

COMCOM bedingungen-des-vollständig-entbündelten-zugangs-zum-teilnehmeranschluss-tal-2008-10-09-2022a7 vom 9. Oktober 2008

ComCom, 2008-10-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/comcom_bedingungen-des-vollständig-entbündelten-zugangs-zum-teilnehmeranschluss-tal-2008-10-09-2022a7

FR: COMCOM bedingungen-des-vollständig-entbündelten-zugangs-zum-teilnehmeranschluss-tal-2008-10-09-2022a7 du 9 octobre 2008

IT: COMCOM bedingungen-des-vollständig-entbündelten-zugangs-zum-teilnehmeranschluss-tal-2008-10-09-2022a7 del 9 ottobre 2008

Erwägungen

E. 1

Bst. c der Verordnung über die Fernmeldedienste vom 9. März 2007 [FDV; SR 748.101.1]. Dieses bezieht sich in erster Linie auf die Frage der Marktbeherrschung und zielt darauf ab, das Verfahren durch das möglichst frühzeitige und strukturierte Sammeln aller vorhandenen, entscheidungsrelevanten Informationen zu beschleunigen. Das Formular ist für jeden Zugangsdienst auszufüllen, der Gegenstand des Verfahrens bildet und bei dem feststeht oder absehbar ist, dass die Gesuchsgegnerin die Marktbeherrschung bestreitet. Es soll die Vorarbeiten zur Erstellung des Gutachtens über die Marktbeherrschung durch die Eidgenössische Wettbewerbskommission (Weko) beschleunigen helfen. Das Einreichen des Formulars bildet hingegen keine absolute Eintretensvoraussetzung. Die Gesuchstellerin hat vorliegend auf die Einreichung des Formulars verzichtet, da die Gesuchsgegnerin sich in den bisherigen Diskussionen und Vertragsverhandlungen nie auf den Standpunkt gestellt habe, sie sei nicht marktbeherrschend, weshalb dieser Punkt auch nicht strittig sei. Dies ist unter den gegebenen Umständen und im Lichte der vorstehenden Ausführungen nicht zu beanstanden. Hinzu kommt, dass die Instruktionsbehörde das ausgefüllte Formular von der Gesuchstellerin auch noch im Rahmen des Beweisverfahrens hätte einverlangen können, wenn sie dies als nötig erachtet hätte.

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 den Zugang zum vollständig entbündelten Teilnehmeranschluss (TAL) nicht in allen Punkten einig geworden. Sie haben in ihrem Vertrag vom 16. August 2007 die Höhe der Preise für TAL sowie den Zinssatz auf

allfällige Rückvergütungen explizit offen gelassen. Für diese Punkte beantragt die Gesuchstellerin die verfü- gungswise Festlegung durch die ComCom. Dabei handelt es sich um Streitigkeiten über die Bedin- gungen des Zugangs gemäss Art. 11a FMG und folglich ist die ComCom für die Behandlung des Ge- suchs 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, Art. 25 Rz 13). Das Zugangs- verfahren gemäss den Bestimmungen des Fernmelderechts setzt ein entsprechendes Gesuch einer Partei voraus, von Amtes wegen kann es nicht angehoben werden. Folglich bestimmen auch in erster Linie die Rechtsbegehren der gesuchstellenden Partei den Verfahrensgegenstand, was sich unter anderem auf den Umfang des festzustellenden Sachverhalts und den Umfang der Rechtsanwendung von Amtes wegen auswirkt (vgl. ULRICH ZIMMERLI/WALTER KÄLIN/REGINA KIENER, Grundlagen des öf- fentlichen Verfahrensrechts, 1997, S. 60). Die Gesuchstellerin stellt in ihrem Gesuch vom 20. August 2007 das Rechtsbegehren, es seien sämt- liche von Swisscom Fixnet AG im Handbuch Preise ihres Standardangebotes „vollständig entbündel- ter Teilnehmeranschluss“ aufgeführten Preise – im Hinblick auf deren Höhe und Preisstruktur – auf Einhaltung der Kostenorientierung gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG und Art. 60 FDV zu überprüfen und rückwirkend auf den 16. August 2007 kostenorientiert festzulegen. In der Begründung ihres Rechts- begehrens bezeichnet sie den Preis für das sog. Slamming (unberechtigte Auftragserteilung eines Service Fulfilments) hingegen als nicht bestritten. Dabei handelt es sich allerdings nicht um einen Preis für eine Dienstleistung, sondern um die Höhe einer Konventionalstrafe für vertragswidriges Ver- halten. Dies lässt sich auch der von den Parteien vereinbarten Ergänzung zum Vertrag Teilnehmeran-

Aktenzeichen: 330.29

8/64

schlussleitung vom 15./16. August 2007 entnehmen, mit deren Ziff. 1.2 die Worte „und die Konventio- nalstrafe für Slamming“ ins Handbuch Preise eingefügt wurden. Es besteht mithin auch kein Wider- spruch zwischen Antrag und Begründung im Gesuch vom 20. August 2007. Verfahrensgegenstand bilden bezüglich des Rechtsbegehrens auf Überprüfung der Kostenorientiertheit und Festlegung kos- tenorientierter Preise alle Preise für die von der Gesuchsgegnerin angebotenen Dienstleistungen. Die Höhe der Konventionalstrafe für Slamming gehört nicht dazu und ist folglich auch nicht durch die ComCom zu verfügen. Bezüglich der Rechtsbegehren, welche die Gesuchsgegnerin in ihrer Stellungnahme vom 2. Oktober 2007 und in ihrer Eingabe vom 22. Februar 2008 stellt, ist festzuhalten, dass diese keinen Einfluss auf den Verfahrensgegenstand haben und insoweit nur für die Verlegung allfälliger Verfahrenskosten re- levant sein können. In zeitlicher Hinsicht ist zu beachten, dass die Gesuchsgegnerin im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung die Preise gemäss ihrem Handbuch Preise Teilnehmeranschlussleitung Version 1-0 vom 1. April 2007 anbot und die Gesuchstellerin diese Preise als nicht gesetzmässig der ComCom zur Beurteilung un- terbreitete. Die Gesuchsgegnerin ihrerseits beantragt für das Jahr 2007 die Verfügung der Preise ge- mäss der mit ihrer Stellungnahme vom 2. Oktober 2007 eingereichten Beilage 2. Diese liegen gering- fügig tiefer als jene des Handbuchs Version

1-0. Die Gesuchstellerin hält in ihrer Replik vom 25. Oktober 2007 an ihren Anträgen fest. Mithin steht fest, dass die Gesuchstellerin ungeachtet der Anträge der Gesuchsgegnerin vom 2. Oktober 2007 ihre Rechtsbegehren auf Festsetzung kostenorientierter Preise für das Jahr 2007 aufrecht erhält und diese somit zu verfügen sind. Weiter ist 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 ein neues Handbuch Preise (Version 1-1). 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 Entscheiddatum 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 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. Schliesslich ist auf Folgendes hinzuweisen: Das Handbuch Version 1-0 wurde am 19. November 2007 per 1. Januar 2008 durch das Handbuch Version 1-1 ersetzt. Dieses hatte aber nie Geltung, da es am

E. 1.4

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

ein durch- aus legitimes Interesse daran haben, die Bedingungen und Preise für den Zugang mit der Gesuchs- gegnerin vor Aufnahme der entsprechenden Geschäftstätigkeit zu kennen, um gestützt darauf die nötigen betriebswirtschaftlichen Berechnungen vorzunehmen. Ein Entscheid der ComCom beschlägt diesfalls ein allfälliges künftiges Zugangsverhältnis zwischen den Parteien, bzw. Dienste, die erst zu einem späteren Zeitpunkt bezogen werden. So besteht für eine FDA ein schutzwürdiges Interesse für die behördliche Festlegung von nach wie vor angebotenen Preisen, auch wenn sie die entsprechen- den Leistungen noch nicht bezogen hat. Anders verhält es sich hingegen bei Preisen, die aktuell keine Geltung mehr beanspruchen können, weil sie durch neu angebotene Preise abgelöst wurden. Wurden Leistungen zu nicht mehr gültigen Preisen gar nicht bezogen, so besteht an deren Festsetzung ledig- lich ein theoretisches, nicht mehr aktuelles Interesse. Die Gesuchstellerin beantragt in ihrem Gesuch vom 20. August 2007 die Überprüfung sämtlicher von der Gesuchsgegnerin im Handbuch Preise ihres Standardangebotes „vollständig entbündelter Teil- nehmeranschluss“ aufgeführten Preise auf Einhaltung der Kostenorientierung. Zu diesem Zeitpunkt offerierte die Gesuchsgegnerin zu den Preisen gemäss ihrem Handbuch Preise Teilnehmeranschluss- leitung Version 1-0 vom 1. April 2007. Aufgrund oben stehender Ausführungen hatte die Gesuchstelle-

Aktenzeichen: 330.29

10/64

rin im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung somit grundsätzlich ein schutzwürdiges Interesse an der behördlichen Festlegung aller strittigen Preise. Betreffend die Preise für Leistungen, die die Gesuch- stellerin im Jahr 2007 nicht bezogen hat, fiel das erforderliche schutzwürdige Interesse am Erlass einer Verfügung hingegen mit der Ersetzung des Handbuchs Version 1-0 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 ver- fügt werden können. Zu verfügen sind demnach die Preise für die folgenden Dienstleistungen:

2007 2008 Wiederkehrende Preise

Überlassung der Teilnehmeranschlussleitung x x Einmalige Preise

x Neuschaltung TAL auf einer zuvor aktiven Leitung

x Neuschaltung TAL auf einer zuvor inaktiven Leitung x x Annullierung einer TAL
Bestellung nach Status ‚Accepted‘ x x Technologiewechsel auf einer bestehenden TAL

x Analyse der TAL Ablehnung, detaillierte Begründung und sofern möglich Ausarbeiten einer Alternative

x Störungsbehebung einer TAL

x Tabelle 1 : Zu verfügbare Preise TAL

E. 1.5

Verhandlungsfrist Gemäss Art. 11a Abs. 1 FMG kann die ComCom grundsätzlich erst um eine Verfügung der Zugangs- bedingungen 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). Die Gesuchstellerin teilte der Gesuchsgegnerin mit Schreiben vom 14. März 2007 mit, sie verlange die Aufnahme von Verhandlungen. Die Gesuchsgegnerin lehnte dies mit dem Verweis auf das Inkrafttreten der neuen Bestimmungen des FMG per 1. April 2007 vorläufig ab. Die Gesuchstellerin wiederholte ihr Begehren am 2. April 2007. In der Folge kam es zwischen den Parteien zu Verhandlungen, welche mit dem am 15. respektive 16. August 2007 unterzeichneten Vertrag abgeschlossen wurden. Das Gesuch um Festlegung der Zugangsbedingungen datiert vom 20. August 2007. Mithin kann die Frage offen gelassen werden, ob die Gesuchsgegnerin verpflichtet gewesen wäre, mit der Gesuchstellerin Verhandlungen bereits vor Inkrafttreten der neuen Gesetzesbestimmungen zu führen, da die dreimonatige Verhandlungsfrist ohnehin eingehalten worden ist.

Aktenzeichen: 330.29

11/64

E. 1.6

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. 1.7

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

Schlichtungsverhandlung zu den Preisen verlangten. Andernfalls mache ein Einigungsangebot verfahrensrechtlich keinen Sinn. Die Verordnungsbestimmung von Art. 70 Abs. 2 FDV sei dahingehend zu verstehen, dass ein allfälliges Einigungsangebot bis spätestens nach Abschluss des Beweisverfahrens dem BAKOM einzureichen sei. Das Einreichen des Einigungsangebots bilde deshalb keine absolute Eintretensvoraussetzung.

Aktenzeichen: 330.29

12/64

Diese Ausführungen können auch für das vorliegende Verfahren Geltung beanspruchen. Es ist nicht zu beanstanden, dass die Gesuchstellerin darauf verzichtete, ein Einigungsgesuch einzureichen. Das Gesuch leidet diesbezüglich an keinem formellen Mangel.

E. 1.8

Fazit Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Eintretensvoraussetzungen vorliegend erfüllt sind.

E. 2

Pflicht zur Gewährung des Zugangs, Marktbeherrschung Nach Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG müssen nur marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen auf transparente und nicht diskriminierende Weise sowie zu kostenorientierten Preisen Netzzugang in Form des vollständig entbündelten Teilnehmeranschlusses gewähren. Voraussetzung für eine kostenorientierte Preisgestaltung im Sinne von Art. 11 Abs. 1 FMG ist somit das Vorliegen von Marktbeherrschung im relevanten Markt. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz, KG; SR 251]). Die Marktbeherrschung der Gesuchsgegnerin betreffend Zugang zum Teilnehmeranschluss im Sinne des FMG ist im vorliegenden Verfahren unbestritten und die Gesuchsgegnerin ist somit verpflichtet, den Zugang zu kostenorientierten Preisen zu gewähren.

E. 3

Kalkulation: Verteilung der Kosten nachfragegetrieben auf die Kostenträger.

E. 3.1

Kostennachweis in formeller Hinsicht

E. 3.1.1

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

überprüfbar sind und gegebenenfalls angepasst werden können.

E. 3.1.2

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

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

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

Aktenzeichen: 330.29

14/64

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 sogenannten Wertschöpfungsblöcken (WSB) gruppiert werden. Abbildung 2 zeigt beispielhaft die Umwandlung von fünf Ressourcen über verschiedene Wertschöpfungsstufen in insgesamt vier Kostenträger. In diesem Beispiel werden dazu vier Wertschöpfungsblöcke gebildet. Das Kostenmodell der Gesuchsgegnerin hat im Jahr 2007 insgesamt 44 und im Jahr 2008 insgesamt 48 Wertschöpfungsblöcke. Die Änderungen basieren insbesondere auf einer anderen Modellierung der Gemeinkosten. Die Ressourcen sind reine Inputobjekte des Modells und besitzen einen eindeutig zugewiesenen Wert respektive Preis. Die Ressourcen werden in Unterkategorien unterschieden und können einer Kostenart zugewiesen werden. Folgende Unterkategorien werden im Modell unterschieden: – Anlageressourcen: repräsentieren die Anlagewerte der Netzplattformen sowie der Operating Support Systems und Business Support Systems (OSS/BSS) – Personalressourcen: repräsentieren die Kosten von Wholesale-Mitarbeitenden und

beinhalten die Kosten der entsprechenden Organisationskostenstelle (OKST) – Plattformressourcen: beinhalten die Fremdkosten auf Plattformen (Netzplattformen und OSS/BSS) – Zuschlagsressourcen: beinhalten die Kosten, die via Zuschlagskalkulation verteilt werden (Verwaltung, Vertrieb) – Übrige Ressourcen: beinhalten die sonstigen Betriebskosten

Die Komponenten setzen sich aus Ressourcen, aus Ressourcen und Komponenten oder aus Komponenten darunter liegender 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]).

E. 3.1.3

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

E. 3.1.4

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

Gesuchsgegnerin ein vernünftiges Mengengerüst berechnen. Der Bau der Kanalisation entlang des öffentlichen Strassennetzes ist eine gängige Vorgehensweise bei der softwarebasierten Kostenberechnung eines Anschlussnetzes. Allfällige Umwege werden durch den Wegfall von Durchleitungsgebühren und anderen Transaktionskosten kompensiert. Die Orientierung am Strassennetz kann schliesslich auch nicht als Pfadabhängigkeit bezeichnet werden, wie dies die Gesuchstellerin in ihrer Schlussstellungnahme vom 25. August 2008 vorbringt. Eine Orientierung am Strassennetz entspricht einer gängigen Praxis der Modellierung von Telekommunikationsnetzen (vgl. z.B. das Referenzdokument 2.0 des Wissenschaftlichen Instituts für Kommunikationsdienste GmbH [WIK], S. 16,1 respektive die dazugehörige Analyse von Dialog Consult², S. 13). Ein weiterer Schritt war die Überprüfung der Transformation der Investitionen in Kosten mittels Annuitätenformel. Der manuelle Nachvollzug dieses Berechnungsschrittes zeigte, dass das Modell in dieser Hinsicht errechnet, was es vorgibt. Das Resultat der manuellen Berechnung entspricht dem Resultat der Berechnung in Cosmos. Die mengen- und wertmässigen Zusammenhänge zwischen den Ressourcen und den Kostenträgern werden in Cosmos in den Wertschöpfungsblöcken abgebildet und können nachvollzogen werden. Eine stichprobenweise Überprüfung liess keine Fehlfunktionen erkennen. Die Software wurde derart getestet, dass verschiedene Inputparameter geändert und die Resultate mit den erwarteten Reaktionen verglichen wurden. Bei diesen Tests traten keine unerwarteten Abweichungen auf. Im Weiteren stellte sich in umfassenden und vielfältigen Analysen heraus, dass das Kostenmodell eine geeignete Allokation der gemeinsamen Kosten auf die verschiedenen Kostenträger vornimmt. Zudem wurden Änderungen in der Modelldatenbank vorgenommen, deren Auswirkungen im Modell klar ersichtlich wurden. Begleitet wurde die Überprüfung des Kostenmodells von insgesamt fünf Instruktionstreffen. In diesen erhielt die Gesuchsgegnerin die Gelegenheit, ihre Vorgehensweise bei der Kostenmodellierung zu erläutern und Fragen zur Funktionsweise des verwendeten Modells zu beantworten. In der Folge konnte die Instruktionsbehörde von der Gesuchsgegnerin weitere relevante Informationen abfragen und Unklarheiten betreffend den Kostennachweis konnten geklärt

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

Aktenzeichen: 330.29

16/64

werden. Die Instruktionsbehörde liess sich die relevanten Fragen zu jedem Instruktionstreffen innerhalb einer bestimmten Frist in schriftlicher Form beantworten. Die Gesuchstellerin kritisiert in ihrer Eingabe vom 13. Mai 2008 und in ihrer Schlussstellungnahme vom 25. August 2008 die Wegoptimierungsheuristik und macht insbesondere geltend, dass die Stichprobe zur Bestimmung der Oberflächenanteile nicht zwingend einen optimalen Wegmix enthalte. Zudem äussert sie weitere Bedenken bezüglich der ihr zur Verfügung gestellten Modelldaten. So bringt sie insbesondere vor, die Veränderungen im Mengengerüst bei den Teilnehmer- und Hausanschlüssen zwischen 2007 und 2008 erscheinen widersprüchlich. Dem ist Folgendes entgegenzuhalten: Es trifft zwar zu, dass die Gesuchsgegnerin in ihrem Kostenmodell nicht die Oberflächenbeschaffenheit aller möglichen Strecken des Netzes (sog. "Kanten") berücksichtigt hat. Allerdings bewertet sie die Kanalisationen mit einem gewichteten Durchschnittspreis, der einen genügend grossen Anteil an Kanalisationen in Wiesen

berücksichtigt. So verläuft knapp die Hälfte der Kanalisationen gemäss Modell in der Wiese, was in Anbetracht der Siedlungsdichte und -struktur der Schweiz als angemessen erscheint. Es kann ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass sich hierzulande über die Hälfte der Anschlüsse in Gemeinden befindet, in denen eine Kanalisation in der Wiese die Ausnahme bildet. Warum die Baukosten für Kanalisation in der Strasse diejenigen für Kanalisation in der Wiese um ein Sechsfaches übersteigen sollen, wie die Gesuchstellerin in ihrer Eingabe vom 13. Mai 2008 behauptet, ist nicht nachvollziehbar. Die Gesuchstellerin kann dies denn auch nicht belegen. Die ComCom geht vorliegend von einem Unterschied im Umfang eines Faktors drei zwischen den Baukosten der beiden verschiedenen Kanalisationsarten aus (vgl. dazu unten Ziff. 4.5). Die Differenz zwischen einem längeren Verbindungsstück, das in der Wiese liegt und einem kürzeren Verbindungsstück, welches in einer Strasse verlegt wird, ist damit deutlich kleiner, als von der Gesuchstellerin behauptet. Im ungünstigsten Fall (bei fast gleich langen Verbindungsstücken) ergibt sich für das investierte Kapitel unter Berücksichtigung der Annuitätenformel eine Differenz von 8 CHF/m. Wenn das Verbindungsstück in der Wiese dreimal so lang ist wie das Verbindungsstück in der Strasse, ist die Kanalisation in der Strasse die günstigere Variante. Weiter stellt die Gesuchstellerin zwar richtigerweise fest, dass ein Hausanschluss mindestens einem Teilnehmeranschluss entspricht. Dadurch wird aber die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, dass sich die Veränderungsrate der Hausanschlüsse von derjenigen der Teilnehmeranschlüsse unterscheidet. So ist es zum Beispiel denkbar, dass Hausanschlüsse mit nur einer Teilnehmeranschlussleitung aufgegeben werden und dafür Hausanschlüsse mit mehreren Teilnehmeranschlussleitungen neu aufgeschaltet werden. Zudem besteht die Möglichkeit, dass auf bestehenden Hausanschlüssen weitere Teilnehmeranschlüsse aufgeschaltet werden. Dadurch erklären sich auch die Differenzen in den entsprechenden Zahlen von 2007 und 2008. Die unterschiedliche Anzahl von in Cosmos modellierten Schächten in diesen Jahren ist schliesslich darauf zurückzuführen, dass die Kosten eines Schachtes im Jahr 2008 im Vergleich zu denen der Kanalisation gesunken sind. Der im Modell angewandte Berechnungsalgorithmus führt denn auch dazu, dass im Modell häufiger Schächte vorgesehen werden, um damit die teurere Kanalisation zu vermeiden. Dies führt zu einer erhöhten Anzahl an Spleissungen. Durch die Spleissungen sinkt die Anzahl der benötigten Kanalisationsrohre und die Dimensionen der zu bauenden Kanalisationen nehmen ab. Insgesamt kommt die verfügbare Behörde zum Schluss, dass das Kostenmodell Cosmos grundsätzlich ein ausreichend präzises Rechenmodell zum Nachweis der kostenorientierten Preisgestaltung der regulierten Dienste darstellt. Auch die Berechnungen in den zusätzlichen Exceltabellen sind zweckmässig und nachvollziehbar dargestellt. Zusammenfassend ist deshalb festzuhalten, dass die Gesuchsgegnerin den Nachweis der Kostenorientiertheit in formeller Hinsicht erbracht hat. Mit dem von ihr eingereichten Kostenmodell Cosmos sowie den weiteren Unterlagen hat sie die von ihr geltend gemachten Kosten im Grundsatz in geeigneter und nachvollziehbarer Weise dargelegt. Dies gilt sowohl hinsichtlich der einzelnen Preise wie auch hinsichtlich der Preisstruktur, respektive des gesamten Preisgebildes.

Aktenzeichen: 330.29

17/64

Mit dem Nachweis der Kostenorientiertheit aus Sicht der Gesuchsgegnerin ist indessen über die Rechtmässigkeit der Preise noch nichts entschieden. In einem weiteren Schritt ist vielmehr zu prüfen, ob die Gesuchsgegnerin die gesetzlichen Kriterien, die bei der

Festlegung der verrechenbaren Kosten zur Anwendung gelangen, im Einzelnen eingehalten hat.

E. 3.2

Kostennachweis in materieller Hinsicht

E. 3.2.1

Gesetzliche Grundlagen Das Fernmeldegesetz schreibt in Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG vor, dass marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen unter Anderem in Form des vollständig entbündelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss Zugang zu ihren Einrichtungen und zu ihren Diensten zu gewähren haben. Die Elemente und Grundsätze einer kostenorientierten Preisgestaltung werden in Art. 54 FDV ausgeführt. Die Festsetzung der Preise für Dienstleistungen im Zugangsbereich beruht demgemäss auf folgenden Elementen: 1. Es dürfen nur relevante Kosten berücksichtigt werden, also Kosten, welche in einem kaufmännischen 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. 3.2.2

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

Aktenzeichen: 330.29

18/64

de. 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 Te-

lekommunikationsordnung, in: ROLF H. WEBER (Hrsg.), Neues Fernmelderecht, Zürich 1998, S. 23.). Sie soll wirksamen Wettbewerb beim Erbringen von Fernmeldediensten ermöglichen (Art. 1 Abs. 2 Bst. c FMG). Mit den Regulierungsvorschriften wird eine Wettbewerbssituation simuliert, wonach die unter konkurrierenden FDA geltenden Zugangsbedingungen unter funktionierenden Wettbewerbsverhältnissen zustande kommen. Der Preisregulierung muss ein ökonomisches Konzept zu Grunde gelegt werden, das einer Preisgestaltung auf Märkten für Zugangsdienstleistungen unter wirksamem Wettbewerb entspricht. Hierfür wird auf das Konzept der bestreitbaren Märkte (Contestable Markets) abgestellt. Dieses geht von der Hypothese aus, dass keine Markteintrittsbarrieren bestehen und Nachfragende auf geringste Preisänderungen mit einem Wechsel des Anbieters reagieren (sog. unendliche Preiselastizität der Absatzmärkte). Auf Märkten ohne wirksamen Wettbewerb müssen Preise folglich so reguliert werden, wie wenn Wettbewerb herrschen würde (Competitive Market Standard). Die Rolle des Regulators besteht darin, den fehlenden Wettbewerb zu simulieren (in loco competitio). Beim Konzept der bestreitbaren Märkte richtet sich der damit verbundene, kostenorientierte Preis somit nicht nach den tatsächlichen, historischen Kosten der marktbeherrschenden Anbieterin, sondern nach denjenigen einer effizienten Leistungsbereitstellung unter wirksamem Wettbewerb. Für die 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. 3.2.3

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. Die Gesuchstellerin bezweifelt, dass die Gesuchsgegnerin bei ihren Kostenberechnungen korrekt vorgegangen sei. Sie bringt insbesondere vor, die Gesuchsgegnerin scheine davon ausgegangen zu sein, dass eine neue Marktteilnehmerin heute ein neues Anschlussnetz bauen müsse und dazu sämtliche Gebäude neu zu erschliessen habe. Offenbar habe die Gesuchsgegnerin auf Basis von heutigen Lohn- und Baukosten berechnet, wie hoch die Kosten für ein Anschlussnetz wären, wenn alle notwendigen Strassenabschnitte aufgerissen und auch Grabarbeiten bis zu den einzelnen Wohnhäusern

durchgeführt werden müssten. Mit diesem Ansatz werde aber verkannt, dass durch die LRIC- Preisregulierung ein Marktergebnis simuliert werde, welches einen wirksamen Wettbewerb ergeben würde. Die Erschliessungskosten für den Aufbau des Anschlussnetzes der Gesuchsgegnerin seien bedeutend tiefer gewesen als sie heute wären, weil bei jedem Neubau die Kabelleitungen direkt in die bereits bestehenden Gräben gelegt werden konnten, die für die Zuleitung von Wasser und Strom oder die Ableitung von Abwasser notwendig seien. Die zukunftsbezogene Sichtweise (Forward Looking) solle vergangenheitsbezogene Restriktionen und historisch bedingte Kosten ausschliessen. Sie lasse aber nicht den Umkehrschluss zu, dass vergangenheitsbezogene Vorteile ebenfalls ausgeschlossen werden dürften. Das Konzept der bestreitbaren Märkte (Contestable Markets) gehe von der Hypothese aus, dass keine Markteintrittsbarrieren bestehen und jederzeit mit neuen Konkurrentinnen zu rechnen sei. Durch das bewusste Ausblenden der Baukostenvorteile der Gesuchsgegnerin in der Vergangenheit entstehe eine unüberwindbare Markteintrittsbarriere, weil neue Marktteilnehmerinnen diesen Kostenvorteil in keiner Weise aufholen könnten. Die zukunftsbezogene Sichtweise dürfe keinesfalls dazu führen, dass die Gesuchsgegnerin rein fiktive Kosten geltend machen dürfe, die keinen oder wenig Bezug zum wirklichen Kostenaufwand haben. Die historischen Kosten der Kupferleitungen seien verschwindend gering und der grösste Teil der Infrastruktur sei bereits seit längerer Zeit vollständig abgeschrieben. Die Kosten für die Instandstellung und den Betrieb des Anschlussnetzes seien schliesslich begrenzt. Die Gesuchsgegnerin führt dazu aus, die LRIC-Methode sei vom Gesetz- und vom Verordnungsgeber bewusst vorgeschrieben worden, um nachhaltigen infrastrukturbasierten Wettbewerb zu fördern. Ihr erlaube die Methode, in den Unterhalt und Ersatz ihrer Anlagen zu investieren und den anderen Anbietern ermögliche das durch die Wholesale-Preisregulierung beeinflusste Preisniveau auf den Endkundenmärkten, ihrerseits in eine eigene Infrastruktur zu investieren. Würde man den Kriterien von Art. 54 FDV nur insofern Rechnung tragen, als dies zu Preisnachlässen zugunsten der alternativen Fernmeldedienstanbieterinnen führe, so könnte die Gesuchsgegnerin ihre Einrichtungen langfristig nicht unterhalten. Die Kriterien seien deshalb unabhängig davon zu berücksichtigen, ob sich durch sie bezüglich eines Zugangsdienstes für die Wholesale-Kunden eine Verteuerung oder eine Verbilligung ergebe. Aus dem Konzept der bestreitbaren Märkte könne die Gesuchstellerin nichts zu ihren Gunsten ableiten. Der mit Blick auf das simulierte Marktergebnis bei wirksamem Wettbewerb wesentliche kostenorientierte Preis richte sich nicht nach den tatsächlichen historischen Kosten, sondern nach denjenigen einer effizienten Leistungserstellung unter Wettbewerbsbedingungen. Es sei von einer neuen Anbieterin auszugehen, die ihre Anlagen nach Wiederbeschaffungspreisen bewerte. Eine Berücksichtigung historischer Vorteile sei daher ausgeschlossen. Weiter bringt die Gesuchsgegnerin vor, sie mache nicht fiktive Kosten geltend, die keinen Bezug zum tatsächlichen Kostenaufwand hätten. Sie stelle vielmehr bei allen Zugangsdiensten auf die Kriterien von Art. 54 FDV ab. Aus Art. 54 FDV ergibt sich, dass die Überprüfung der Kosten marktbeherrschender Unternehmen nach den Kosten eines hypothetischen neuen Markteintreters mit effizienter Leistungsbereitstellung (im Folgenden auch Modellunternehmen genannt) vorzunehmen ist. Es handelt sich dabei um Modellkosten, welche von den in den Rechenwerken vorkommenden Kosten eines

marktbeherrschenden Unternehmens abweichen können. Die Festsetzung kostenorientierter Preise stützt sich gemäss Art. 54 Abs. 2 Satz 2 FDV auf eine Berechnung der aktuellen und mithin nicht auf die tatsächlichen, historisch bedingten Kosten ab. Dabei spielt es grundsätzlich keine Rolle, ob die gegenwärtigen Kosten höher oder tiefer sind, als sie zu einem früheren Zeitpunkt waren. Der Ansicht der Gesuchstellerin, wonach das sog. Forward Looking vergangenheitsbezogene Restriktionen und historisch bedingte Kosten ausschliessen solle, umgekehrt aber vergangenheitsbezogene Vorteile beachtlich seien, kann deshalb nicht gefolgt werden. Das Modell der bestreitbaren Märkte simuliert den plötzlichen Markteintritt einer alternativen Anbieterin mit eigener Infrastruktur. In ihrer am 13. Juni 2008 eingebrachten „Studie zum TAL-Preis in der Schweiz“ bringt die Gesuchstellerin vor, es lägen keine regulierungsökonomischen oder politischen Zielsetzungen vor, die für einen

Aktenzeichen: 330.29

20/64

Infrastrukturwettbewerb im Bereich des Anschlussnetzes sprechen würden. Es gäbe klare wirtschafts- politische Signale wie den Schutz der Investitionen in Glasfaser und Bitstrom bei gleichzeitigem freiem Zugang zu Kanalisation und Kupferdraht. Auch in anderen Netzindustrien (Wasser, Gas, Elektrizität) lägen analoge Situationen vor, bei denen das Verteilnetz ein natürliches Monopol bilde, eine Duplizierung ökonomisch nicht sinnvoll sei und den Wettbewerb um Jahrzehnte verzögern würde. Folglich seien beim Anschlussnetz keine Investitionsanreize notwendig und der Preis solle keine „make or buy“-Signale für einen kompletten Neubau bilden. Vielmehr solle der Zugangspreis keine bereits von der Gesuchsgegnerin abbeschriebenen Anlagewerte enthalten, sondern nur den effektiven Unterhaltskosten (Unterhalt, Ersatz und Erweiterung) entsprechen, da damit die Verfügbarkeit des Anschlussnetzes sichergestellt sei. Dieser Argumentation kann so nicht gefolgt werden. Die Materialien zur letzten FMG-Revision legen den Schluss nahe, dass die Förderung von Investitionen in den Ausbau der verschiedenen Telekommunikationsnetze beim Gesetzgeber eine hohe Gewichtung hatte. Es ging ihm denn auch darum, ein sog. „Trittbrettfahren“ von alternativen Anbieterinnen zu verhindern, so dass diese nicht über Gebühr von den Netzleistungen der Gesuchsgegnerin profitieren können. Nicht zuletzt deshalb wurde beispielsweise die Bezugsdauer des schnellen Bitstromzugangs auf vier Jahre beschränkt. Der Gesetzgeber war sich überdies auch hinsichtlich der vorzunehmenden Bewertung von Netzbestandteilen im Klaren, was ohne Weiteres aus verschiedenen Voten im Rahmen der parlamentarischen Beratungen hervorgeht (vgl. dazu insbesondere das Votum von Nationalrat Werner Marti betreffend Preisobergrenzen und die entsprechende Antwort von Bundesrat Moritz Leuenberger, Amtliches Bulletin, AB Nationalrat 2004 1706). Die von der Gesuchstellerin geltend gemachte Analogie zu anderen Netzindustrien kann am ebenfalls regulierten Beispiel der Stromwirtschaft beleuchtet werden. In Art. 15 des Bundesgesetzes vom 23. März 2007 über die Stromversorgung (Stromversorgungsgesetz, StromVG; SR 734.7) hat der Gesetzgeber festgelegt, wie die anrechenbaren Netzkosten zu bestimmen sind. Die Kapitalkosten müssen auf Basis der ursprünglichen Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten der bestehenden Anlagen ermittelt werden. Den Materialien zum Stromversorgungsgesetz ist zu entnehmen, dass der Gesetzgeber beim Stromnetz a priori vom Vorliegen eines natürlichen Monopols ausging (vgl. Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz vom 3. Dezember 2004 in BBl 2005 1611 ff.). Damit geht es bei der Regulierung des Netzzugangs

im Strommarkt nicht um die Stimulierung respektive Simulation von Wettbewerb wie in der Telekommunikation, sondern um die Verwaltung von nicht replizierbaren Infrastrukturen. Bei der Bestimmung der anrechenbaren Kosten wird denn auch folgerichtig vom Kostendeckungsprinzip ausgegangen. Im Gegensatz zum Strommarkt ging der Gesetzgeber im Falle des Telekommunikationsmarktes nicht zum Vornherein vom Vorliegen eines natürlichen Monopols aus. Vielmehr wies er bei der letzten FMG-Revision auch auf die Bedeutung des Infrastrukturwettbewerbs hin. Der Bundesrat seinerseits hat in seinen Ausführungserlassen für den Netzzugang ein LRIC-System für die Berechnung kostenorientierter Preise vorgesehen, welches auf den Wiederbeschaffungskosten eines Netzes basiert (Art. 54 FDV). Im Gegensatz dazu hat er beispielsweise bei der Berechnung der Nettogesamtkosten der Grundversorgung ein Berechnungssystem eingeführt, welches auf historische Kosten abstellt und bei welchem die Netzkosten auf Buchwerte abzustützen sind (Art. 13 FDV). Die Gesuchstellerin führt ihre Argumentation im Weiteren auf ein Gutachten von Prof. Dr. Spremann, welches dieser für das Verfahren TDC-Switzerland AG vs. Swisscom AG betreffend die Preise für Interkonnektion 2000 – 2003 erstellte (vgl. dazu ausführlich unter Ziff. 4.1 hiernach). Sie bringt vor, die von Prof. Dr. Spremann vorgenommene Auslegung des sog. Modern Equivalent Asset (MEA-Ansatz) unterstelle nicht, dass „die eingesetzten Investitionen gemäss Art. 45 Abs. 1 Bst. d FDV (heute Art. 54 FDV) gleich den Wiederbeschaffungskosten sind, die heute ein Neubau der (für Interkonnektion benötigten) Netzelemente verursacht“. Dies stützt laut Gesuchstellerin ihre eigene These, dass bei der

Aktenzeichen: 330.29

21/64

Festlegung der Wiederbeschaffungskosten die bereits getätigten Abschreibungen seit dem effektiven Bau des Netzes abzuziehen seien. Diese Argumentation verkennt, dass die ComCom im genannten Entscheid die von Prof. Dr. Spremann vorgeschlagene Methodik zur Festlegung eines branchenüblichen Kapitalkostensatzes (WACC) zwar weitgehend übernommen, bezüglich des einzusetzenden Kapitals, welches mit dem Kapitalkostensatz zu multiplizieren ist, jedoch eigene Überlegungen angestellt hat. Gleich ist sie im Übrigen auch betreffend der weiteren unbestimmten Rechtsbegriffe aus Art. 45 FDV (neu Art. 54 FDV) vorgegangen, zu denen ebenfalls Interpretationen von Prof. Dr. Spremann vorlagen. Dieser weist denn auch in seinem im Rahmen des damaligen Verfahrens eingereichten Kommentar darauf hin, dass das BAKOM den Wert (gemeint ist der Marktwert einer effizienten Anbieterin) aufgrund von Angaben durch Swisscom verfeinert und eine detaillierte Wiederbewertung der eingesetzten Infrastruktur vorgenommen habe. Die Schätzung durch den Gutachter diene lediglich dazu, illustrativ die Vorgehensweise der Konversion zwischen Buchwerten und Marktwerten aufzuzeigen. Als investiertes Kapital gelte es, die hergeleiteten Werte des BAKOM zu verwenden. Prof. Dr. Spremann ging in seiner Interpretation der Bestimmungen von Art. 45 aFDV zudem davon aus, dass der Verordnungsgeber eine ausgeprägt marktorientierte Position eingenommen habe und dass keine Rücksicht auf historische Kosten genommen werde. Die ComCom betonte im damaligen Entscheid den Modellcharakter eines anzunehmenden hypothetischen Markteintreters, der nach der Theorie der bestreitbaren Märkte (contestable market) zur Festsetzung kostenorientierter Preise herangezogen wird. Dabei wird gerade auch der von der Gesuchstellerin vorliegend angeführten Problematik Rechnung getragen. Der hypothetische Markteintreter besitzt vor seinem Markteintritt keine Anlagegüter, die er zu

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

Aktenzeichen: 330.29

22/64

Bezüglich Funktechnologien ist dem Preisüberwacher entgegenzuhalten, dass solche im heutigen Zeitpunkt auch aus Sicht der Wettbewerbskommission Weko nicht als Substitute für drahtgebundene Anschlusstechnologien betrachtet werden können. Die Forderung des Preisüberwachers, dass im MEA-Ansatz auch drahtlose Technologien mit völlig anderen Netztopologien zur Kostenberechnung herangezogen werden könnten, kann deshalb im heutigen Zeitpunkt nicht berücksichtigt werden. Es ist deshalb vorliegend davon auszugehen, dass ein hypothetischer Markteintreter sein Anschlussnetz mittels drahtgebundener Technologie erstellen würde. Bezüglich der vom Preisüberwacher angeregten Abkehr von einer auf Wiederbeschaffungsneuwerten beruhenden Modellrechnung ist, wie bereits erwähnt, darauf hinzuweisen, dass ein solches Vorgehen im Widerspruch zur im Moment geltenden gesetzlichen Grundlage steht, weshalb dieser Empfehlung ebenfalls nicht gefolgt werden kann.

E. 3.2.4

Preis-Kosten-Schere (Price Margin Squeeze) Die Gesuchstellerin bringt vor, da der von der Gesuchsgegnerin festgesetzte Einkaufspreis höher als der gesetzlich vorgeschriebene Endkundenpreis für die Teilnehmeranschlussleitung sei, entstehe eine so genannte Preis-Kosten-Schere. Dies bedeute, dass die marktbeherrschende Anbieterin die Wettbewerber mittel- oder langfristig aus dem Markt drängen könne, weil nachfragende Anbieterinnen mit jedem gewonnenen Kunden einen Verlust erlitten, ohne Aussicht auf Änderung der Situation. Wenn dem Zweck des FMG entsprechend Wettbewerb entstehen würde und sich immer mehr Kunden für einen Wechsel von der Gesuchsgegnerin zu einer anderen Anbieterin entscheiden würden, so würde der Verlust der neuen Anbieterin mit jedem neuen Kunden weiter wachsen. Eine Preis-Kosten-Schere bestehe auch bei der Aufschaltgebühr des Teilnehmeranschlusses. Der Endkundenpreis bei der Gesuchsgegnerin betrage Fr. 39.95 (exkl. MwSt). Der Wholesalepreis für die Aktivierung einer bereits aktiven Leitung sei mit Fr. 95.90 (exkl. MwSt) mehr als doppelt so hoch. Wenn eine neue Anbieterin von ihren Kunden mindestens dieselbe Aufschaltgebühr verlangen oder diese sogar unterbieten würde, müsste sie pro Neukunden einen weiteren Verlust hinnehmen. Dazu bemerkt die Gesuchsgegnerin, es treffe zu, dass der im Rahmen der Grundversorgungskonzession gestützt auf Art. 17 Abs. 2 FMG regulierte Preis unter demjenigen von ihr nach der LRIC-Methode berechneten Preis für die Teilnehmeranschlussleitung liege. Allerdings wolle die Gesuchstellerin ihren Kunden nicht bloss analoge Telefonieanschlüsse anbieten, sondern unter anderem auch Breitbanddienste. Massgeblich für ein erfolgreiches Geschäftsmodell einer alternativen Anbieterin sei nicht der Vorleistungspreis für den Teilnehmeranschluss, sondern eine ganze Dienstpalette, welche den Kunden angeboten und mit welcher Deckungsbeiträge erwirtschaftet werden können. Die Marktpreise für eine Dienstpalette aus innovativen Diensten lägen insgesamt weit über den Preisen der Vorleistungen. Überdies bringt die Gesuchsgegnerin vor, Art. 58 Abs. 3 FDV statuiere ausdrücklich, dass der Preis des vollständig entbündelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss unabhängig von der Preisobergrenze gemäss Art. 22 Abs. 1 Bst. a FDV bestimmt werde. Allfällige Divergenzen zwischen einem (tieferen) Endkundenpreis und einem (höheren) Vorleistungspreis seien vom Gesetzgeber bewusst in Kauf genommen worden. Für die Berechnung des Vorleistungspreises sei nicht das Konzept „Retail-Preis Minus“ sondern die LRIC-Methode vorgeschrieben, welche auch zu über den Endkundenpreisen liegenden Vorleistungspreisen führen könnte. Gemäss Art. 1 Abs. 2 Bst. c FMG soll das FMG einen wirksamen Wettbewerb beim Erbringen von Fernmeldediensten ermöglichen. Bei der Verwirklichung dieses Zwecks steht die kostenorientierte Preisgestaltung der Vorleistungsprodukte im Vordergrund. Es ist der Gesuchstellerin beizupflichten, dass eine behördliche Preisfestsetzung, welche zu einer Preis-Kosten-Schere führen würde, dem Grundgedanken des Wettbewerbs widersprechen würde. Allerdings ist zu bemerken, dass das FMG für die Berechnung der Preise für die Dienstleistungen im Zusammenhang mit der vollständigen Entbündelung des Teilnehmeranschlusses die Methode (LRIC) vorgibt und sich im Bereich des Teilnehmeranschlusses keine Bestimmung finden lässt, welche eine Marge zwischen dem Preis des Vorleistungsprodukts TAL und dem für die Grundversorgung festgesetzten Endkundenpreis für den Telefon-

Aktenzeichen: 330.29

anschluss gemäss Art. 16 Abs. 2 Bst. a FDV vorschreiben würde. Überhaupt ist aus nachfolgenden Gründen der gesetzlich festgelegte monatliche Preis für den Teilnehmeranschluss gemäss Art. 22 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 i.V.m. Art. 16 Abs. 2 Bst. a FDV nicht geeignet, den im vorliegenden Verfahren zu bestimmenden monatlichen Preis für die Teilnehmeranschlussleitung zu beeinflussen. So bestimmt Art. 58 Abs. 3 Bst. a FDV ausdrücklich, dass der Preis für den vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss unabhängig von der in Art. 22 Abs. 1 FDV genannten Preisobergrenze zu bestimmen ist. Zudem ist der Gesuchsgegnerin beizupflichten, dass mit dem von ihr im Rahmen ihrer Grundversorgungskonzession gemäss Art. 22 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 i.V.m. Art. 16 Abs. 2 Bst. a FDV für Fr. 23.45 angebotenen Telefonanschluss keine Breitbanddienste erbracht werden müssen, solche Angebote im Rahmen der vollständigen Entbündelung der Teilnehmeranschlussleitung aber möglich sind.

E. 4

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

E. 5

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

E. 6

Die Kosten der Infrastruktur entsprechen den Wiederbeschaffungskosten (Modern Equivalent Assets; Art. 54 Abs. 2 Satz 3 FDV).

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