

COMCOM bedingungen-des-vollständig-entbündelten-zugangs-zum-teilnehmeranschluss-tal-sow-2008-10-09-46682b vom 9. Oktober 2008

ComCom, 2008-10-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/comcom_bedingungen-des-vollständig-entbündelten-zugangs-zum-teilnehmeranschluss-tal-sow-2008-10-09-46682b

FR: COMCOM bedingungen-des-vollständig-entbündelten-zugangs-zum-teilnehmeranschluss-tal-sow-2008-10-09-46682b du 9 octobre 2008

IT: COMCOM bedingungen-des-vollständig-entbündelten-zugangs-zum-teilnehmeranschluss-tal-sow-2008-10-09-46682b del 9 ottobre 2008

Erwägungen

E. 9

1.1 Allgemein.....	
..... 9 1.2 Zuständigkeit	
.....	9 1.3
Verfahrensgegenstand.....	
9 1.4	
Teilentscheid.....	
10 1.5 Rechtsschutzinteresse	
.....	11 1.5.1 Festsetzung
von Preisen für nicht bezogene Leistungen	11 1.5.2 Zeitpunkt
der Wirksamkeit der Preise 2007	13 1.6
Verhandlungsfrist.....	
14 1.7 Formular für Zugangsgesuche	
.....	14 1.8 Einigungsangebot
.....	14 1.9 Fazit.....
.....	15 2
Pflicht zur Gewährung des Zugangs 15 2.1	
Marktbeherrschung.....	
15 2.2 Pflichtige Dienste	
.....	16 2.2.1 Form der
Kollokation	17 2.2.2 Weitere
Verpflichtungen, gesetzliche Grundlage von Art. 56 FDV	18 2.2.2.1
Wirtschaftsfreiheit.....	19
2.2.2.2 Delegationsgrundsätze.....	
20 2.2.2.3 Grundzüge und Zweck der gesetzlichen Regelung	
.....	21 3 Nachweis kostenorientierter Preise 22 3.1
Kostennachweis in formeller Hinsicht	
23 3.1.1 Gesetzliche Grundlagen.....	
23 3.1.2 Das Kostenmodell Cosmos der Gesuchsgegnerin	
23 3.1.3 Herleitung der Preise aus Cosmos	
25 3.1.4 Beurteilung des Kostennachweises in formeller Hinsicht	
.....	25 3.2 Kostennachweis in materieller Hinsicht

.....	26	3.2.1 Gesetzliche	
Grundlagen.....	26	3.2.2 Modell der	
bestreitbaren Märkte (Contestable Markets).....	27	3.2.3	
Berechnung der Kosten auf aktueller Basis (Forward Looking).....	28		
3.2.4 Beurteilung des Kostennachweises in materieller Hinsicht.....			
29			
3/70			
4 Anpassungen	29	4.1 Kapitalkostensatz für das physische	
Festnetz.....	31	4.1.1	
Allgemein.....	31		
4.1.2 Berechnung der CAPM-Rendite.....			
32		4.1.2.1 Der Risikofaktor Beta	
.....	32	4.1.2.2 Der risikolose	
Zinssatz	34	4.1.2.3 Die	
Marktrisikoprämie.....	34	4.1.2.4	
Die durchschnittliche Markttrendite.....	35		
4.1.2.5 Der langfristige risikolose Zinssatz.....			
35		4.1.2.6 Ergebnis	
.....	36	4.1.3	
Berechnung des Fremdkapitalkostensatzes	36	4.1.4	
Massgebliche Steuerbelastung.....	37	4.1.5	
Fremdfinanzierungsgrad	37	4.1.6	
Ergebnis	37	4.2	
Abschreibungsdauern für das physische Festnetz.....	38		
4.3 Beilauf.....			
.....	41	4.4	
Preisänderungsraten.....			
43		4.4.1 Preisänderungsraten der Tiefbauleistungen	
43		4.4.2 Preisänderungsraten der Kupferkabel	
44		4.5 Anpassungen der Preise für Werkleitungs- und	
Belagbau.....	46	4.6 Kupferpreis und Kupferkabelpreis	
.....	47	4.7 Anpassungen NPK 233.113	
und NPK 242.103.....	48	4.8 Anpassungen	
Schächte.....	49	4.9	
Anpassung Regieanteil.....			
49		4.10 Anpassung Ingenieurhonorar	
.....	50	4.11 Anlagen der	
Vermittlungstechnik (Lawful Interception).....	52	4.12	
Dienstleistungskosten (direkte Betriebskosten).....	53		
4.13 Projektkosten			
.....	53	4.14	
Overhead und Corporate Overhead (Gemeinkosten)	54		
4.15			
Serviceprozesse.....	57		
4.16 Anpassungen in			
Exceltabellen.....	59	4.16.1	

Betreffend TAL	59
4.16.2 Betreffend KOL.....	
60 5 Preisfestsetzung 62 5.1 Preise	
TAL.....	62
5.2 Preise KOL	
.....	62 6
Weitere Anträge 64	
4/70	
6.1 Verbindung mit Anlagen	
Dritter.....	64 6.2 Reziprozität
.....	66 III
Kosten 67	
5/70	

I Prozessgeschichte Mit Datum vom 28. September 2007 reichte COLT Telecom AG bei der Eidgenössischen Kommunika- tionskommission ComCom ein Gesuch um Erlass ein einer Zugangsverfügung gegen Swisscom (Schweiz) AG (vormals Swisscom Fixnet AG, Gesuchsgegnerin). Sie stellte darin zu verschiedenen gesetzlich vorgesehenen Zugangsformen Rechtsbegehren. Betreffend vollständig entbündelter Teil- nehmeranschlussleitung (TAL) und Kollokation (KOL) stellt sie folgende Anträge (zur Thematik Teil- entscheid siehe unten Ziff. 1.4):

„1. Feststellung der Preise für Zugang Es seien im Verhältnis zwischen der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin mit Wir- kung ab dem 1. April 2007 bis zur Rechtskraft des Entscheides für die in der nachfolgen- den Liste aufgeführten Zugangsdienste und -einrichtungen der Gesuchsgegnerin, wie sie in den entsprechenden Swisscom Fixnet Wholesale Vertragsurkunden, Handbuch Preise Version 1.0 enthalten sind, nicht diskriminierende und kostenorientierte Preise (LRIC) im Sinne von Art. 11 Abs. 1 FMG in Verbindung mit Art. 52 ff. FDV festzulegen.

[...]

1.2.2 Kollokation FDV

[...]

1.2.3 Teilnehmeranschluss

[...]

2. Verfügung von einzelnen Zugangsbedingungen

[...]

2.2 Kollokation FDV

2.2.1 Reziprozität

Ziff. 6.3 der Vertragsurkunde, wonach die FDA verpflichtet ist, bei Vorliegen der Voraus- setzungen Kollokation FDV zu den gleichen Konditionen wie diejenige von Swisscom Fix- net AG zu gewähren, sei zu streichen.

2.2.2 Verbindung mit anderen FDA

Ziff. 5.11 der Vertragsurkunde sei zu streichen und wie folgt zu ersetzen:

„Die Verbindung der Standorte der FDA mit anderen eigenen oder fremden Standorten ist gestattet. Die FDA ist berechtigt, Zugangsdienstleistungen am Standort für Drittanbieterinnen zu beziehen.“

2.2.3 Handbuch Betrieb

In Ziff. 2.2 Prozesse des Handbuchs Betrieb sei die Dauer der Machbarkeitsabklärung auf 5 Werktage zu beschränken.

2.3 Teilnehmeranschluss

2.3.1 Reziprozität

Ziff. 6.3 der Vertragsurkunde, wonach die FDA verpflichtet ist, bei Vorliegen der Voraussetzungen den Zugang zum Teilnehmeranschluss zu den gleichen Konditionen wie diejenigen von Swisscom Fixnet AG zu gewähren, sei zu streichen.

2.3.2 Leistungsbeschreibung Ziff. 2 Leistungsübersicht sei durch den Zugang zum Teilabschnitt der TAL (Quartierver- teilerkasten) zu ergänzen.

[...]

3. Kostenfolge

Unter Kostenfolgen zulasten der Gesuchsgegnerin, unabhängig vom Verfahrensausgang.

[...]“

6/70

Die Gesuchsgegnerin äusserte sich mit Stellungnahme vom 16. November 2007 zum Gesuch. Sie stellt bezüglich TAL und KOL folgende Anträge:

[...]

2. Kollokation FDV

2.1. Für die Kollokation seien ab 1. Juli 2007 die Preise gemäss Beilage 8 zu verfügen.

2.2. Die zwischen den Parteien strittigen Bedingungen des Vertrags Kollokation FDV seien wie folgt zu verfügen:

a) Klausel 5.11 des Vertrags (Verbindung mit anderen FDA):

„Die Verbindung der Standorte der FDA mit fremden Standorten ist nicht gestattet.“

b) Klausel 6.3 des Vertrags (Reziprozität)

„Die FDA gewährt Swisscom Fixnet bei Vorliegen der Voraussetzungen (insbesondere der Marktbeherrschung) Kollo-

kation FDV zu den gleichen Konditionen wie diejenigen von Swisscom Fixnet.“

3. Vollständig entbundelter Zugang zum Teilnehmeranschluss

3.1. Für den vollständig entbündelten Teilnehmeranschluss (TAL) seien ab 1. Juli 2007 die Preise gemäss Beilage 11 zu verfügen.

3.2. Die zwischen den Parteien strittige Klausel 6.3 des Vertrags betreffend vollständig ent-

bündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss (Reziprozität) sei wie folgt zu verfügen:

„Die FDA gewährt Swisscom Fixnet bei Vorliegen der Voraussetzungen (insbesondere der Marktbeherrschung) den

Zugang zum Teilnehmeranschluss zu den gleichen Konditionen wie diejenigen von Swisscom Fixnet.“

[...]

8. Verfahrenskosten

8.1. Die Verfahrenskosten seien zu 9/10 der Gesuchstellerin und zu 1/10 der Gesuchsgegnerin aufzuerlegen

Zudem reichte die Gesuchsgegnerin am 16. November 2007 erste Dokumente betreffend Kosten- nachweis für TAL und KOL ein. Am 18. Dezember 2007 gab die Gesuchsgegnerin ihr Kostenmodell Cosmos ab, mit welchem sie die Preise für ihre Dienstleistungen berechnet. Am 16. Januar 2008 fand zwischen Vertreterinnen und Vertretern des Bundesamtes für Kommunikati- on (BAKOM) und der Gesuchsgegnerin eine Besprechung betreffend die Handhabung des Kosten- modells Cosmos im Rahmen der Zugangsverfahren statt, an welcher die Themen Verfügbarkeit, Zugriffsrechte, Umgang mit kommerziellen Diensten und Schulung besprochen wurden. Mit Schreiben vom 28. Januar 2008 teilte die Gesuchstellerin der Instruktionsbehörde mit, sie bean- trage ausdrücklich auch die Festlegung der Preise für das Jahr 2008, welche die Gesuchsgegnerin ihr am 19. November 2007 mitgeteilt habe. Mit Datum vom 8. Februar 2008 reichte die Gesuchsgegnerin den Gesamtkostennachweis für die Jahre 2007 und 2008 ein.

7/70

Am 20. und am 21. Februar 2008 fanden bei der Gesuchsgegnerin die ersten Instruktionstreffen zwi- schen Vertreterinnen und Vertretern der instruierenden Behörden und der Gesuchsgegnerin zum Kos- tenmodell Cosmos statt. Die Gesuchsgegnerin stellte mit Eingabe vom 22. Februar 2008 folgende Rechtsbegehren: 1. „Auf das Gesuch um Festlegung der Preise der eingeklagten Leistungen sei für das Jahr 2007 nicht einzutreten, soweit die Gesuchstellerin diese Leistungen gemäss Beilage 1 nicht bezo- gen hat. 2. Die Preise der eingeklagten Leistungen seien für die Zeit ab 1. Januar 2008 gemäss Beilage 2 zu verfügen.“

Am 27. Februar 2008 fand bei der Gesuchsgegnerin ein weiteres Instruktionstreffen zum Kostenmo- dell Cosmos statt. Mit Schreiben vom 14. Februar 2008 stellte das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) den Verfah- rensparteien in Aussicht, der ComCom Antrag auf Erlass vorsorglicher Massnahmen zu stellen, wo- nach die Gesuchsgegnerin verpflichtet würde, innert Frist ein Basisangebot für die Gewährung des Zugangs zum Teilabschnitt der Teilnehmeranschlussleitung zu veröffentlichen. Die Parteien erhielten gleichzeitig Gelegenheit, hierzu Stellung zu nehmen. Mit Schreiben vom 29. Februar 2008 unterstützte die Gesuchstellerin ausdrücklich den vom BAKOM in Aussicht gestellten Erlass einer vorsorglichen Massnahme. Die Gesuchsgegnerin ihrerseits bean- trage mit Schreiben vom 29. Februar 2008, vom Erlass vorsorglicher Massnahmen sei abzusehen. Die Gesuchsgegnerin beantwortete am 7. März 2008 den ersten Block der vom BAKOM anlässlich der bisherigen Instruktionstreffen gestellten Fragen (sog. To-Do-Liste A) Am 12. März 2008 fand bei der Gesuchsgegnerin ein weiteres Instruktionstreffen zum

Kostenmodell Cosmos statt. Mit Datum vom 14. März 2008 versandte die instruierende Behörde an die Gesuchstellerinnen von diversen hängigen Zugangsverfahren einen Fragebogen zum Thema Preisgerüst Tief- bau/Rohrverlegung zur Beantwortung. Dieser Fragebogen wurde auch der Gesuchstellerin zugestellt. Der zweite Block der zuhanden des BAKOM zu beantwortenden Fragen (sog. To-Do-Liste B) wurde von der Gesuchsgegnerin am 14. März 2008 beantwortet. Am 18. März 2008 teilte die Gesuchsgegnerin unter Bezugnahme auf eine Medienmitteilung vom 17. März 2008 zur rückwirkenden Senkung des Preises für den vollständig entbündelten Teilnehmeranschluss per 1. Januar 2008 mit, dass die der Presse gegenüber angekündigte Senkung des wiederkehrenden Preises auf Fr. 23.50 ausserhalb der hängigen Zugangsverfahren erfolgt sei und für die Verfahren, soweit andere Preise betreffend, nicht relevant sei. Der kommunizierte neue Preis sei weder in Anwendung der LRIC-Methode festgelegt, noch aufgrund einer erneuten Änderung von Parametern im Kostenmodell Cosmos bestimmt worden. Mit Zwischenverfügung vom 19. März 2008 verpflichtete die ComCom die Gesuchsgegnerin vorsorglich, bis spätestens am 1. Juli 2008 ein Basisangebot für den Zugang zum Teilabschnitt der Teilnehmeranschlussleitung zu veröffentlichen. Die Verfügung blieb in der Folge unangefochten. Das letzte Instruktionstreffen zum Kostenmodell Cosmos fand am 20. März 2008 statt. Die Gesuchsgegnerin beantwortete den dritten Block der von der Instruktionsbehörde anlässlich der bisherigen Instruktionstreffen gestellten Fragen (sog. To-Do-Liste C) am 20. März 2008.

8/70

Mit Eingabe vom 11. April 2008 erklärte die Gesuchsgegnerin, sie habe beschlossen, den Preis für die vollständige Entbündelung des Teilnehmeranschlusses rückwirkend per 1. April 2007 auf Fr. 23.50 zu senken. Am 16. April 2008 und am 25. April 2008 beantwortete die Gesuchsgegnerin von der Instruktionsbehörde anlässlich der Instruktionstreffen gestellte Zusatzfragen. Mit Eingabe vom 7. Mai 2008 und vom 9. Mai 2008 beantwortete die Gesuchsgegnerin weitere Zusatzfragen aus den Instruktionstreffen. Das BAKOM unterbreitete am 20. Mai 2008 dem Preisüberwacher seine vorläufige Einschätzung zur Streitsache und ersuchte diesen um seine Stellungnahme gemäss Art. 15 des Preisüberwachungsgesetzes vom 20. Dezember 1985 (PüG; SR 942.20). Mit Stellungnahme vom 18. Juni 2008 äusserte sich dieser zur vorläufigen Einschätzung des BAKOM. Mit Schreiben vom 16. Juni 2008 äusserte sich die Gesuchstellerin zum Verfahrensgegenstand und führte aus, welche Dienste sie im Jahre 2007 bereits bezogen habe. Diesbezüglich hielt sie weiterhin an einer Festsetzung der Preise bis zum 31. Dezember 2007 fest. Am 23. Juli 2008 setzte das BAKOM den Parteien Frist zur Einreichung einer Schlussstellungnahme zu den beiden Zugangsformen TAL und KOL. Die Parteien reichten am 18. und 22. August 2008 ihre Schlussstellungnahmen zu TAL und KOL ein. Auf die konkreten Vorbringen der Parteien wird, soweit entscheidrelevant, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

9/70

II Erwägungen 1 Verfahrensvoraussetzungen 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). 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). Das Verfügen von Zugangsbedingungen setzt mithin voraus, dass sich die Parteien über diese nicht vertraglich einigen konnten (sog. Verhandlungsprimat). Vorliegend sind sich die Parteien in ihren Vertragsverhandlungen betreffend den Zugang zum vollständig entbündelten Teilnehmeranschluss sowie betreffend Kollokation nicht in allen Punkten einig geworden. Diesbezüglich haben sie in ihren Verträgen vom 6./9. Juli 2007 die Höhe der Preise für TAL und KOL offen gelassen sowie für diverse in den entsprechenden Basisangeboten der Gesuchsgegnerin vorgesehene Klauseln Dissens erklärt. Für diese 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 28. September 2007 zuständig. Soweit die Gesuchstellerin hingegen beantragt, dass die in Ziff. 2.2 Handbuch Betrieb Kollokation für die Dauer einer Machbarkeitserklärung vorgesehene Frist von fünfzehn auf fünf Tage zu beschränken sei, ist die ComCom aus nachfolgenden Gründen nicht zuständig. Die Parteien haben einen Vertrag über Kollokation abgeschlossen, welcher diverse Bestandteile beinhaltet. Zu diesen zählt unter anderen auch das Handbuch Betrieb Kollokation. Die Gesuchstellerin hat bei Unterzeichnung des Vertrags Vorbehalte bei den Vertragsbestandteilen „Handbuch Preise“ und „Vertragsurkunde“ angebracht. Bei dem Vertragsbestandteil „Handbuch Betrieb“ hat sie dies unterlassen. Folglich ist von einer vertraglichen Einigung zwischen den Parteien auszugehen, wodurch es der ComCom verwehrt ist, rechtsgestaltend einzugreifen. Auf den entsprechenden Antrag der Gesuchstellerin kann deshalb nicht eingetreten werden.

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 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

10/70

Linie die Rechtsbegehren der gesuchstellenden Partei den Verfahrensgegenstand, was sich unter anderem auf den Umfang des festzustellenden Sachverhalts und den Umfang der Rechtsanwendung von Amtes wegen auswirkt (vgl. ULRICH ZIMMERLI/WALTER KÄLIN/REGINA KIENER, Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrechts, 1997, S. 60). Bezüglich der Rechtsbegehren, welche die Gesuchsgegnerin in ihrer Stellungnahme vom 2. Oktober 2007 und in ihrer Eingabe vom 22. Februar 2008 stellt, ist festzuhalten, dass diese keinen Einfluss auf den Verfahrensgegenstand haben und insoweit nur für die Verlegung allfälliger Verfahrenskosten relevant sein können. In Bezug auf den TAL-Preis „Überlassung der Teilnehmeranschlussleitung“ ist zu beachten, dass dieser in der Version 1-2 vom Handbuch Preise ab dem 1. Januar 2008 auf Fr. 31.00 lag, in der Version 1-3 aber per 1. März 2008 mit Fr. 23.50 beziffert wurde. Es könnte sich deshalb die Frage stellen, welche Preishöhe im vorliegenden Verfahren Gegenstand der Überprüfung bilden soll. Es ist allerdings zu beachten, dass die Gesuchsgegnerin der Instruktionsbehörde am 18. März 2008 mitteilte, der Preis von Fr. 23.50 sei „ausserhalb der hängigen Zugangsverfahren“ festgesetzt worden und für die Verfahren, soweit andere Preise betreffend, nicht relevant.

Der kommunizierte neue Preis sei weder in Anwendung der LRIC-Methode (dazu unten Ziff. 3.2.2) festgelegt noch aufgrund einer erneuten Änderung von Parametern im Kostenmodell Cosmos bestimmt worden. Die Gesuchsgegnerin „unterziehe“ sich beim wiederkehrenden TAL-Preis einer tieferen Preisfestlegung als ursprünglich beantragt. Die Frage, ob es in einem verwaltungsrechtlichen Zugangsverfahren überhaupt möglich wäre, sich zu „unterziehen“ und welche allfälligen Konsequenzen daraus resultieren könnten, kann offen gelassen werden. Die Gesuchsgegnerin teilte explizit mit, die letzte Preisreduktion für die Überlassung der Teilnehmeranschlussleitung auf Fr. 23.50 sei ausserhalb des Verfahrens erfolgt. Sie ist für dieses deshalb auch irrelevant.

1.4 Teilentscheid Die Gesuchstellerin stellt in ihrem Gesuch vom 28. September 2007 Rechtsbegehren nicht nur bezüglich TAL und KOL, sondern auch hinsichtlich der weiteren in Art. 11 Abs. 1 Bst. c, e und f FMG vorgesehenen Zugangsformen Kabelkanalisationen, Mietleitungen und Verrechnung von Teilnehmeranschlüssen. Im Hinblick auf die Zugangsform TAL stellte sie zudem das Rechtsbegehren, Ziff. 2 der Leistungsübersicht TAL sei durch den Zugang zum Teilabschnitt der TAL (Quartierverteilerkasten) zu ergänzen. Über diese Anträge kann zum heutigen Zeitpunkt noch nicht entschieden werden, da das Instruktionsverfahren zu ihnen nach wie vor im Gang ist. Zu den von der Gesuchstellerin anhängig gemachten Rechtsbegehren hinsichtlich der Zugangsformen Kabelkanalisationen, Mietleitungen und Verrechnung von Teilnehmeranschlüssen waren bei der Weko gemäss Art. 11a Abs. 2 FMG Stellungnahmen einzuholen, da die Frage der Marktbeherrschung zu beurteilen war. Die drei Gutachten der Weko gingen am 3. Juni 2008, am 23. Juni 2008 und am 7. Juli 2008 beim BAKOM ein. Für diese Zugangsformen hat die Gesuchsgegnerin teilweise noch Ergänzungen zu ihrem Kostennachweis einzureichen und der Preisüberwacher wird noch Gelegenheit zur Stellungnahme gemäss Art. 15 PüG erhalten. Die Anträge sind deshalb noch nicht entscheidungsreif. Bezüglich dem Rechtsbegehren nach Zugang zum Teilabschnitt der TAL hat die ComCom mit Zwischenverfügung vom 19. März 2008 die Gesuchsgegnerin im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme verpflichtet, bis spätestens am 1. Juli 2008 ein Basisangebot für den Zugang zum Teilabschnitt der Teilnehmeranschlussleitung zu veröffentlichen. Nachdem die Gesuchsgegnerin dieser Verpflichtung fristgerecht nachgekommen war, forderte die Instruktionsbehörde die Gesuchstellerin mit Schreiben vom 8. Juli 2008 auf, bis zum 31. Juli 2008 mitzuteilen, ob sie das veröffentlichte Angebot der Gesuchsgegnerin für einen Zugang zum Teilabschnitt (Teilabschnitt-Teilnehmeranschlussleitung [T-TAL] und Kollokation Teilabschnitt [T-KOL] in der Version 1.0 vom 1. Juli 2008) annehmen wolle. Sollte die

11/70

Gesuchstellerin eine Festsetzung einzelner Bedingungen durch die ComCom verlangen, so sei der Antrag zu begründen und namentlich auszuführen, inwiefern das Angebot nicht den gesetzlichen Vorgaben entspreche. Mit Schreiben vom 10. Juli 2008 gelangte die Gesuchsgegnerin an die Instruktionsbehörde mit dem Ersuchen, das Schreiben vom 8. Juli 2008 zurückzurufen. Die Gesuchstellerin habe ausschliesslich den Zugang zu Teilabschnitten des Teilnehmeranschlusses nachgesucht. Mit dem Angebot vom 1. Juli 2008 sei diese Forderung vollumfänglich erfüllt. Aufgrund der im Verfahren geltenden Dispositionsmaxime könne den Parteien jedoch nicht mehr oder anderes zugesprochen werden, als diese verlangten. Überdies gelte im Zugangsbereich das Verhandlungsprimat, das der Vertragsfreiheit Vorrang vor behördlichen Eingriffen einräume und es der Behörde

verbiete, sich von sich aus in die Verhandlungen einzumischen und den Parteien bspw. einen verbindlichen Zeitrahmen vorzugeben. Mit Schreiben vom 14. Juli 2008 liess das BAKOM die Eingabe der Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin zukommen und hielt dazu fest, die Fristansetzung bleibe aufrechterhalten. Mit Schreiben vom 29. August 2008 stellte die Gesuchstellerin innerhalb der ihr zwischenzeitlich verlängerten Frist hinsichtlich des von der Gesuchsgegnerin per 1. Juli 2008 Basisangebots zahlreiche Rechtsbegehren, welche unter anderem auch die von der Gesuchsgegnerin verlangten Preise zu Thema haben. Somit ist das Verfahren hinsichtlich der erwähnten Rechtsbegehren im Bereich der Zugangsformen Mietleitungen, Kabelkanalisationen, Verrechnung von Teilnehmeranschlüssen sowie T-TAL und T-KOL noch nicht entscheidungsreif. Über die übrigen im Gesuch vom 28. September 2007 anhängig gemachten Rechtsbegehren (vgl. oben Ziff. I) kann jedoch entschieden werden kann. Mit Blick auf die Interessenlage der Parteien, die an einer möglichst raschen Klärung der hängigen Rechtsfragen interessiert sein müssen, und mit Blick auf die vom Gesetzgeber auch aus diesem Grund angestrebte beförderliche Behandlung der Zugangsgesuche rechtfertigt es sich nicht zuzuwarten, bis über sämtliche Verfahrensgegenstand bildenden Rechtsbegehren entschieden werden kann. Vielmehr erweist es sich als sachgerecht, vorerst über alle entscheidungsreifen Rechtsbegehren im Rahmen einer Teilverfügung zu entscheiden und die auf die Preisfestsetzung im Zusammenhang mit dem Zugang zum Teilabschnitt zielenden Rechtsbegehren sowie diejenigen betreffend die weiteren Zugangsformen, die alle ohne weiteres unabhängig von den zum jetzigen Zeitpunkt entscheidungsreifen Anträgen beurteilt werden können, im Rahmen eines späteren Entscheids zu behandeln.

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. Es dient damit der Prozessökonomie (vgl. BGE 114 Ia 131).

1.5.1 Festsetzung von Preisen für nicht bezogene Leistungen Mit der letzten Revision des Fernmeldegesetzes, die am 1. April 2007 in Kraft getreten ist, hat der Gesetzgeber an der sogenannten 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. Hinge-

12/70

gen 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 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 lediglich ein theoretisches, nicht mehr aktuelles Interesse. Die Gesuchstellerin beantragt in ihrem Gesuch vom 28. September 2007 die kostenorientierte Festlegung der im Gesuch aufgeführten Preise aus den Handbüchern Preise der Gesuchsgegnerin. Zum Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs offerierte die Gesuchsgegnerin zu den Preisen gemäss ihrem Handbuch Preise Teilnehmeranschlussleitung Version 1-0 vom 1. April 2007 respektive Handbuch Preise Kollokation Version 1-1 vom 5. April 2007, welches am 17. August 2007 rückwirkend per 1. April 2007 durch die Version 1-2 ersetzt wurde. Aufgrund oben stehender Ausführungen hatte die Gesuchstellerin im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung somit 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 der Handbücher Preise 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. Mit Schreiben vom 16. Juni 2007 hat die Gesuchstellerin denn auch präzisiert, welche Dienstleistungen sie 2007 tatsächlich bezogen hat und für welche sie folglich weiterhin an einer behördlichen Preisfestsetzung festhalte. Diese Darstellung blieb in der Folge unwidersprochen. Gestützt auf das oben Gesagte sind demnach die Preise für die folgenden Dienstleistungen TAL (Tabelle 1) und KOL (Tabelle 2) zu verfügen: TAL 2007 2008 Wiederkehrende Preise

Überlassung der Teilnehmeranschlussleitung x x Einmalige Preise

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 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 verfügende Preise TAL

13/70

KOL 2007 2008 Wiederkehrende Preise

Energie 230 V AC ab Netz

x Energie 48 V DC (geschützt) x x Fläche (Mindestbenutzung Rackplatz 2m 2) x x Einmalige Preise

Machbarkeitsabklärung Kollokation x x Begehung nach Absage (negative Machbarkeit)

Bereitstellung Kollokation x x TAL: Kupferkablage 2-Draht zum Hauptverteiler Swisscom

x x MLF: Kupferkablage 2-Draht zum Hauptverteiler Swisscom

X MLF: Kupferkablage 4-Draht zum Hauptverteiler Swisscom

X TAL: Ausbau Kupferkablage 2-Draht zum Hauptverteiler Swisscom

X MLF: Ausbau Kupferkablage 2-Draht zum Hauptverteiler Swisscom

X MLF: Kupferkablage 4-Draht zum Hauptverteiler Swisscom

x Produktwechsel IFS

x Mutationen

x Kündigung

x Begeleitung Standard (Anmeldung grösser als 48 Stunden)

x Begleitung Express (Anmeldung kleiner als 48 Stunden)

x Tabelle 2 : Zu verfügende Preise KOL

1.5.2 Zeitpunkt der Wirksamkeit der Preise 2007 Weiter ist auf die Frage einzugehen, ab wann die von der ComCom zu verfügenden Preise Gültigkeit haben. Die Gesuchstellerin beantragt eine Festlegung per 1. April 2007, die Gesuchsgegnerin erachtet für die Wirksamkeit der Preise den 1. Juli 2007 als relevant. Sie bringt vor, mangels Vereinbarung habe die Gesuchstellerin von April bis Juni 2007 gar keine Zugangsdienstleistungen beziehen können und es fehle ihr deshalb an einem Rechtsschutzinteresse für die Festlegung von Preisen für diesen Zeitraum. Die Argumentation der Gesuchsgegnerin verkennt, dass die ComCom für das ganze Kalenderjahr die Preise festlegt und nicht für einen bestimmten Zeitraum innerhalb eines Kalenderjahres. Dieses Vorgehen ist praktikabel und korreliert mit dem Umstand, dass die marktbeherrschende Anbieterin gemäss Art. 53 Abs. 1 der Verordnung über die Fernmeldedienste vom 9. März 2007 (FDV; SR 748.101.1) mindestens jährlich ein aktualisiertes Basisangebot für den Zugang zu ihren Einrichtungen und Diensten zu veröffentlichen hat. Die Preise für die Monate April bis Juni 2007 unterscheiden sich mithin nicht von denjenigen ab Juli 2007. Ob die Gesuchstellerin an der Festlegung der Preise 2007 ein schutzwürdiges Interesse hat, beurteilt sich danach, ob sie Leistungen in diesem Jahr überhaupt

14/70

bezogen hat. Hat sie dies, so hat sie die Gesuchsgegnerin nach den von der ComCom zu bestimmen kostenorientierten Preisen dafür zu entschädigen. Jedenfalls könnte aus dem Umstand, dass die Parteien vorerst drei Monate zu verhandeln haben, bevor sie an die ComCom gelangen können, nicht geschlossen werden, dass die Gesuchstellerin während dieser Zeit allenfalls rechtswidrige Preise für bezogene Leistungen zu entrichten hätte. Da die Gesuchstellerin im Zeitraum vor Vertragsabschluss keine Leistungen bezogen hat, ist die Frage der Wirksamkeit der Preise für den Zeitraum vor dem 1. Juli 2007 jedoch ohnehin irrelevant. 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. Bei dieser Dreimonatsfrist handelt es sich um eine eigenständige, spezialgesetzliche Prozess- und Eintretensvoraussetzung (BGE 2A.276/2006 vom 12. Juli 2006, E. 2.3). Am 5. April 2007 sandte die Gesuchsgegnerin die Musterverträge für die Zugangsformen TAL und KOL. In der Folge kam es zu Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien. Am 6. bzw. 9. Juli 2008 unterzeichneten die Parteien Vereinbarungen über die Zugangsformen TAL und KOL. Die dissidenten Punkte liessen sie dabei offen. Die dreimonatige Verhandlungsfrist wurde mithin eingehalten.

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. 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 ihrem Gesuch vorliegend sowohl für TAL wie auch für KOL Formulare für Zugangsgesuche beigelegt.

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 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,

15/70

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. 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. 1.9 Fazit Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die formellen Voraussetzungen in Bezug auf den Antrag um Festlegung einer Dauer von fünf Tagen für Machbarkeitserklärungen nicht eingetreten werden kann. Weitergehend sind die Eintretensvoraussetzungen hingegen erfüllt. 2 Pflicht zur Gewährung des Zugangs 2.1 Marktbeherrschung Hinsichtlich TAL ist die Frage der Marktbeherrschung gänzlich unbestritten. Im Bereich KOL bestreitet die Gesuchsgegnerin ihre Marktbeherrschung nicht grundsätzlich, sondern macht subsidiär für den Fall, dass die ComCom sie „zur Erbringung von Kollokationsdienstleistungen verpflichten wolle, die keinen direkten Zusammenhang mit der Realisierung von Zugangsdiensten haben“. Diesfalls verfüge sie auf dem Markt für die Vermietung von Fläche nicht über eine marktbeherrschende Stellung. Sie bringt weiter vor, sie behalte sich gegebenenfalls auch bezüglich der strittigen Frage der Verbindung von Standorten eine Stellungnahme zur Frage der Marktbeherrschung vor. So beantragt sie, dass im Falle eines Eintretens auf die diesbezüglichen Begehren der Gesuchstellerin im Rahmen der Instruktion zunächst die aktuellen Marktverhältnisse abzuklären wären und die Wettbewerbskommission gestützt auf Art. 11a Abs. 2 FMG zu beauftragen wäre, ein Gutachten zur Frage der Marktbeherrschung zu verfassen. Die Gesuchstellerin äussert sich nicht einlässlich zu dieser Frage. Dem von ihr beigelegten Formular für Zugangsgesuche bezüglich KOL lässt sich jedoch entnehmen, dass nach Ansicht der Gesuchstellerin für KOL kein Wettbewerb besteht, da dieser Dienst ausschliesslich von der Gesuchsgegnerin angeboten werde. 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

16/70

zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz, KG; SR 251]). Da es sich bei der Kollokation nicht um eine eigenständige Zugangsform, sondern unstrittig um die Voraussetzung zur technischen Realisierung der gesetzlich vorgesehenen Zugangsformen handelt, stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis die Kollokation zum Konzept der Marktbeherrschung gemäss Art. 11 FMG steht. Die Verpflichtung zur Gewährung von Netzzugang setzt gemäss Art. 11 FMG eine marktbeherrschende Stellung der pflichtigen Anbieterin voraus. Art. 11 FMG zählt im Weiteren die möglichen Zugangsformen abschliessend auf. Ob Zugang zu gewähren ist, beurteilt sich gemäss der Systematik der gesetzlichen Regelung danach, ob betreffend die vorgesehenen Zugangsformen eine marktbeherrschende Stellung gegeben ist oder nicht. Ist sie gegeben, so ist der Zugang zu gewähren. Damit der Zugang technisch realisiert werden kann, braucht es das Angebot der Kollokation. Mit anderen Worten hat die Gesuchsgegnerin wegen ihrer marktbeherrschenden Stellung auch die von Art. 11 FMG vorgesehenen Zugangsformen anzubieten und nicht die Kollokation. Letztere muss sie deshalb anbieten, weil diese technische Voraussetzung für die Realisierung des Rechts auf Zugangsgewährung in einer

der vom Gesetz statuierten Formen ist, und nicht etwa, weil sie bezüglich der in der FDV statuierten Kollokationspflicht eine marktbeherrschende Stellung innehat. Es kann deshalb auch nicht sein, dass eine Fernmeldediensteanbieterin gestützt auf eine marktbeherrschende Stellung zur Gewährung des Zugangs in einer der in Art. 11 FMG genannten Formen verpflichtet ist, diese Verpflichtung aber mit der Behauptung, sie sei im Bereich der Kollokation nicht marktbeherrschend, vereiteln kann. Kollokation und Marktbeherrschung haben nicht den von der Gesuchsgegnerin behaupteten direkten Zusammenhang. Vielmehr kann sich die Frage der Marktbeherrschung bei der Kollokation gar nicht stellen. Somit war die Instruktionsbehörde auch nicht verpflichtet, Marktverhältnisse abzuklären und ein Gutachten zur marktbeherrschenden Stellung bei der Weko einzuholen. Es ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass nach Art. 11a Abs. 2 FMG das BAKOM die Weko zu konsultieren hat, wenn die Frage der Marktbeherrschung zu beurteilen ist. Diese Bestimmung hat zum Zweck, eine Zersplitterung der wettbewerbsrechtlichen Rechtsprechung für gleiche Tatbestände zu verhindern (vgl. dazu die Botschaft zum revidierten Fernmeldegesetz vom 10. Juni 1996 in BBl 1996 III 1427, CLEMENS VON ZEDTWITZ, Interkonnektion von Telekommunikationsnetzen, Zürich 2007, S. 195 sowie RETO A. HEINZ-MANN, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, Diss. ZH 2005, S. 22). Sie bedeutet hingegen nicht, dass die Instruktionsbehörde in absolut jedem Fall, in dem eine Partei die Frage der marktbeherrschenden Stellung aufwirft, auch verpflichtet ist, die Marktverhältnisse abzuklären und bei der Weko ein Gutachten in Auftrag zu geben. Wäre dem anders, wäre es ein Leichtes, jedes Verfahren zu verschleppen, was auch angesichts der Ordnungsfrist von Art. 11a Abs. 3 FMG nicht im Sinne des Gesetzgebers sein kann. So hat die Instruktionsbehörde vorliegend angesichts der Tatsache, dass sich die Frage der Marktbeherrschung bei der Kollokation gar nicht stellen kann, zu Recht darauf verzichtet, diesbezüglich weitergehende Abklärungen zu treffen. Gestützt auf diese Ausführungen hat die Gesuchsgegnerin grundsätzlich Kollokation in den von den fernmelderechtlichen Bestimmungen vorgesehenen Formen anzubieten. 2.2 Pflichtige Dienste Über den Katalog der Dienste, die die Gesuchsgegnerin im Zusammenhang mit der Zugangsform TAL anzubieten hat, herrscht zwischen den Parteien Einigkeit und dieser ist auch aus regulatorischer Sicht nicht zu beanstanden. Klärungsbedarf besteht hingegen bezüglich der Frage, in welcher Form Kollokation anzubieten ist und wozu die Gesuchsgegnerin als marktbeherrschende Anbieterin im Rahmen der Kollokation gesetzlich verpflichtet ist.

17/70

2.2.1 Form der Kollokation Die Gesuchsgegnerin bringt in ihrer Schlussstellungnahme vom 18. August 2008 vor, keine einzige Anbieterin habe ihr Kollokationskonzept in Frage gestellt, wie dies die Instruktionsbehörde offenbar tue. Auch habe sich keine Anbieterin dagegen gewendet, dass sich die Kollokationsstandorte teilweise in baulich abgetrennten Räumen befänden. Schliesslich habe auch keine Anbieterin dagegen opponiert, dass die Gesuchsgegnerin die konkrete Lösung im Einzelfall nach Massgabe der räumlichen Verhältnisse festlege. Entsprechend seien auch keine Vorbehalte zu diesen Fragen formuliert worden. Aufgrund des Verhandlungsprimates sei es der Regulierungsbehörde deshalb verwehrt, einzuschreiten. Es dürfe kein Angebot reguliert werden, welches nicht eingeklagt worden sei. Ansonsten würde nicht die Kostenorientiertheit des Preises dessen überprüft, was die Parteien vereinbart hätten, sondern es würden Inhalt und Preis eines anderen, die vertraglichen Vereinbarungen ausser Acht lassenden Angebots behördlich

definiert. Die Verfahrensvoraussetzungen der Regulierung einer ausschliesslich offenen Kollokation seien aus diesen Gründen nicht erfüllt. Die Gesuchstellerin äussert sich nicht zu dieser Thematik. Art. 56 Abs. 3 FDV sieht als minimale und ausreichende Form der Kollokation die offene Kollokation vor. Die marktbeherrschende Anbieterin ist demnach verpflichtet, mindestens eine Kollokation ohne bauliche Abtrennung anzubieten. Sie kann hingegen auch Formen der Kollokation anbieten, welche über das vorgesehene Mindestmass der offenen Kollokation hinausgehen. Die Kosten für die Realisierung eines solchen Ausbaus können hingegen nicht im Rahmen eines Zugangsverfahrens festgelegt werden. Das BAKOM hat denn auch richtigerweise im Rahmen der Verfahrensinstruktion nur die entsprechenden Kosten für diese Form der Kollokation, das heisst ohne bauliche Abtrennung am Standort der marktbeherrschenden Anbieterin, als relevant erachtet und Preise für diese offene Form der Kollokation hergeleitet. Dadurch wird das Kollokationskonzept der Gesuchsgegnerin nicht in Frage gestellt. Ist es der Wille der Gesuchsgegnerin, die Kollokation räumlich abgetrennt anzubieten, steht es ihr selbstverständlich frei, dies zu tun. Sie ist einzig durch Art. 56 Abs. 3 FDV verpflichtet, mindestens die Form der offenen Kollokation anzubieten. Dies lässt sich schon dem Erläuterungsbericht zur Fernmeldeverordnung¹ entnehmen und wurde auch im Laufe des Verfahrens nie in Frage gestellt. Nicht gesagt ist durch die gesetzliche Regelung allerdings, wer die Kosten für eine baulich abgetrennte Kollokation zu tragen hat. Dabei kann wohl nach den gängigen Gepflogenheiten zwischen Vertragspartnern davon ausgegangen werden, dass diejenige Partei die Kosten für einen nicht pflichtigen Mehraufwand trägt, die ihn wünscht. Erachtet also die Gesuchsgegnerin eine baulich abgetrennte Kollokation als sinnvoll, so hat sie dafür die Mehrkosten dieser Variante zu tragen. Ist es die Gesuchstellerin, die einen über das gesetzlich geforderte Mindestangebot hinausgehenden Ausbauwunsch anbringt, so hat sie die entsprechenden Kosten zu tragen. Vorausgesetzt, dass die Gesuchsgegnerin zu einer solchen Lösung überhaupt Hand bietet. Wäre es schliesslich wegen Platzknappheit gar nicht möglich, am Standort Kollokation anzubieten, so würde die Bestimmung von Art. 57 FDV greifen. Da es sich bei einer durch bauliche Massnahmen abgetrennten Kollokation aber um eine Dienstleistung handelt, zu welcher eine marktbeherrschende Anbieterin gesetzlich nicht verpflichtet ist, ist es der ComCom auch verwehrt, regulierend einzugreifen. Nicht pflichtige Dienste dürfen nicht reguliert werden. Es erstaunt deshalb etwas, dass gerade die Gesuchsgegnerin, welche sich in der Regel gegen jegliche Eingriffe der Regulierungsbehörde zur Wehr setzt, hier eine behördliche Festlegung von Preisen für eine Dienstleistung verlangt, zu der sie gesetzlich nicht verpflichtet ist. In diesem Zusammenhang ist im Weiteren kurz auf das Argument der Gesuchsgegnerin, die Eintretensvoraussetzungen für eine Regulierung nur der offenen Kollokation seien nicht gegeben, einzugehen. Diese Auffassung ist nicht korrekt. Es trifft zwar zu, dass die ComCom nur regulierend eingreifen kann, wenn sich die Parteien nicht einig sind und eine Partei bei ihr ein Gesuchsverfahren anhebt.

¹ Abrufbar unter

<http://www.bakom.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00512/00871/index.html>, S. 21.
18/70

Vorliegend ist diese Verfahrensvoraussetzung bezüglich der Preise für Kollokation erfüllt. Andererseits kann die ComCom aber nur für pflichtige Dienste kostenorientierte Preise verfügen und betreffend Kollokation besteht nur für die offene Form eine gesetzliche Pflicht. Mit anderen Worten kann die ComCom im Rahmen der Kollokation nur Preise für

die offene Kollokation verfügen, weshalb auch nur diesbezüglich die Eintretensvoraussetzungen überhaupt gegeben sein können. Die Aussage der Gesuchsgegnerin, das geltende Recht ermächtige den Sektorregulator nicht, die Kollokation auf eine offene Kollokation zu beschränken, ist verkehrt. Das geltende Recht bestimmt das Ausmass der pflichtigen Dienste und setzt der Regulierung somit in der Hinsicht Grenzen, als die Regulierungsbehörde nicht eingreifen darf, wo keine Verpflichtung zur Zugangsgewährung besteht. Es ist also das Recht, welches das Ausmass der Regulierung bestimmt und nicht die Regulierungsbehörde. Würde Letztere auch für Dienste, welche die Gesuchsgegnerin ausserhalb dieser Pflicht anbietet, kostenorientierte Preise festlegen, würde sie ihre Kompetenzen überschreiten und das Recht verletzen. Soweit die Gesuchsgegnerin erklärt, es fehle an einer gesetzlichen Grundlage für eine Beschränkung des regulierten Angebots auf eine offene Kollokation, kann auf die soeben gemachten und auf die nachfolgenden Ausführungen betreffend gesetzlicher Grundlage für die Verordnungsbestimmungen im Bereich der Kollokation verwiesen werden (unten Ziff. 2.2.2). Ergänzend sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass die Auslegung von Art. 56 Abs. 3 FDV zu keinem anderen Ergebnis führen kann, als dass die ComCom Preise nur für die offene Kollokation verfügen darf. Es sei in diesem Zusammenhang nochmals erwähnt, dass dadurch die Möglichkeit der Gesuchsgegnerin, eine über die gesetzliche Mindestanforderung hinausgehende Kollokation anzubieten, in keiner Weise vermindert wird. Die Kosten für solche baulichen Massnahmen können hingegen aus rechtlichen Gründen nicht im Rahmen eines Zugangsverfahrens festgelegt werden. Ob es aus tatsächlichen Gründen überhaupt möglich wäre, behördlich kostenorientierte Preise zu verfügen, kann deshalb auch offen gelassen werden. Angesichts des Umstandes, dass die jeweiligen Ausbauten wohl einen sehr stark auf die konkreten Räumlichkeiten zugeschnittenen individuellen Charakter hätten, bestehen allerdings grosse Zweifel daran. Was schliesslich nicht sein kann, ist, dass für jeden konkreten Standortausbau ein Zugangsverfahren vor der ComCom angestrengt werden soll. Die ComCom hat die Bedingungen des Zugangs festzulegen. Für Streitigkeiten aus Vereinbarungen und aus den Verfügungen über den Zugang ist der Zivilrichter verantwortlich (Art. 11b FMG). Die Gesuchsgegnerin macht schliesslich geltend, im Verhältnis zu Anbieterinnen, welche gemäss den geltenden Verträgen geschlossene Kollokation beziehen, könnten die Preise einer offenen Kollokation nicht massgeblich sein. Dem ist zu widersprechen. Diese Preise sind in der Hinsicht relevant, als sie Mindestpreise für jeden Kollokationsbezug darstellen und insoweit auch von jeder Bezügerin zu bezahlen sind, entweder als Gesamtpreis (bei offener Kollokation) oder nur als Teilpreis (bei über offene hinausgehende Kollokation). Es ist Sache der Parteien zu bestimmen, wer im zweiten Fall den zusätzlichen Mehraufwand zu tragen hat. Die ComCom ist dafür aus den dargelegten Gründen nicht kompetent. Ob, wie die Gesuchsgegnerin vorbringt, hinsichtlich der Anbieterinnen, die gemäss Vertrag geschlossene Kollokation beziehen, davon auszugehen sei, dass die von der Gesuchsgegnerin bereitgestellten abgegrenzten Flächen deren Wunsch entsprechen und damit auch unter Berücksichtigung der Kosten baulicher Massnahmen abgegolten werden müssen, ist eine Frage des zivilrechtlich zu beurteilenden Einzelfalles und entzieht sich der Kenntnis der ComCom. Die Formulierung der Ziff. 5.2 in der Leistungsbeschreibung zum Basisangebot KOL FDV der Gesuchsgegnerin, wonach die Gesuchsgegnerin die mögliche Variante auswählt, lässt aber Zweifel daran aufkommen, dass die Wünsche der nachsuchenden Anbieterinnen im Zentrum der jeweiligen Vertragsverhandlungen stehen. 2.2.2 Weitere Verpflichtungen, gesetzliche Grundlage von Art. 56 FDV Die Gesuchsgegnerin führt aus,

die Bestimmungen der FDV seien nicht durch eine genügende gesetzliche Grundlage gedeckt, soweit sie Verpflichtungen enthielten, die nicht der direkten Realisierung von Zugangsansprüchen dienten. Sie sei gestützt auf das FMG nicht grundsätzlich verpflichtet, der

19/70

Konkurrenz ihre Standorte zu kostenorientierten Preisen zu überlassen.

Verordnungsbestimmungen seien gesetzeskonform auszulegen, und Bestimmungen, die den Anforderungen an eine Delegationsnorm nicht entsprächen, müssten durch die zuständigen Instanzen im Rahmen einer akzessorischen Normenkontrolle geprüft werden. Bezüglich Art. 56 Abs. 2 Bst. d und e FDV mangle es aus ihrer Sicht an einer genügenden gesetzlichen Grundlage. Sie ist deshalb der Meinung, die Ansprüche der Gesuchstellerin bezüglich Verbindung eigener Anlagen mit denjenigen Dritter in den Zentralen sowie der Bezug von Zugangsdienstleistungen für Dritte gingen über das FMG hinaus. Sie erklärt weiter, sie anerkenne eine Rechtspflicht zu Leistungen der Kollokation insoweit, als die Kollokation zur technischen Realisierung der gesetzlichen Zugangsansprüche gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG erforderlich sei. Die Gesuchstellerin mache aber Ansprüche auf Dienstleistungen geltend, die über die gesetzlichen Verpflichtungen der Gesuchsgegnerin hinausgingen. Die FDV bilde keine genügende gesetzliche Grundlage für einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit, welche auch ihr zustehe. Die Gesuchstellerin erklärt, sie verlange lediglich das, was vom Gesetzgeber vorgesehen und auf dem Verordnungsweg konkretisiert worden sei. Sie verweist auf Art. 56 Bst. d und e FDV und erklärt, das in Art. 11 Abs. 1 FMG festgelegte Nichtdiskriminierungsgebot bilde eine ausreichende gesetzliche Grundlage für diese Bestimmung.

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

Verpflichtungen, die der Gesuchsgegnerin durch die Bestimmung von Art. 56 FDV auferlegt werden, können demgegenüber allesamt als leichte Eingriffe qualifiziert werden. So ist insbesondere zu beachten, dass es bei den von der Gesuchsgegnerin als für einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit nicht ausreichend bezeichneten Bestimmungen von Art. 56 Abs. 2 Bst. e und d FDV darum geht, dass die Gesuchsgegnerin alternativen Anbieterinnen lediglich die Verbindung untereinander und den Bezug von Zugangsdienstleistungen für Dritte zu ermöglichen hat. Sollte sie dabei überhaupt selber aktiv werden müssen, so könnte die Gesuchsgegnerin kostenorientierte Preise für ihre Arbeit verlangen. Ansonsten hat sie lediglich zu dulden, dass andere Anbieterinnen Geschäftstätigkeiten vornehmen, die sie selbst auch vornehmen kann. Mithin wären die konkreten Eingriffe bezüglich Normstufe der gesetzlichen Grundlage auch dann gedeckt, wenn sich die Gesuchsgegnerin auf die Wirtschaftsfreiheit berufen könnte. Im Hinblick auf die Normdichte von Art. 56

20/70

FDV räumt die Gesuchsgegnerin selber ein, das Erfordernis der genügend präzisen Formulierung sei erfüllt, erklärt sie doch ausdrücklich, dass ihr Basisangebot von der FDV abweiche. Da Art. 56 FDV hinsichtlich Normstufe und Normdichte grundsätzlich eine genügende gesetzliche Grundlage darstellen, ist im Weiteren zu prüfen, ob die strittigen Verordnungsbestimmungen verfassungskonform erlassen respektive ob die Anforderungen an die Gesetzesdelegation gemäss Art. 164 Abs. 2 BV eingehalten wurden. Diese Prüfung wird unter Ziff. 2.2.2.2 vorgenommen. Vorab ist in gebotener Kürze auf die weiteren Eingriffsvoraussetzungen gemäss Art. 36 BV einzugehen, die für einen allfälligen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit erfüllt sein müssten. Die Gesuchsgegnerin bringt selber nicht vor, es bestehe kein öffentliches Interesse an der durch Art. 56 FDV vorgesehenen Kollokation. Das öffentliche Interesse, welches der Zugangsverpflichtung der marktbeherrschenden Anbieterin zugrunde liegt, ist ohne weiteres darin zu erblicken, dass ein wirksamer Wettbewerb beim Erbringen von Fernmeldediensten ermöglicht werden soll (Art. 1 Abs. 2 Bst. b FMG sowie ausführlich die Botschaft zur Änderung des Fernmeldegesetzes vom 12. November 2003 in BBl 2003 7951 ff.), was sich letztlich auch positiv für die Endkundinnen und -kunden auswirken soll. Wenn nun die Kollokation eine notwendige Voraussetzung für die technische Realisierung von gesetzlichen Zugangsansprüchen ist, ist sie es folgerichtig auch für den angestrebten wirksamen Wettbewerb. Ein öffentliches Interesse an der Kollokation liegt somit vor. Dies gilt nicht nur dem Grundsatz nach, sondern auch für die einzelnen in Art. 56 FDV statuierten Rechte der Konkurrentinnen der marktbeherrschenden Anbieterin. Auch diese dienen dazu, den Wettbewerb beim Erbringen von Fernmeldediensten zu fördern und auch sie liegen somit im öffentlichen Interesse. Es kann weiter nicht ernstlich behauptet werden, dass die in Art. 56 FDV vorgesehenen Massnahmen nicht geeignet wären, dem öffentlichen Interesse nach wirksamem Wettbewerb Nachachtung zu verschaffen. Die Bestimmung ist überdies erforderlich, da keine milderen Mittel zur Verfügung stehen würden, welche dem Ziel der Schaffung von wirksamen Wettbewerbsbedingungen in gleichem Masse dienen könnten. Schliesslich kann auch die Zumutbarkeit der Massnahme ohne weiteres bejaht werden, da die Beschwerdeführerin die ihr aus Art. 56 FDV erwachsenden Pflichten, sofern diese mit Aufwendungen verbunden sind, nicht unentgeltlich realisieren muss, sondern dafür kostenorientierte Preise verlangen kann.

2.2.2.2 Delegationsgrundsätze Die Verfassungsmässigkeit einer Verordnung setzt voraus, dass die Befugnis zur Rechtsetzung

förmlich an den Verordnungsgeber übertragen wurde. Diesbezüglich ist zu beachten, dass die Gesetzesdelegation nicht durch die Verfassung ausgeschlossen sein darf. Weiter ist verlangt, dass die Norm, welche die Regierung zum Erlass von Verordnungsbestimmungen autorisiert, in einem Gesetz im formellen Sinn begründet liegt. Schliesslich muss sich die Delegation auf eine inhaltlich bestimmte Materie beziehen und das formelle Gesetz muss – falls die Rechtstellung des Einzelnen in schwerwiegender Weise berührt wird – die Grundzüge der Regelung selber umschreiben (vgl. REGINA KIE-NER/WALTER KÄLIN, a.a.O., S. 89). Die Gesetzesdelegation wird vorliegend weder durch Art. 164 Abs. 1 BV noch durch eine andere Verfassungsbestimmung ausgeschlossen. Mit Art. 11 Abs. 3 FMG wird die Ermächtigung des Bundesrats zum Erlass von Verordnungsbestimmungen erteilt. Dass es sich dabei um eine Befugnis handelt, gesetzvertretende Bestimmungen zu erlassen, ergibt sich daraus, dass diejenige zum Erlass von reinen Vollzugsbestimmungen bereits in Art. 62 Abs. 1 FMG statuiert ist (vgl. BGE 131 II 13 E. 6.2 S. 26). Die Gesetzesdelegation wird überdies nicht allgemein erteilt, sondern sie bezieht sich auf die Gewährung des Zugangs durch die marktbeherrschende Anbieterin gemäss Art. 11 FMG. Aus den oben unter Ziff. 2.2.2.1 genannten Gründen wird die Rechtstellung der Gesuchsgegnerin durch die Bestimmungen von Art. 56 FDV nicht in schwerwiegender Weise berührt, weshalb das FMG prinzipiell auch nicht die Grundzüge der Regelung selber umschreiben müsste. Die Bestimmung von Art. 56 FDV hält somit auch ohne weiteres vor den Grundsätzen der Gesetzesdelegation stand. Angesichts der beharrlich vorgetragenen Argumentation der Gesuchsgegnerin, die Gesuchstellerin mache An-

21/70

sprüche geltend, die über das FMG hinausgingen, rechtfertigen sich nachfolgende Bemerkungen über den Inhalt der gesetzlichen Regelung. 2.2.2.3 Grundzüge und Zweck der gesetzlichen Regelung Die Gesuchsgegnerin schliesst aus dem Umstand, dass es sich bei der Kollokation nicht um eine eigentliche Zugangsform, sondern um eine notwendige Voraussetzung für die technische Realisierung von gesetzlichen Zugangsansprüchen handelt, dass den Kollokation nachfragenden Anbieterinnen am Kollokationsstandort nur Geschäftstätigkeiten erlaubt sein sollen, welche in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der nachgefragten Zugangsform stehen. So argumentiert sie, das FMG wolle den alternativen Anbieterinnen Zugang zu kostenorientierten Bedingungen ermöglichen; die Möglichkeit der Aufteilung eines kostenorientierten Angebots auf mehrere Anbieterinnen fordere es hingegen nicht. Es sei der Wille des Gesetzgebers, dass der kostenorientierte Zugang zu bestimmten Diensten mit erheblichen Investitionen der nachfragenden Anbieterinnen verbunden sei. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Es stimmt zwar, dass die Kollokation nicht eine eigentliche Zugangsform ist, sondern eine notwendige Voraussetzung für den Zugang bildet. Es ist auch richtig, dass aus diesem Grund nur Kollokation beanspruchen kann, wer auch Dienste einer eigentlichen Zugangsform (insbesondere des Produkts vollständig entbundener Teilnehmeranschluss TAL) bezieht und die Gesuchsgegnerin insoweit nicht verpflichtet werden kann, in ihren Räumlichkeiten einer Anbieterin, die keine gesetzlich vorgesehenen Zugangsdienstleistungen bezieht, Fläche zu vermieten. Daraus zu schliessen, dass es entgegen dem Willen des Gesetzgebers wäre, wenn die eingemieteten Anbieterinnen untereinander direkt Geschäftstätigkeiten aufnehmen, ist indessen verfehlt. Aus dem Umstand, dass für den Bezug von Kollokation der Bezug von Dienstleistungen einer Zugangsform gemäss Art. 11 FMG vorausgesetzt ist, lässt sich keineswegs ableiten, dass

Anbieterinnen, welche Kollokation bezogen haben, jegliche direkte Zusammenarbeit versagt sein soll. Dies lässt sich weder dem Gesetz noch seiner Entstehungsgeschichte entnehmen. Vielmehr ist vom Gegenteil auszugehen. Das FMG verpflichtet die marktbeherrschende Anbieterin zur Zugangsgewährung insbesondere auf nicht diskriminierende Weise (Art. 11 FMG). Das Gebot der Nichtdiskriminierung statuiert gemäss Art. 52 FDV das Verbot, andere Anbieterinnen schlechter als eigene Geschäftseinheiten, Tochterfirmen oder andere Partnerinnen zu stellen. Wenn es der Gesuchsgegnerin aber erlaubt ist, ihre Anlagen mit denjenigen aller anderen am Standort präsenten Anbieterinnen direkt zu verbinden, ist nicht einzusehen, warum den alternativen Anbieterinnen beispielsweise eine direkte Verbindung ihrer Anlagen untereinander nicht erlaubt sein soll (dazu unten Ziff. 6.1). Die Gesuchsgegnerin kann denn auch nicht darlegen, warum eine direkte Zusammenarbeit ihrer am Kollokationsstandort präsenten Konkurrentinnen untereinander aus technischen oder betrieblichen Gründen nicht möglich sein sollte. Ihre Argumentation erschöpft sich in der Beanstandung der gesetzlichen Grundlage, welche bezüglich Normstufe nicht genügend sein soll, ihr weitere Verpflichtungen aufzuerlegen. Dieses Vorbringen zielt aus den bereits oben angeführten Gründen ins Leere. So ist schon fraglich, ob die Gesuchsgegnerin sich im relevanten Bereich überhaupt auf Grundrechte berufen kann. Weiter ist fraglich, ob es sich bei einer Pflicht zur Duldung von direkten Zusammenschlüssen im Rahmen der gesetzlichen Verpflichtung zur Gewährung von Kollokation überhaupt um einen Eingriff in ein Grundrecht handeln würde. Nicht fraglich ist hingegen, dass es sich dabei - wenn schon - augenscheinlich um einen leichten Eingriff handeln würde, für welchen die im Rahmen einer korrekten Gesetzesdelegation zustande gekommene Bestimmung von Art. 56 Abs. 2 Bst. d FDV ohne Zweifel eine genügende gesetzliche Grundlage bilden würde. Soweit die Gesuchsgegnerin vorbringt, das FMG ziele mit den Zugangsansprüchen in erster Linie auf Infrastrukturwettbewerb und wirksamen Wettbewerb auf den Retailmärkten ab und weder die Zugangsansprüche noch das Diskriminierungsverbot verpflichteten sie, der Gesuchstellerin eine Whole-

22/70

sale-Tätigkeit zu erleichtern, befindet sie sich in einem Irrtum über die Intention der neuen fernmelde-rechtlichen Vorschriften. Mit diesen soll dem Infrastrukturwettbewerb zwar in der Tat Rechnung getragen werden. Allerdings steht dabei im Zentrum, dass die Marktteilnehmer künftig in technologisch sinnvolle und moderne Infrastrukturen investieren, weshalb auf eine technologieneutrale Entbündelung verzichtet wurde. Bezweckt wurde damit insbesondere, dass nicht auch neu erstellte Glasfasernetze reguliert werden und alternative Anbieterinnen von Fernmeldediensten in diese Technologie investieren müssen, wenn sie sich auf dem Markt behaupten wollen. Nicht bezweckt wurde damit hingegen, dass die Gesuchsgegnerin als marktbeherrschende Anbieterin jede ihr nicht genehme Verpflichtung zur Zugangsgewährung auf ihre Infrastruktur im konkreten Fall mit dem Argument des erwünschten Infrastrukturwettbewerbs abwehrt. Dieses bezieht sich auf künftige Technologien und nicht auf diejenige des regulierten Kupferkabels und damit verbundener Infrastrukturen. Der Gesetzgeber beabsichtigte eben gerade nicht, dass Konkurrentinnen der marktbeherrschenden Anbieterin ein kupferbasiertes Anschlussnetz erstellen sollten. Ebenso wenig schwebte ihm vor, dass die Konkurrenz eigene Alternativen zu den von der Gesuchsgegnerin im Zusammenhang mit ihrem historischen Anschlussnetz betriebenen Zentralen oder anderen Netzknoten errichtet.

Vielmehr statuiert das FMG eine Verpflichtung der nicht diskriminierenden Zugangsgewährung der marktbeherrschenden Anbieterin zu einzelnen ihrer Dienste und Infrastrukturen. Damit spiegelbildlich verbunden ist das Recht anderer Fernmeldediensteanbieterinnen, diese Dienste oder Infrastrukturen zu kostenorientierten Preisen zu nutzen. Der vom Gesetzgeber beabsichtigte Infrastrukturwettbewerb tangiert dieses Recht nicht. Weiter ist es nicht korrekt, davon zu sprechen, das FMG wolle nur den Zugang zu kostenorientierten Bedingungen ermöglichen und es fordere die Möglichkeit der Aufteilung der Kosten eines kostenorientierten Angebots auf mehrere Fernmeldediensteanbieterinnen nicht. Das FMG will im hier interessierenden Bereich wirksamen Wettbewerb beim Erbringen von Fernmeldedienstleistungen ermöglichen (Art. 1 Abs. 2 Bst. c FMG). Um dieses Ziel zu erreichen, statuiert es eine Verpflichtung zur Zugangsgewährung durch die marktbeherrschende Anbieterin in nicht diskriminierender Weise. Es trifft zwar zu, dass das FMG nicht explizit vorsieht, dass mehrere Fernmeldediensteanbieterinnen ihre Kosten für den Zugang teilen können. Dies ist aber auch nicht relevant. Massgebend ist vielmehr, dass das FMG dies nicht explizit verbietet. Es ist daran zu erinnern, dass die neuen fernmelderechtlichen Bestimmungen nicht erlassen wurden, um die Gesuchsgegnerin vor dem Wettbewerb zu schützen, sondern um wirksamen Wettbewerb überhaupt erst zu ermöglichen. Dazu wurde unter anderem gesetzlich eine Öffnung der sog. letzten Meile eingeführt, welche es alternativen Fernmeldediensteanbieterinnen ermöglichen soll, in gegenüber der Gesuchsgegnerin nicht diskriminierter Form auf dem Telekommunikationsmarkt Kundinnen und Kunden zu gewinnen. Durch eine solche Schaffung gleich langer Spiesse soll schliesslich der auch von der Gesuchsgegnerin immer wieder propagierte wirksame Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt zustande kommen. Die mit der Gesetzesnovelle 2007 eingeführten Neuerungen sind in diesem Lichte zu betrachten. Sie bezwecken die Förderung des Wettbewerbs im Telekommunikationsmarkt und zielen deshalb darauf ab, im regulierten Bereich gleiche Bedingungen für alle Konkurrentinnen herzustellen. Es ist in diesem Zusammenhang denn auch nicht ersichtlich, warum es der gesetzgeberische Wille gewesen sei, dass der kostenorientierte Zugang zu bestimmten Diensten mit erheblichen Investitionen der nachfragenden Anbieterinnen verbunden sein müsse. Solches vorzusehen würde dem Zweck von Art. 1 Abs. 2 Bst. c FMG direkt zuwiderlaufen und eine entsprechende Forderung ist deshalb auch weder im FMG direkt, noch in seinen Ausführungsbestimmungen, noch in seinen Materialien irgendwo formuliert. 3 Nachweis kostenorientierter Preise Als marktbeherrschende Anbieterin hat die Gesuchsgegnerin den Nachweis zu erbringen, dass die von ihr geltend gemachten Zugangspreise im Sinne des Gesetzes kostenorientiert sind und damit den fernmelderechtlichen Anforderungen entsprechen. Kann sie diesen Nachweis nicht erbringen, verfügt

23/70

die ComCom auf Grund von markt- und branchenüblichen Vergleichswerten. Die ComCom kann die Preise auch gestützt auf eigene Preis- und Kostenmodellierungen oder andere geeignete Methoden verfügen, insbesondere wenn keine geeigneten Vergleichswerte verfügbar sind (Art. 74 Abs. 3 FDV). Im Rahmen des Beweisverfahrens erhielt die Gesuchsgegnerin Gelegenheit, den Nachweis zu erbringen, dass die in Frage stehenden Preise den gesetzlichen Anforderungen der Kostenorientierung entsprechen. Zu prüfen ist nun, ob die Gesuchsgegnerin die gesetzlichen Kriterien in Art. 54 FDV bei der Kostenmodellierung eingehalten hat. Der Kostennachweis gemäss den

fernmelderechtlichen Vorschriften weist zwei Komponenten auf: Einerseits hat die Gesuchsgegnerin der Regulierungsbehörde die relevanten Daten und Informationen einzureichen, welche der von ihr vorgenommenen Preisgestaltung zugrunde liegen (formeller Kostennachweis). Sodann hat Letztere zu überprüfen, ob die strittigen Preise für die Zugangsdienstleistungen von der Gesuchsgegnerin tatsächlich in Übereinstimmung mit den Vorgaben einer kostenorientierten Preisgestaltung festgesetzt wurden (materieller Kostennachweis).

3.1 Kostennachweis in formeller Hinsicht

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 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.

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 am 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)

24/70

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 sowie die Komplexität der Abläufe und 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.

Abbildung 2 : Wertschöpfungsstufen in Cosmos (Quelle: Eingabe Gesuchsgegnerin vom 29. Februar 2008) Die Ressourcen sind reine Inputobjekte des Modells und besitzen einen eindeutig zugewiesenen Wert, respektive Preis. Die Ressourcen werden in Unterkategorien unterschieden und können einer Kostenart zugewiesen werden. Folgende Unterkategorien werden im Modell unterschieden: – Anlageressourcen: repräsentieren die Anlagewerte der Netzplattformen sowie der Operating Support Systems und Business Support Systems (OSS/BSS) – Personalressourcen: repräsentieren die Kosten von Wholesale-Mitarbeitenden und beinhalten die Kosten der entsprechenden Organisationskostenstelle (OKST) – Plattformressourcen: beinhalten die Fremdkosten auf Plattformen (Netzplattformen und OSS/BSS) – Zuschlagsressourcen: beinhalten die Kosten, die via Zuschlagskalkulation verteilt werden (Verwaltung, Vertrieb) – Übrige Ressourcen: beinhalten die sonstigen Betriebskosten

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

25/70

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. 4. Zuschlagskalkulation: Verteilung der Verwaltungs- und Vertriebsgemeinkosten (VVGK) proportional zu den Herstellkosten. In seiner Gesamtform kann Cosmos als hybrides Kostenmodell bezeichnet werden. Das heisst, bei der Modellierung kommen sowohl der Top-down- als auch der Bottom-up-Ansatz zur Anwendung. Bei der so genannten Top-down-Modellierung werden Kostendaten aus der internen Kosten-/Leistungsrechnung extrahiert und anschliessend um Ineffizienzen bereinigt. Beim so genannten Bottom-up-Ansatz wird das modellhafte Netz mittels

Algorithmen und unter Berücksichtigung funktionaler Zusammenhänge abweichend vom bestehenden Netz neu konstruiert und berechnet. Einzig die Standorte der Hauptverteiler und der Endkundinnen und Endkunden werden aus dem aktuellen Netz übernommen.

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 aus Cosmos zu entnehmen sind, wurden von der Gesuchsgegnerin in Form von Exceltabellen eingereicht.

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 liess 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 stellt auch keine Pfadabhängigkeit dar, sondern entspricht einer gängigen Pra-

26/70

xis der Modellierung von Telekommunikationsnetzen (vgl. z.B. Wissenschaftliches Institut für Kommunikationsdienste GmbH [WIK] oder Dialog Consult²). Einen weiteren Schritt stellte die Überprüfung der Transformation der Investitionen in Kosten mittels Annuitätenformel dar. 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 im weiteren 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 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. 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 dem Grundsatz nach 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.

3.2 Kostennachweis in materieller Hinsicht

3.2.1 Gesetzliche Grundlagen

Das Fernmeldegesetz schreibt in Art. 11 Abs. 1 FMG vor, dass marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen in den explizit aufgezählten Formen Zugang zu ihren Einrichtungen und zu ihren Diensten zu gewähren haben. Die Elemente und Grundsätze einer kostenorientierten Preisgestaltung werden in Art. 54 FDV ausgeführt. Die Festsetzung der Preise für Dienstleistungen im Zugangsbereich beruht demgemäss auf folgenden Elementen:

2 Abrufbar unter <http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/264.pdf>, S. 16, respektive unter <http://www.dialog-consult.com/DCNL/PDF/DCNL011.PDF>, S. 13.

27/70

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). 4. Zu berücksichtigen sind die Kosten einer effizienten Anbieterin (Art. 54 Abs. 2 Satz 1 FDV). 5. Die Berechnung der Kosten erfolgt auf aktueller Basis (Forward Looking; Art. 54 Abs. 2 Satz 2 FDV). 6. Die Kosten der Infrastruktur entsprechen den Wiederbeschaffungskosten (Modern Equivalent Assets; Art. 54 Abs. 2 Satz 3 FDV).

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

Netzökonomie wie der Telekommunikation gibt es demgegenüber typischerweise Bereiche, in welchen ein Markteintritt, und vor allem auch Marktaustritt, wegen hohen fixen und irreversiblen Kosten nicht frei ist und deshalb auch kein wirksamer Wettbewerb herrscht. Kann eine marktbeherrschende Anbieterin die Preise für Vorleistungsprodukte ohne ausreichenden Marktdruck eigenständig festlegen, ist sie versucht, diese so hoch anzusetzen, dass neu eintretende Marktteilnehmende keine oder nur eine unzureichende Marge erzielen können. Dritte würden dergestalt vom Markt ausgeschlossen, was wiederum Wettbewerb verunmöglichen sowie auf dem Endkundenmarkt zu überhöhten Preisen führen würde. Bei diesen ökonomischen Gegebenheiten bezweckt die staatliche Regulierung, trotz marktbeherrschender Stellung auf den Vorleistungsmärkten (Wholesale), Wettbewerb auf den nachgelagerten Endkundenmärkten (Retail) zu erzielen. Die Pflicht zur Zugangsgewährung stellt mit anderen Worten einen Ausgleich zur Marktbeherrschung dar und ist daher von zentraler Bedeutung für die Öffnung (Liberalisierung) von Telekommunikationsmärkten (vgl. ROLF H. WEBER, Der Übergang zur neuen Telekommunikationsordnung, in: ROLF H. WEBER (Hrsg.), Neues Fernmelderecht, Zürich 1998, S. 23.). Sie soll wirksamen Wettbewerb beim Erbringen von Fernmeldediensten ermöglichen (Art. 1 Abs. 2 Bst. c FMG). Mit den Regulierungsvorschriften wird eine Wettbewerbssituation simuliert, wonach die unter konkurrierenden FDA geltenden Zugangsbedingungen unter funktionierenden Wettbewerbsverhältnissen zustande kommen. Der Preisregulierung muss ein ökonomisches Konzept zu Grunde gelegt werden, das einer Preisgestaltung auf Märkten für Zugangsdienstleistungen unter wirksamem Wettbewerb entspricht. Hierfür wird auf das Konzept der bestreitbaren Märkte (Contestable Markets) abgestellt. Dieses geht von der Hypothese aus, dass keine Markteintrittsbarrieren bestehen und Nachfragende auf geringste Preisänderungen mit einem Wechsel des Anbieters reagieren (sog. unendliche Preiselastizität der Absatzmärkte). Auf Märkten ohne wirksamen Wettbewerb müssen Preise folglich so reguliert werden, wie wenn Wettbewerb herrschen würde (Competitive Market Standard). Die Rolle des Regulators besteht darin, den fehlenden Wettbewerb zu simulieren (in loco competitio).

28/70

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.

3.2.3 Berechnung der Kosten auf aktueller Basis (Forward Looking)

Grundsätzlich ist bei der Überprüfung des Kostennachweises eine zukunftsbezogene Sichtweise einzunehmen (Forward Looking). Aus Art. 54 FDV ergibt sich, dass die Überprüfung der Kosten marktbeherrschender Unternehmen nach den Kosten einer hypothetischen neuen Markteintriterin mit effizienter Leistungsbereitstellung 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 (Contestable Markets) simuliert den plötzlichen Markteintritt einer alternativen Anbieterin mit eigener Infrastruktur. Im Gegensatz etwa 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. Es ging ihm 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 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). Wie die ComCom bereits in früheren Entscheiden betont hat, hat die Annahme einer hypothetischen Markteintriterin, die nach der Theorie der bestreitbaren Märkte zur Festsetzung kostenorientierter Preise herangezogen wird, Modellcharakter. Die hypothetische Markteintriterin besitzt vor ihrem Markteintritt keine Anlagegüter, die sie zu einem früheren Zeitpunkt zu historischen Preisen gekauft hat. Es wird ihr vielmehr unterstellt, dass sie ihr Netz neu aufbaut und zum Zeitpunkt des Markteintritts die modernste Technologie in ihrem Netz einsetzt und demnach ihr Kostenniveau durch die neueste Technologie bestimmt wird. Dabei wird jedoch sichergestellt, dass im verwendeten Referenzszenario die Kosten eines Netzes, das den gleichen Funktionsumfang (Äquivalenz) wie das Netz der Gesuchs-

29/70

gegnerin aufweist, ermittelt werden. Das Bundesgericht hat diesen von der ComCom vertretenen Ansatz ausdrücklich geschützt (BGE 132 II 257). 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 stosse. Das Modell der Gesuchsgegnerin zeige auf, wie teuer es wäre, unter heutigen Bedingungen das historisch gewachsene Netz der Gesuchsgegnerin nachzubauen, was in zweierlei Hinsicht sehr hypothetisch sei: Erstens verlange der MEA-Ansatz, dass im Modell das Netz eines hypothetischen neuen Markteintreters mit effizienter Leistungsbereitstellung nachgebildet werde. Neue Anschlussnetze würden heute aber entweder mittels Mobilfunktechnologie oder in Form von Glasfasernetzen erstellt, wobei sich die Netzstruktur jeweils stark von der Topologie des Netzes der Gesuchsgegnerin unterscheidet. Zweitens lägen die historischen Baukosten für ein Anschlussnetz laut Preisüberwacher deutlich unter den aktuellen Baukosten. Der Preisüberwacher unterstützt zwar unter der gegebenen Rechtslage (Art. 54 Abs. 2 FDV) die Vorgehensweise der Instruktionsbehörde, regt jedoch zur Plausibilisierung der Modellergebnisse den Einbezug von Preisvergleichen respektive von Berechnungen basierend auf Daten der Finanzbuchhaltung der marktbeherrschenden Anbieterin, konkret also der Gesuchsgegnerin, an. Bezüglich Funktechnologien ist dem Preisüberwacher entgegenzuhalten, dass solche im heutigen Zeitpunkt auch aus Sicht der Wettbewerbskommission Weko nicht als Substitute für drahtgebundene Anslussttechnologien betrachtet werden können. Die Forderung des Preisüberwachers, dass im MEA-Ansatz auch drahtlose Technologien mit völlig anderen Netztopologien zur Kostenberechnung herangezogen werden könnten, kann deshalb im heutigen Zeitpunkt nicht berücksichtigt werden. Es ist deshalb vorliegend davon auszugehen, dass eine hypothetische Markteintreterin ihr 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.

3.2.4 Beurteilung des Kostennachweises in materieller Hinsicht

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

4 Anpassungen

In diesem Kapitel werden die Anpassungen an der Modellspezifikation, respektive an den Modellinputparametern der Gesuchsgegnerin und deren Hintergründe aufgezeigt. Die Anpassungen erfolgen grundsätzlich, um die Kostenorientiertheit gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG und Art. 54 Abs. 2 FDV im Kostenmodell der Gesuchsgegnerin umzusetzen. Dabei ist stets zu bedenken, dass zur Überprüfung des

30/70

Kostennachweises eine hypothetische effiziente Markteintreterin heranzuziehen und nicht das Unternehmen der Gesuchsgegnerin zu modellieren ist. Weil die Umsetzung des

effizienten Verhaltens der Modellunternehmung bei der Überprüfung der Kostenorientiertheit der regulierten Preise im Vordergrund steht, können die tatsächlichen Kosten der Gesuchsgegnerin von den Modellkosten abweichen. Nachfolgend wird aufgezeigt, welche Anpassungen die ComCom bei der Festsetzung der Preise für die regulierten Dienste, basierend auf den Kostendaten aus Cosmos und den zusätzlichen Kostendaten in Exceltabellen, vorgenommen hat. Zu beachten ist dabei Folgendes: Weil Änderungen der Herstellkosten eines Kostenträgers Auswirkungen auf die Verteilung der Gemeinkosten haben, werden sämtliche Anpassungen am Kostenmodell der Gesuchsgegnerin aufgezeigt. So werden die relevanten Gemeinkosten proportional zu den Herstellkosten auf die einzelnen Kostenträger verteilt. Dies bedeutet, dass bei einem Sinken der Herstellkosten eines Kostenträgers dessen Anteil an den Gesamtherstellkosten abnimmt. Der Anteil an den Gesamtherstellkosten wiederum bestimmt, welcher Anteil der Gemeinkosten auf diesen Kostenträger entfällt. Diese Modellierung ist gegenüber der bisherigen Praxis, welche bezüglich Gemeinkosten einen fixen prozentualen Zuschlag vorsah, präziser. Die Gesuchsgegnerin macht in ihrer Schlussstellungnahme vom 18. August 2008 geltend, dass die ComCom mit den Anpassungen von ihrer konstanten Praxis zur Festlegung von Modellparametern abweiche. Dazu ist zu bemerken, dass die Regulierung vor einer veränderten Ausgangslage steht, da seit dem 1. April 2007 die entbündelte Teilnehmeranschlussleitung zu den regulierten Produkten gehört. In der bisherigen Regulierungspraxis bezogen auf das Festnetz war das Verbindungsnetz das zugrunde liegende Inkrement der regulierten Dienste. Mit dem Inkrafttreten des FMG per 1. April 2007 kommt das Anschlussnetz als weiteres Inkrement hinzu. Mit Bezug auf die Kosten der hypothetischen Markteintriterin bedeutet dies, dass sich das Investitions- und damit auch das Auftragsvolumen an die Baubranche verzehnfacht, wie die Gesuchsgegnerin in ihrem Kostenmodell nachvollziehbar dargelegt hat. Es ist daher selbstverständlich, dass die ComCom verpflichtet ist, die Modellparameter einer grundsätzlichen Überprüfung und Neubemessung zu unterziehen. Damit verbunden kann es naturgemäss auch in der Praxis der ComCom zu Änderungen kommen. Es liegt denn auch im Wesen einer Ex-post-Regulierung, dass die marktbeherrschende Anbieterin die Entscheide der Regulierungsbehörde insbesondere im Bezug auf neu zu regulierende Dienste nur schwer abschätzen kann. Nicht beipflichtet werden kann deshalb der Aussage der Gesuchsgegnerin, dass es beim fernmelderechtlichen Kostennachweis an Rechtssicherheit fehle, weil der Regulierungsbehörde erhebliche Handlungsspielräume eröffnet würden. Die von der Gesuchsgegnerin beanstandete Unsicherheit bezüglich der Kostenorientiertheit ihrer Preise liegt nicht darin, dass der ComCom diesbezüglich erhebliches Ermessen zukommt, sondern primär darin, dass die ComCom die nach FMG pflichtigen Angebote der Gesuchsgegnerin erst im Nachhinein überprüfen kann. Dessen muss sich auch die Gesuchsgegnerin bewusst sein, weshalb sie insbesondere beim Vorliegen einer neuen Ausgangslage damit rechnen muss, dass sich auch die Praxis in einzelnen Punkten ändern kann. Die Kosten des Anschluss- und Verbindungsnetzes der hypothetischen effizienten Markteintriterin, die mit Cosmos berechnet werden, setzen sich einerseits aus den Betriebskosten und andererseits aus Kapitalkosten sowie Kosten für Abschreibungen zusammen. Die Berechnung der Kapitalkosten und Kosten für Abschreibungen erfolgt innerhalb der Software mittels einer so genannten Annuitätenformel³, in welche die Höhe der Investitionen, der Preiszerfall, die Nutzungsdauer und der Kapitalkostensatz (Weighted Average Cost of Capital; WACC) einfließen. Die Höhe der Investitionen wiederum wird durch die verwendeten Preise und das Mengengerüst, welches

bottom-up durch das Modell di-

3 Die Annuität (A) berechnet sich wie folgt: $T \cdot WACC \cdot dp \cdot dp \cdot WACC \cdot I \cdot A \cdot \dots + + - - \cdot = 1 \cdot 1 \cdot 1$, wobei I für die Investitionen, dp für die Preisänderungsrate und T für die Nutzungsdauer steht.

31/70

mensioniert wird, bestimmt. Die Betriebskosten umfassen beispielsweise Kosten für Unterhalt, Serviceprozesse und Gemeinkosten (sog. Overhead). Alle relevanten Inputparameter an denen Anpassungen vorgenommen wurden, werden nachfolgend in eigenständigen Unterkapiteln abgehandelt. Die Anpassungen erfolgen in erster Linie zur Umsetzung der von Art. 54 Abs. 2 FDV geforderten Effizienz, zur Harmonisierung der Berechnung verschiedener Parameter und zur Berücksichtigung der veränderten Ausgangssituation.

4.1 Kapitalkostensatz für das physische Festnetz

4.1.1 Allgemein

Bei den Kapitalkosten handelt es sich um die Kosten, die einem Unternehmen dadurch entstehen, dass es sich für Investitionen Fremdkapital oder Eigenkapital beschafft. Mit dem Kapitalkostensatz werden die Investitionen in Anlagen in annualisierte Kapitalkosten umgerechnet. Auf Anlegerseite entspricht der Kapitalkostensatz der vom Anleger erwarteten Rendite auf seinem investierten Kapital. Der gemäss Art. 54 Abs. 1 Bst. d FDV branchenübliche Kapitalertrag für die eingesetzten Investitionen stellt wohl die wichtigste einzelne, die Kosten beeinflussende Variable dar. Nicht zuletzt deshalb wurde diese Variable in den Verfahren betreffend die Festsetzung der Interkonnectionspreise für die Jahre 2000-2003 (Entscheidung der ComCom vom 10. Juni 2005 in Sachen TDC Switzerland AG vs. Swisscom Fixnet AG und MCI WorldCom AG vs. Swisscom Fixnet) intensiv diskutiert und ein Experte wurde mit der Begutachtung des Kapitalkostensatzes beauftragt. Im Jahr 2002 hat Prof. Dr. Spremann für das BAKOM ein Gutachten zur Frage der Kapitalkosten erstellt, das auf den Konzepten Weighted Average Cost of Capital (WACC) und Capital Asset Pricing Model (CAPM) basiert. Das Bundesgericht hat in BGE 132 II 257 das Gutachten von Prof. Dr. Spremann gestützt und damit die Richtlinien zur Bestimmung der Kapitalkosten in der Praxis vorgegeben (vgl. auch oben Ziff. 3.2.3). Für die Verfahren der Jahre 2004-2006 hat die Gesuchsgegnerin die Vorgehensweise von Prof. Dr. Spremann repliziert. Aufgrund der Stellungnahme des Preisüberwachers zu den damals zu verfügbaren Preisen übernahm das BAKOM die Vorgehensweise mit leichten Anpassungen (vgl. die rechtskräftigen Entscheidungen der ComCom vom 14. Dezember 2007 in Sachen Colt Telecom AG vs. Swisscom Fixnet AG und Verizon Switzerland AG vs. Swisscom Fixnet AG). Zur Bestimmung der Kapitalkosten für den Kostennachweis 2007 hat die Gesuchsgegnerin das Beratungsunternehmen IFBC mit der Replikation des Gutachtens von Prof. Dr. Spremann vom 15. Dezember 2002 beauftragt. Allerdings traten nach Angaben der Gesuchsgegnerin bei der Herleitung der Beta-Werte im Vergleich zu den Vorjahren verstärkt Schwierigkeiten auf. Insbesondere konnten die Vergleichsunternehmen für den 3-Beta-Ansatz⁴ von Prof. Dr. Spremann nicht mehr im gleichen Masse herangezogen werden. Für das Jahr 2008 hat die Gesuchsgegnerin daher ein neues Gutachten zur Herleitung der CAPM- und WACC-Parameter von der Beratungsfirma IFBC erstellen lassen. Die Gesuchsgegnerin behauptet in ihrer Schlussstellungnahme vom 18. August 2008, sie hätte mit diesem Gutachten den Kapitalkostensatz kostenorientiert hergeleitet. Methodisch folge der neue Ansatz der europäischen Praxis und trage neueren Empfehlungen Rechnung. Aufgrund der veränderten Umstände erachtet auch die ComCom gewisse Abweichungen von der Vorgehensweise im Gutachten von Prof. Dr. Spremann

vom 15. Dezember 2002 und damit Änderun-

4 Beim 3Beta-Ansatz wird das Beta des Interkonnections-Geschäfts über das Beta eines Portfolios bestimmt, das sich aus genau jenen Ressourcengruppen zusammensetzt, die für Interkonnection erforderlich sind. Diese Ressourcengruppen sind erstens Switches (Elektronik/Computer/Software), zweitens Leitungstechnik (Glasfaser, Leerrohre) und drittens Räumlichkeiten für die Knoten. Die Betas dieser drei Ressourcengruppen werden anhand jeweiliger Peer-Groups geschätzt. Die Gewichte, mit denen die drei Ressourcengruppen in das «Portfolio Interkonnection» einfließen, sind durch Angaben des Incumbent gegeben und sie lassen sich auch unabhängig von solchen Angaben direkt schätzen.

32/70

gen in der Herleitung der Kapitalkosten als angebracht. Grundsätzlich wird aber an den Erkenntnissen des Gutachtens festgehalten, weil es sich in der bisherigen Regulierungspraxis als Richtlinie etabliert hat. Grundsätzlicher Anpassungsbedarf besteht hingegen bei der Herleitung des Beta-Wertes. Wie die Gesuchsgegnerin richtig geltend macht, kann der Beta-Wert für das Jahr 2008 nicht mehr mit den bisherigen Vergleichsunternehmen (Peer-Group) berechnet werden (vgl. unten sogleich Ziff. 4.1.2.1). Die Unternehmen der Peer-Group existieren zum Teil nicht mehr oder sind in andere Unternehmen übergegangen. Der von der Gesuchsgegnerin gewählte Ansatz zur Bestimmung des Kapitalkostensatzes folgt zwar grösstenteils den Empfehlungen der International Regulators Group (IRG), die ComCom stellt aber trotzdem fest, dass es im Hinblick auf das Verhalten einer effizienten Anbieterin gemäss den nachstehenden Ausführungen durchaus Optimierungspotential gibt und sie kann deshalb den von der Gesuchsgegnerin gewählten Ansatz nicht übernehmen. Im Weiteren sind aufgrund von Änderungen der faktischen Verhältnisse auch Abweichungen vom Gutachten von Prof. Dr. Spremann vom 15. Dezember 2002 gerechtfertigt und es ist überdies auch den Ausführungen der Preisüberwachung bezüglich Netznutzungsentgelten (vgl. PREISÜBERWACHUNG, Netznutzungsentgelte, Ermittlung der risikogerechten Kapitalverzinsung der schweizerischen Elektrizitätsnetzbetreiber der Strommarktverordnung, 20065) Rechnung zu tragen. Durch den von der ComCom vorliegend gewählten Ansatz wird die Vorhersehbarkeit von Regulierungsentscheiden für alle Marktteilnehmer verbessert und es soll zugleich bezüglich Herleitung des Kapitalkostensatzes eine Annäherung an die Praxis anderer schweizerischer Regulierungsbehörden geschaffen werden. Im Grundsatz sind vorliegend weder die CAPM- noch die WACC-Methode bestritten. Für die Berechnung der CAPM-Rendite sind der Risikofaktor Beta sowie die 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.

4.1.2 Berechnung der CAPM-Rendite

4.1.2.1 Der Risikofaktor Beta

Investoren haben die Möglichkeit, durch den Kauf unterschiedlicher Anlagen Renditeschwankungen, deren Ursprung in den betreffenden Investitionen selbst liegt, im Durchschnitt über ihr gesamtes Portfolio auszugleichen. Der Risikofaktor Beta berücksichtigt das verbleibende, nicht diversifizierbare Risiko einer Anlage und wird branchenspezifisch ermittelt. Vorliegend

ist zu beachten, dass für die Herleitung des Risikofaktors für die Jahre 2007 und 2008 verschiedene Methoden Anwendung finden müssen. Während es für das Jahr 2007 noch möglich war, den Beta-Wert gemäss der bis anhin gängigen Methodik herzuleiten, ist dieses Vorgehen für das Jahr 2008 nicht mehr sachdienlich (vgl. oben Ziff. 4.1.1). 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 hypo-

5 Abrufbar unter

www.preisueberwacher.admin.ch/dokumentation/00445/00637/00644/index.html?lang=de.

33/70

thetischen 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.⁶ Abweichend vom Vorgehen der Gesuchsgegnerin kann das Unternehmen Tele2 Sverige AB jedoch für die Vergleichsgruppe (Peer-Group) nicht berücksichtigt werden, da dessen hauptsächliches Geschäftsfeld im Mobilfunk liegt. Hingegen ist die Herleitung der Beta-Werte auf Basis von wöchentlichen Renditen über einen Betrachtungszeitraum von zwei Jahren, analog der im IFBC-Gutachten vorgeschlagenen Vorgehensweise, gerechtfertigt. Dadurch wird dem schnellen technologischen Wandel ausreichend Rechnung getragen, und dessen Einfluss auf das Risikoprofil der Telekommunikationsbranche berücksichtigt. Gleichzeitig findet mit einer Zweijahresbetrachtung aber auch eine minimale Glättung statt, die verhindert, dass der Beta-Wert und schliesslich auch die Kosten von Jahr zu Jahr allzu stark schwanken. Die Gesuchsgegnerin verwendet im Weiteren bei der Berechnung des Modell-Betas eine Anpassung (Adjustierung) des sog. Raw Betas aufgrund der Tendenz, dass die Beta-Werte von börsenkotierten Unternehmen sich dem Wert eins nähern und somit immer stärker mit der Gesamtmarktentwicklung korrelieren sollen. Sie erklärt, dieses Vorgehen werde auch von der IRG nicht ausgeschlossen. Aus mehreren Gründen ist diese Vorgehensweise zur Berechnung der Kapitalkosten einer effizienten Modellunternehmung zu verwerfen. So sprechen einmal die von der Gesuchsgegnerin zitierten Empfehlungen der IRG entweder für eine Adjustierung des Beta-Wertes oder für eine Anpassung des Verschuldungsgrades. Die Adjustierung wird verwendet, wenn das Beta für eine real existierende Firma auf der Basis der historischen Daten über deren Aktienkurs berechnet werden soll. Bei der Bottom-up-Berechnung des Betas hingegen werden die Raw Beta-Werte von mehreren vergleichbaren Unternehmen als Vergleichswerte herangezogen. Bei diesem Vergleich muss der Verschuldungsgrad der Vergleichsunternehmen berücksichtigt werden (vgl. sogleich unten Ziff. 4.1.2.2). Durch den Vergleich mehrerer Unternehmen werden die Nachteile, die bei der historischen Berechnung bestehen, eliminiert und eine Adjustierung wird überflüssig. Überdies stützt sich auch das Gutachten von Prof. Dr. Spremann vom 15. Dezember 2002 auf das Raw Beta ab und der Preisüberwacher stimmt diesem Vorgehen zu. Schliesslich ist im Telekommunikationsmarkt keine Tendenz ersichtlich, dass die Beta-Werte von

börsenkotierten Unternehmen sich dem Wert eins nähern.

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