon sein, dass die vorgenommene Auslegung von Art. 60 Abs. 2 FDV zu einem Resultat führe, welches der Gesetzgeber nicht gewollt habe. Es ist vielmehr festzuhalten, dass diese Bestimmung auf der Grundnorm von Art. 11 Abs. 1 FMG basiert und diese sachgerecht umsetzt. Art. 60 Abs. 2 FDV bezieht sich demnach auf alle Sprachtelefonieanschlüsse der Gesuchsgegnerin. Dies bedeutet, dass die Minderkosten den Einsparungen entsprechen, welche die Gesuchsgegnerin realisieren kann, weil sie keine Sprachtelefonieanschlüsse mehr verrechnen muss. Was die Vorbringen der Gesuchsgegnerin betreffend „Reselling“ und „Rebilling“ betrifft, ist anzumerken, dass Art. 60 FDV für die Berechnung des monatlichen VTA-Preises die oben dargestellte Retail-Minus-Methode statuiert, bei welcher vom Retail-Preis bestimmte Kosten abzuziehen (Minderkosten) und andere hinzuzufügen (Mehrkosten) sind. Die von der Gesuchsgegnerin eingeführten Begriffe des „Reselling“ respektive des „Rebilling“ bringen diesbezüglich keinen Nutzen, da Art. 60 Abs. 2 FDV sich weder auf einen so genannten „Reselling-“, noch nach einen „Rebilling“-Ansatz bezieht. Vielmehr verlangt die Bestimmung einzig, dass der tatsächlich von der Gesuchsgegnerin verlangte Preis für einen

33/66

Teilnehmeranschluss anteilig um diejenigen Kosten reduziert wird, welche die Gesuchsgegnerin hat, weil sie den Teilnehmeranschluss allen ihren Kundinnen und Kunden verrechnet (Minderkosten), und um diejenigen Kosten erhöht wird, die sie durch die Verrechnung der Teilnehmeranschlüsse an die anderen Anbieterinnen hat (Mehrkosten). Aus den Materialien ergibt sich zwar, dass der Gesetzgeber offenbar über die Frage von Wiederverkauf oder Verrechnung von Teilnehmeranschlüssen diskutiert hat. Allerdings lässt sich den Materialien im Weiteren nicht entnehmen, worin der Gesetzgeber vor dem Hintergrund des schliesslich beschlossenen Retail-Minus-Prinzips relevante Unterschiede zwischen den beiden Varianten gesehen hat. So ist insbesondere mit Blick auf das von der Gesuchsgegnerin auch in diesem Zusammenhang zitierte Votum von Nationalrat Adrian Amstutz (Amtliches Bulletin NR 2004 1695) nicht vollständig klar, ob die gesetzgeberische Diskussion ganz frei von Missverständnissen war. Dieser führte nämlich Folgendes aus: „ (...) Mit der direkten Verrechnung des Teilnehmeranschlusses können

Wettbewerber der Swisscom ihren Kunden das gesamte Angebot aus einer Hand anbieten. Damit kaufen sie von der Swisscom den Teilnehmeranschluss zu einem staatlich regulierten Preis und verrechnen ihn ihren Kunden weiter. (...)“ Für die Umsetzung von Art. 60 Abs. 2 FDV (vgl. dazu unten Ziff. 5.3) spielt es jedoch keine Rolle, ob man von den von der Gesuchsgegnerin eingebrachten Begriffen ausgeht oder nicht.

E. 5.2

Kostennachweis der Gesuchsgegnerin Die Gesuchsgegnerin erbringt den Kostennachweis für den monatlich wiederkehrenden Preis für VTA in Form von Exceltabellen, also unabhängig von ihrem Kostenmodell Cosmos. Sie hat im Laufe des Verfahrens zwei Versionen eines Kostennachweises eingereicht, welche grundsätzlich unterschiedlichen Methoden folgen. Die erste Version, welche die Gesuchsgegnerin am 3. Oktober 2007 einreichte, trug den in Art. 60 Abs. 2 FDV genannten Anforderungen nicht Rechnung (vgl. oben Ziff. 5.1), da in dieser Version nicht die Gesamtzahl der Sprachtelefonie-Teilnehmeranschlüsse berücksichtigt wurde, sondern die Gesuchsgegnerin gewisse Annahmen zur Anzahl der Anschlüsse getroffen hat, auf denen künftig VTA respektive CPS geschaltet sein könnte. Auf Basis dieser Annahmen hat sie sodann ihre Minderkosten berechnet. Zudem kalkulierte die Gesuchsgegnerin teilweise mit hypothetischen Kosten, obwohl das Gesetz verlangt, tatsächliche vermeidbare Kosten zu berücksichtigen. Der von der Gesuchsgegnerin am 3. Oktober 2007 beigebrachte Kostennachweis ist deshalb grundsätzlich nicht geeignet, die relevanten Kosten belegen zu können. Demgegenüber entspricht die Version vom 5. November 2007 grundsätzlich der von Art. 60 Abs. 2 FDV vorgesehenen Methodik. Die Überprüfung dieses Kostennachweises und die Verifizierung desselben mittels zusätzlich nachgefragter Informationen hat jedoch aufgezeigt, dass zusätzlicher Anpassungsbedarf besteht. Die Anpassungen werden unter nachfolgender Ziffer begründet.

E. 5.3

Anpassungen am Kostennachweis

E. 5.3.1

Überprüfung der Minderkosten Die Gesuchsgegnerin kalkuliert die Minderkosten als Summe der Kapitalkosten und der variablen Betriebskosten des Supportsystems für das Retail-Billing, des Personalaufwands für den Unterhalt des Supportsystems inklusive kalkulatorische Kosten, der Druck- und Portokosten, des Personalaufwands für Kundenbetreuung und Mahnwesen sowie der Kosten für Inkasso. Da der Verordnungsgeber davon ausging, dass sämtliche Teilnehmeranschlüsse der marktbeherrschenden Anbieterin CPS-geschaltet sind, fällt bei der angebotspflichtigen Gesuchsgegnerin kein Retail-Billing im Bereich der Sprachtelefonie mehr an. Gemeinsame Kosten der Verrechnung von Breitbandanschlüssen und Sprachanschlüssen können deshalb nur noch von den Breitbandanschlüs-

34/66

sen getragen werden. Der Anteil der zuvor von den Sprachanschlüssen getragen wurde, ist jedoch Teil der Minderkosten und als solcher auch zu berücksichtigen. Die Kosten der Verrechnung fallen hypothetisch nur noch für die Breitbandanschlüsse an, weil nur noch dieses Produkt direkt den Endkundinnen und -kunden verrechnet wird. Die gemeinsamen Kosten der Rechnungsstellung für alle Teilnehmeranschlüsse sind deshalb im

Kostennachweis zu 70% als Minderkosten in Abzug zu bringen. Dieser Anteil entspricht dem Anteil der sprachtelefoniefähigen PSTN/ISDN-Anschlüsse an der Gesamtzahl der Anschlüsse gemäss Geschäftsbericht 2007 der Gesuchsgegnerin³. Gesamthaft weist die Gesuchsgegnerin 5.288 Mio. Anschlüsse aus, wovon 3.686 Mio. PSTN/ISDN-Anschlüsse und 1.602 Mio. Breitbandanschlüsse sind. Bei der Kostenverteilung auf die beiden Anschlusskategorien ist davon auszugehen, dass die gemeinsamen Kosten von jedem einzelnen Anschluss im gleichen Mass getragen werden. Zudem erfolgt die Rechnungsstellung für die Anschlüsse und die darauf aufbauenden Dienste gleichzeitig und mit nur einer Rechnung pro Anschluss. Eine prozentuale Aufteilung der gemeinsamen Kosten gemäss den vorangehenden Kriterien ist deshalb zweckmässig. Der Kostennachweis der Gesuchsgegnerin entsprach den zuvor in Ziff. 4.1.1 und 5.1 ausgeführten Gesetzesvorgaben nicht vollständig, weshalb die Instruktionsbehörde zusätzliche Informationen zur Plausibilisierung der allozierten Kosten zu der VTA im Vergleich zu den gesamten Retailkosten im Bereich Festnetz des Unternehmens der Gesuchsgegnerin eingeholt hat. Hierbei handelt es sich um eine Auflistung aller Kostenstellen im Zusammenhang mit Retailaktivitäten im Bereich Festnetz mit spezifischer Kennzeichnung der für die VTA relevanten Kostenstellen. Bei der Überprüfung der Angaben wurde festgestellt, dass die Gesuchsgegnerin die gemeinsamen Kosten der Rechnungsstellung der Betriebskostenstellen „Kreditorenverwaltung“⁴ und „electronic bill presentment“ (elektronischer Zahlungsverkehr) sowie die Kosten für „Swisscom Shops“ (die Shops erhalten Provisionen und Beraterentschädigung für die VTA) nicht berücksichtigt hat. Die Kostenstellen „Kreditorenverwaltung“ und „electronic bill presentment“ sind gemäss dem oben hergeleiteten Schlüssel zur Verteilung von gemeinsamen Kosten der Rechnungsstellung zu 70% als Minderkosten anzurechnen. Die Provisionen für die Beraterentschädigungen für VTA sind hingegen vollständig als Minderkosten zu berücksichtigen. Die Gesuchsgegnerin bringt zwar in ihrer Stellungnahme vom 8. Dezember 2008 vor, dass ihr bei der Beschriftung der Kostenstelle ein Fehler unterlaufen sei und es sich um Provisionen und Beraterentschädigungen für Teilnehmeranschlüsse im Jahr 2007 handle. Da diese Kosten für die Akquisition von Neukundinnen und -kunden anfallen würden, seien sie für die VTA nicht relevant. Dies trifft nicht zu. Gerade die von der Gesuchsgegnerin vorgenommene Präzisierung zeigt, dass diese Kostenstelle für die Gesuchsgegnerin Minderkosten darstellt, welche sie in Abzug bringen kann, wenn sie ihrer Endkundschaft nicht mehr Rechnung stellen muss. Kosten die für Aufwendungen zur Akquisition von Kundinnen und Kunden anfallen, sind deshalb von den kostenverursachenden Produkten (Anschlüssen) zu tragen und können nicht via VTA auf die alternativen Anbieterinnen abgewälzt werden. Diese tragen mit den gleichen Aufwendungen zur Akquisition von Kundinnen und Kunden bei, die z.B. zuvor Kundschaft eines Kabelnetzbetreibers waren oder nur über Mobilfunk telefoniert haben. Insofern tragen sie dazu bei, dass die Anschlussinhaberin zusätzliche Einnahmen erhält. Die Gesuchsgegnerin profitiert deshalb sehr wohl von der Tatsache, dass alternative Anbieterinnen Bündelprodukte anbieten, in deren Preis der Sprachtelefonanschluss inbegriffen ist, denn die alternativen Anbieterinnen müssen die Anschlussinhaberin, im vorliegenden Fall die Gesuchsgegnerin, für den Anschluss entschädigen. Anfallende Kosten für Bereitstellung, Betrieb und Unterhalt der Anschlüsse sind damit gedeckt. Es würde dem Ziel des wirksamen Wettbewerbs nach Art. 1 Abs. 2 Bst. c FMG widersprechen, wenn alternative Anbieterinnen die anschlusspezifischen Marketingkosten zur Neugewinnung von Kunden mitfinanzieren müssten. Betreffend der Kostenstelle

„electronic bill presentment“ bringt die Gesuchsgegnerin in ihrer Stellungnahme vom 8. Dezember 2008 vor, dass auf Seiten der Mehrkosten

3 Abrufbar unter http://ir3.quartalflife.com/data/swisscom/igb_html/pdf/gb_d.pdf, S. 10 4
Die Gesuchsgegnerin bestätigt in ihrer Stellungnahme vom 8. Dezember 2008, es handle sich hierbei um ein System der Debitorenverwaltung.

35/66

auf eine entsprechende Berücksichtigung von Kosten für die elektronische Rechnungsstellung verzichtet wurde und der fehlende Abzug bei den Minderkosten keine Auswirkungen auf das Ergebnis habe, da sich Mehr- und Minderkosten gerade ausgleichen würden. Dazu ist zu bemerken, dass die Gesuchsgegnerin entsprechende Mehrkosten auch in ihrer Schlussstellungnahme nicht ausweist respektive belegt, obwohl sie im Verlaufe des Instruktionsverfahrens mehrmals aufgefordert wurde, ihre Mehr- und Minderkosten detailliert darzulegen. An der Berücksichtigung der Kostenstelle „electronic bill presentment“ ist deshalb festzuhalten. Ebenfalls vollständig als Minderkosten zu berücksichtigen sind die Kosten der Betriebskostenstelle „Fakturierung“, was dazu führt, dass der höhere Betrag aus Zelle BD203 des Tabellenblattes „BU31_BU36“ der Exceltabelle „Kostennachweis_VTA_erweitert“ aus der Eingabe der Gesuchsgegnerin vom 27. Juni 2008 und nicht der tiefere Betrag aus Zelle BF203 in die Berechnung der Minderkosten einfließt. Mit dieser Anpassung werden zusätzlich die fixen Kosten des Supportsystems für die Rechnungsstellung berücksichtigt. Es ist nicht ersichtlich, weshalb weiterhin Fixkosten bestehen sollten, wenn sämtliche variablen Kosten wegfallen und folglich keine Leistung mehr erbracht wird. Nicht gefolgt werden kann hingegen der Empfehlung des Preisüberwachers vom 14. November 2008 hinsichtlich des Aufwandes für Zinsen im Bereich der Rechnungsstellungskosten, da der vom Preisüberwacher entdeckte Fehler in der Berechnung der Gesuchsgegnerin für die angepasste Kostenberechnung nicht mehr relevant ist. Zur Bestimmung der Gesamtkosten im Bereich Billing (vgl. Tabellenblatt „x-Faktor“ der Exceltabelle „Kostennachweis_VTA_erweitert“ aus der Eingabe der Gesuchsgegnerin vom 27. Juni 2008) werden in erster Linie die Betriebskostenstellen „Fakturierung“ und „Rechnungsversand“ herangezogen, welche den Zahlen der Finanzbuchhaltung der Gesuchsgegnerin entstammen und alle relevanten Kosten berücksichtigen. Aus diesem Grund wirkt sich der Berechnungsfehler nicht mehr aus. Eine weitere Anpassung betrifft die Kosten für die Primäranschlüsse in der Betriebskostenstelle „Rechnungsversand“. Diese Kosten sind relevant und können eingespart werden, wenn das Retail-Billing der marktbeherrschenden Anbieterin wegfällt (vgl. zur Marktbeherrschung oben Ziff. 3.2). Die Kostenallokation ist deshalb entsprechend zu korrigieren und der Wert aus Zelle BD295 des Tabellenblattes BU31_BU36 der Exceltabelle „Kostennachweis_VTA_erweitert.xls“ (Eingabe der Gesuchsgegnerin vom 27. Juni 2008) zu verwenden. Er liegt 100.06% über dem von der Gesuchsgegnerin verwendeten Wert. Als Minderkosten zu berücksichtigen sind überdies die mit dem Retail-Billing verbundenen Gemeinkosten („Leitung Residential Business“), die mit dem Wegfall der Verrechnung der Teilnehmeranschlüsse ebenfalls nicht mehr getragen werden müssen. Sie fließen analog dem Verteilschlüssel für gemeinsame Kosten zu 70% in die Berechnung der Minderkosten ein. Die Gesuchsgegnerin macht in ihrer Stellungnahme vom 8. Dezember 2008 geltend, es sei zu berücksichtigen, dass die ComCom ihr in den Entscheiden vom 9. Oktober 2008 einen Gemeinkostenschlüssel in der Höhe von 6.1% zugestanden habe und dass die vorliegend einzubeziehenden Gemeinkosten über 10%

liegen würden. Die Gesuchsgegnerin verkennt jedoch, dass es sich im Falle der 6.1% um den Gemeinkostenschlüssel einer hypothetischen Markteintreterin handelt, welcher als Massstab zur Bestimmung der regulierten Preise nach Art. 54 FDV dient. Im vorliegenden Fall sind jedoch gemäss Art. 60 Abs. 2 FDV die Kosten der Gesuchsgegnerin, mithin ihre tatsächlichen Kosten, anzurechnen (vgl. oben Ziff. 5.1). Für Inkassodienstleistungen hat die Gesuchsgegnerin mit einer Inkassofirma einen Vertrag über das Inkasso im Bereich Festnetz abgeschlossen. Die Gesuchsgegnerin verpflichtet sich darin zur Leistung einer jährlichen pauschalen Aufwandentschädigung. Da es sich hierbei ebenfalls um gemeinsame Kosten der Rechnungsstellung handelt, ist dieses Entgelt entsprechend dem oben hergeleiteten Verteilungsschlüssel im Umfang von 70% zu berücksichtigen. Zusätzlich sind die anschlusspezifischen Forderungsverluste, welche die Gesuchsgegnerin nicht berücksichtigt hat, anhand der von der Gesuchsgegnerin nachgelieferten Angaben (Eingabe der Gesuchsgegnerin vom 20. März 2008) anzurechnen. Die relevanten Positionen der Exceltabelle „Forderungsverluste 2007.xls“ sind: „4222 BusinessLine

36/66

ISDN“, „4231 EconomyLINE“, „4232 MultiLINE ISDN“ und „4233 Basisanschluss ISDN“. Den diesbezüglichen Einwänden in der Stellungnahme der Gesuchsgegnerin vom 8. Dezember 2008 wird damit Rechnung getragen. Des Weiteren macht der Preisüberwacher in seinem Schreiben vom 14. November 2008 darauf aufmerksam, dass zusätzlich Werbe- und Verkaufsaufwendungen in Abzug gebracht werden sollten. Die Gesuchstellerin schliesst sich in ihrer Stellungnahme vom 5. Dezember 2008 der Empfehlung des Preisüberwachers an und bringt vor, es sei stossend, wenn die alternativen Anbieterinnen die Werbung der Anschlussinhaberin mitfinanzieren respektive quersubventionieren müssten. Der Empfehlung des Preisüberwachers sowie dem Vorbringen der Gesuchstellerin kann grundsätzlich gefolgt werden. Wie zuvor ausgeführt, handelt es sich hierbei um Kosten die im Zusammenhang mit der Neugewinnung von Kundinnen und Kunden entstehen. Die Zugangsform VTA ermöglicht den alternativen Anbieterinnen, Bündelangebote mit den Sprachtelefonanschlüssen zu machen. Zusätzliche Neukundschaft, die noch keinen Festnetzanschluss hatte und durch die alternativen Anbieterinnen akquiriert wird, bringt der Anschlussinhaberin Einnahmen, ohne dass sie Ausgaben für die Rechnungsstellung sowie zusätzlich tiefere Kosten für die Werbung hat. In ihrer Eingabe vom 16. Mai 2008 führt die Gesuchsgegnerin in der Exceltabelle „Kostennachweis_VTA_erweitert.xls“ in Zelle K3 bereits einen Betrag für Marketing auf, welcher unter demjenigen liegt, der vom Preisüberwacher vorgeschlagen wird. Da die Gesuchsgegnerin ihre Marketingkosten spezifisch ausweisen konnte, wird der von ihr geltend gemachte Betrag in Abzug gebracht. Schliesslich fordert die Gesuchstellerin bereits in ihrem Gesuch vom 20. August 2007, dass die Gesuchsgegnerin bei der Verrechnung des Teilnehmeranschlusses keine Kosten für Umzugsmeldungen mehr zu tragen hätte. Diese würden vielmehr bei der Gesuchstellerin anfallen. Der Aufwand für den Prozess Umzugsmeldung wird von der Gesuchsgegnerin zwar ausgewiesen, in ihrer Berechnung jedoch nicht berücksichtigt. Dies ist entsprechend zu korrigieren, indem der Aufwand für Umzugsmeldungen in Minuten zur Summe des übrigen Prozessaufwandes (Zelle D15 des Tabellenblattes Aufwände CuC der Tabelle Kostennachweis_VTA_erweitert.xls; Eingabe der Gesuchsgegnerin vom 27. Juni 2008) zu addieren ist. Dadurch erhöhen sich die Minderkosten für die Kundendienstleistungen um 182.59%. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Minderkosten insgesamt 54.11% über denjenigen liegen,

welche die Gesuchsgegnerin in ihrem Kostennachweis geltend macht.

E. 5.3.2

aufgeführten Anpassungen vorzunehmen sind. Anschliessend können die entsprechenden Positionen aus den oben aufgeführten Tabellen herausgelesen und summiert werden. Abschliessend sind die Mehrkosten vom Betrag der Minderkosten abzuziehen und durch die im Tabellenblatt „x-Faktor“ der Tabelle „Kostennachweis_VTA_erweitert“ ausgewiesene Anzahl Teilnehmeranschlüsse zu dividieren. Dadurch kann der Betrag errechnet werden, der vom monatlichen Teilnehmeranschlusspreis abzuziehen ist.

38/66

Relevante Kosten (Beschreibung der Kostenstelle) relevant zu... Tabelle Delta*
Kommentar Minderkosten

Leitung Residential Business 70% A - Betriebskostenstellen: RES-BEX, RES Kosten Zentral, RES IT-B-Diverses Produktmanagement 100% B = Personalaufwand für den Unterhalt des Support-systems: Product Manager Bill Kundenbetreuung Residentials 100% B + Kundenbetreuung SME 100% B + Backoffice und Credit Collection 100% B + Bottom-up Berechnung der Kundendienstleistungen Betriebskostenstelle Kreditorenverwaltung 70% A - Gemäss Beschreibung der Betriebskostenstelle: Instrument zur „Credit Collection“, d.h. Tätigkeiten im Bereich der Debitorenverwaltung IT Organisation 100% B = Personalaufwand für den Unterhalt des Support-systems: System Owner Betriebskostenstelle Fakturierung 100% A + Kapitalkosten, Abschreibungen und Betriebskosten des für das Retail-Billing relevanten Supportsystems sowie Druckkosten Betriebskostenstelle electronic Bill Presentment 70% A - Electronic Billing Betriebskostenstelle Rechnungsversand 100% A + Portokosten Vorinkasso; rechtliches Inkasso 70% - - Inkassovertrag (enthält die relevanten Kosten) Forderungen 100% C = anschlusspezifische Forderungsverluste Swisscom Shops 100% D = Der Shop bekommt Provisionen und Beraterentschädigung für VTA Mehrkosten

System Billing 100% E - Wholesale Billing Betriebskosten 100% E =

Personal 100% E =

*Veränderung gegenüber den Werten im Orientierungsschreiben vom 20. Oktober 2008 an den Preisüberwacher. Tabelle 1 Vorgenommene Anpassungen

E. 5.3.3

Gesamtübersicht der relevanten Kostenstellen Die in den vorangehenden Ziffern beschriebenen und zur Bestimmung der Rechnungsstellungskosten relevanten Kostenstellen werden in der nachfolgenden Tabelle 1 zusammenfassend aufgelistet. Die Tabelle dient dazu, die Quelle der berücksichtigten Beträge in den von der Gesuchsgegnerin eingereichten Beweismitteln zu bestimmen. In der Spalte „relevant zu...“ wird zudem erklärt, welcher Anteil der gesamten Kostenstelle zu den relevanten Kosten hinzuzurechnen ist, während die Spalte „Tabelle“ aufzeigt, aus welcher Exceltabelle respektive welcher Spalte dieser Tabelle der für eine Kostenstelle relevante Betrag entnommen wurde. Die Buchstaben haben folgende Bedeutung (Tabellename, Tabellenblatt, Spalte, Datum der Eingabe): A: Kostennachweis_VTA_erweitert, BU31_36, BD, 27. Juni 2008 B: Kostennachweis_VTA_erweitert, BU31_36, BF, 27. Juni 2008 C: Forderungsverluste_2007, Abschreibungen_2007, C, 20. März 2008 D:

Kostennachweis_VTA_erweitert, BU35, H, 27. Juni 2008 E:

Kostennachweis_VTA_erweitert, x-Faktor, E, 27. Juni 2008 Dabei ist zu beachten, dass vor der Bestimmung der Minder- und Mehrkosten die in Ziff. 5.3.1 und

E. 5.4

Festsetzung des Abzugs als absoluten Betrag Unabhängig von den von ihr angebotenen Anschlusstypen (EconomyLINE, Basisanschluss ISDN, MultiLINE ISDN oder BusinessLine ISDN) hat die Gesuchsgegnerin für die Berechnung des monatlichen VTA-Preises einen einheitlichen Prozentsatz von den monatlichen Anschlusspreisen in Abzug gebracht, welchen sie in ihrem Basisangebot mit 2% beziffert. Dieses Vorgehen hat zur Folge, dass sich die absoluten Beträge der Preisabzüge für die unterschiedlichen Anschlusstypen deutlich unterscheiden, obwohl Unterschiede nicht begründet sind, da die aus der VTA resultierenden Kosteneinsparungen für alle Anschlusstypen gleich sind. So unterscheidet sich die Rechnungsstellung für einen MultiLINE ISDN Anschluss nicht von der Rechnungsstellung für einen EconomyLINE Anschluss, weshalb auch nicht nachvollziehbar ist, weshalb die Kosteneinsparung bei der VTA für einen MultiLINE Anschluss doppelt so hoch sein soll wie bei einem EconomyLINE Anschluss. Der Vorgehensweise der Gesuchsgegnerin kann deshalb nicht gefolgt werden. Die maximal in Abzug zu bringenden Beträge sind für alle Anschlusstypen gleich, weshalb nur ein absoluter Frankenbetrag festzulegen ist. Der für jeden Anschlusstyp in Abzug zu bringende Betrag errechnet sich, indem die gesamten Nettoeinsparungen (Minderkosten minus Mehrkosten) durch die Anzahl aller Teilnehmeranschlüsse der Gesuchsgegnerin dividiert werden. Der Abzug vom Anschlusspreis ohne Mehrwertsteuer beträgt unabhängig vom Anschlusstyp CHF 1.63.

39/66

Im vorliegenden Verfahren ist der monatliche Preis VTA für die Jahre 2007 und 2008 festzulegen. Gemäss den obigen Ausführungen sind Anpassungen, die sich auf die realen Finanzdaten der Gesuchsgegnerin beziehen, am materiellen Kostennachweis vorzunehmen. Da das Geschäftsjahr 2008 noch nicht abgeschlossen ist, werden für das Jahr 2008 die gleichen Preise wie für das Jahr 2007 verfügt. Dieses Vorgehen rechtfertigt sich umso mehr, als dass sich der Aufwand für die VTA von Jahr zu Jahr kaum merklich verändert.

E. 6

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

41/66

E. 6.1

Kapitalkostensatz für das physische Festnetz

E. 6.1.1

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. In den Verfügungen vom 9. Oktober 2009 hat die ComCom unter teilweiser Abweichung ihrer bisherigen Entscheidungen den Kapitalkostensatz neu bestimmt. Das dabei gewählte Vorgehen ist von den Parteien nicht beanstandet worden. Es besteht kein Grund, im vorliegenden Fall von diesen kürzlich getroffenen Entscheidungen abzuweichen. Wie bereits in den entsprechenden Verfügungen vom Oktober dargelegt, fusst die Berechnung des Kapitalkostensatzes grundsätzlich auf dem im Rahmen früherer Zugangsverfahren zu dieser Frage erstellten Gutachten von Prof. Dr. Spremann vom 15. Dezember 2002, trägt überdies aber auch den Ausführungen der Preisüberwachung bezüglich Netznutzungsentgelten (vgl. PREISÜBERWACHUNG, Netznutzungsentgelte, Ermittlung der risikogerechten Kapitalverzinsung der schweizerischen Elektrizitätsnetzbetreiber der Strommarktverordnung, 20066) Rechnung. Der von der ComCom gewählte Ansatz verbessert die Vorhersehbarkeit von Regulierungsentscheidungen für alle Marktteilnehmenden und stellt bezüglich Herleitung des Kapitalkostensatzes eine Annäherung an die Praxis anderer schweizerischer Regulierungsbehörden dar. Für die Berechnung der CAPM-Rendite sind der Risikofaktor Beta sowie die Marktisikoprämie 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.

5 Die Annuität (A) berechnet sich wie folgt: $A = \frac{I \cdot WACC \cdot dp}{1 - (1 - dp)^T}$, wobei I für die Investitionen, dp für die Preisänderungsrate und T für die Nutzungsdauer steht.

E. 6.1.2

Berechnung der CAPM-Rendite

E. 6.1.2.1

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. 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 von der Gesuchsgegnerin bei der Berechnung des Modell-Betas vorgenommene Anpassung (Adjustierung) des sog. Raw Betas wird erneut verworfen. 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. 6.1.3). Durch den Vergleich mehrerer Unternehmen werden die Nachteile, die bei der historischen Berechnung bestehen, eliminiert und eine Adjustierung wird überflüssig. Der Preisüberwacher hat diesem Vorgehen im Rahmen seiner Stellungnahme zu den Entscheiden vom 9. Oktober 2008 ebenfalls zugestimmt. Zudem ist im Telekommunikationsmarkt auch 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.