

COMCOM bedingungen-des-zugangs-zu-den-kabelkanalisationen-colt-telecom-vs-swisscom-2009-12-07-76955f vom 7. Dezember 2009

ComCom, 2009-12-07, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/comcom_bedingungen-des-zugangs-zu-den-kabelkanalisationen-colt-telecom-vs-swisscom-2009-12-07-76955f

FR: COMCOM bedingungen-des-zugangs-zu-den-kabelkanalisationen-colt-telecom-vs-swisscom-2009-12-07-76955f du 7 décembre 2009

IT: COMCOM bedingungen-des-zugangs-zu-den-kabelkanalisationen-colt-telecom-vs-swisscom-2009-12-07-76955f del 7 dicembre 2009

Erwägungen

E. 1

Bst. c FDV). Dieses bezieht sich in erster Linie auf die Frage der Marktbeherrschung und zielt darauf ab, das Verfahren durch das möglichst frühzeitige und strukturierte Sammeln aller vorhandenen, entscheidungsrelevanten Informationen zu beschleunigen. Das Formular ist für jeden Zugangsdienst auszufüllen, der Gegenstand des Verfahrens bildet und bei dem feststeht oder absehbar ist, dass die Gesuchgegnerin 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 das Formular für Zugangsgesuche beigelegt.

E. 1.1

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

E. 1.2

Zuständigkeit Gemäss Art. 11a FMG verfügt die ComCom bei Streitigkeiten über den Zugang auf Gesuch einer Partei und auf Antrag des BAKOM die Bedingungen des Zugangs. Streitigkeiten aus Vereinbarungen und Verfügungen über den Zugang werden hingegen durch die Zivilgerichte beurteilt (Art. 11b FMG). 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 Kabelkanalisationen nicht in allen Punkten einig geworden. Keine Einigung konnte erzielt werden bezüglich der Höhe der Preise für Kabelkanalisationen, der Frage der zeitlichen Angebotseinschränkung sowie hinsichtlich der Reziprozität der Vertragsbestimmungen. Diese Punkte wurden von den Parteien in ihrem Vertrag vom 6./12. Juli 2007 als Dissens bezeichnet und für diese beantragt die Gesuchstellerin die verfügungsweise Festlegung durch die ComCom. Dabei handelt es sich um Streitigkeiten über die Bedingungen des Zugangs gemäss Art. 11a FMG und folglich ist die ComCom für die Behandlung des Gesuchs vom 20. August 2007 zuständig.

Nicht eintreten kann die ComCom hingegen auf das Rechtsbegehren nach Aufhebung von Klausel 4.4.2 des Vertrages zwischen den Parteien über Kabelkanalisationen, soweit die Selbstnutzung von Kabelkanalisationen durch die Gesuchsgegnerin betroffen ist. Das gesetzliche Verhandlungsprimat verbietet es der ComCom, Zugangsbedingungen zu regeln, über welche sich die Parteien einvernehmlich in Form eines beidseitigen Vertragsverhältnisses geeinigt haben. Die Gesuchstellerin hat den von der Gesuchsgegnerin vorgesehenen Vertrag über den Zugang zu den Kabelkanalisationen mit Vorbehalten bezüglich der Preise, bezüglich der Reziprozität und bezüglich der zeitlichen Angebotseinschränkung unterschrieben. Die Einschränkung des Zugangs aufgrund der von der Gesuchsgegnerin vorgesehenen Selbstnutzung fungiert zwar in der gleichen Klausel 4.4.2 wie diejenige der zeitlichen Angebotseinschränkung. Für den entsprechenden Punkt wurde jedoch kein Vorbehalt angebracht, sondern in der von beiden Parteien unterschriebenen Vertragsurkunde wurde explizit erwähnt, dass „die FDA (...) mit der Beschränkung des Basisangebots auf bestehende Kabelkanalisationen (Stichtag: 24. März 2006) nicht einverstanden“ sei. Für die Einschränkung des Angebots aufgrund der vorausgesetzten Selbstnutzung ist deshalb von einem Konsens auszugehen. Für die verfahrensrechtliche Frage der Zuständigkeit spielt es grundsätzlich keine Rolle, ob sich die von der Gesuchsgegnerin eingeführte Beschränkung auf das FMG stützen lässt oder nicht. Auch wenn es aus Sicht der verfügenden Behörde keinen Zweifel gäbe, dass die von der Gesuchsgegnerin vorgesehene – und von der Gesuchstellerin im Rahmen der Verhandlungen offenbar akzeptierte – Einschränkung von den geltenden rechtlichen Bestimmungen nicht vorgesehen ist und die ComCom die Gesuchs-

9/63

gegnerin im Rahmen eines Zugangsverfahrens folglich verpflichtet würde, die Bestimmung aus ihren Verträgen zu entfernen, ist es ihr an dieser Stelle verwehrt, rechtsgestaltend einzugreifen. Aufgrund der Einigung über die Einschränkung des Zugangs durch das Kriterium der Selbstnutzung liegt die Zuständigkeit, darüber zu befinden, ob der Vertrag vor dem Hintergrund der obligationenrechtlichen Bestimmungen zwischen den Parteien Rechtswirkungen entfalten kann oder nicht (Art. 11b FMG), bei den Zivilgerichten.

E. 1.3

Verfahrensgegenstand Gegenstand eines Verwaltungsverfahrens sind die Rechtsbeziehungen, welche eine Behörde von Amtes wegen oder auf Begehren der beteiligten Personen regeln soll (vgl. THOMAS MERKLI/ARTHUR AESCHLIMANN/RUTH HERZOG, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 25 Rz 13). Das Zugangsverfahren gemäss den Bestimmungen des Fernmelderechts setzt ein entsprechendes Gesuch einer Partei voraus, von Amtes wegen kann es nicht angehoben werden. Folglich bestimmen auch in erster Linie die Rechtsbegehren der gesuchstellenden Partei den Verfahrensgegenstand, was sich unter anderem auf den Umfang des festzustellenden Sachverhalts und den Umfang der Rechtsanwendung von Amtes wegen auswirkt (vgl. ULRICH ZIMMERLI/WALTER KÄLIN/REGINA KIENER, Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrechts, 1997, S. 60). Das Gesuch vom 28. September 2007 enthält nicht nur Rechtsbegehren bezüglich Kabelkanalisationen, sondern auch hinsichtlich der weiteren von Art. 11 Abs. 1 Bst. a, c und e FMG vorgesehenen Zugangsformen vollständig entbundelter Zugang zum Teilnehmeranschluss, Mietleitungen und Verrechnung von Teilnehmeranschlüssen. Über die Anträge betreffend den vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss und die Verrechnung von

Teilnehmeranschlüssen hat die ComCom bereits mit Teilverfügungen vom 9. Oktober 2008 und vom 22. Dezember 2008 befunden. Hinsichtlich den Rechtsbegehren betreffend Zugang zu den Mietleitungen kann demgegenüber zum heutigen Zeitpunkt noch nicht entschieden werden, da das Instruktionsverfahren dazu nach wie vor im Gang ist. Über sie muss deshalb zu einem späteren Zeitpunkt befunden werden. Hinsichtlich des Zugangs zu den Kabelkanalisationen beantragt die Gesuchstellerin, es seien im Verhältnis zwischen ihr und der Gesuchsgegnerin mit Wirkung ab dem 1. April 2007 bis zur Rechtskraft des Entscheides für die Kabelkanalisationsprodukte der Gesuchsgegnerin nicht diskriminierende und kostenorientierte Preise (LRIC) im Sinne von Art. 11 Abs. 1 FMG in Verbindung mit Art. 52 ff. FDV festzulegen. Zudem enthält das Gesuch vom 28. November 2007 zwei weitere Rechtsbegehren, mit welchen von der ComCom die verfügungsweise Festlegung von Zugangsbedingungen verlangt wird. Bezüglich der Rechtsbegehren, welche die Gesuchsgegnerin in ihrer Stellungnahme vom 2. Oktober 2007 und in ihrer Eingabe vom 22. Februar 2008 stellt, ist festzuhalten, dass diese keinen Einfluss auf den Verfahrensgegenstand haben und insoweit nur für die Verlegung allfälliger Verfahrenskosten relevant sein können. Was den von der Gesuchsgegnerin in ihrer Schlussstellungnahme vom 9. Oktober 2009 gestellten Verfahrensantrag auf Einsicht in die abgeänderten Modelldaten betrifft, wird auf die Ausführungen unter Ziff. 4.1 verwiesen. Zum in derselben Eingabe gestellten Antrag auf nochmalige Fristeinräumung zur Stellungnahme zu den Ausführungen in der Schlussstellungnahme der Gesuchstellerin ist folgendes zu bemerken: die Gesuchsgegnerin macht geltend, es sei ihr aus Gründen der Waffengleichheit im Verfahren zu gestatten, sich zu den Ausführungen der Gesuchstellerin in deren Schlussstellungnahme zu äussern. Wäre diesem Antrag stattgegeben worden, so hätte dies zur Folge gehabt, dass wiederum der Gesuchstellerin – aus den von der Gesuchsgegnerin angeführten Gründen der Waffengleichheit – hätte Gelegenheit gegeben werden müssen, ihrerseits Stellung zu nehmen. Sodann wäre wiederum die Gesuchsgegnerin an der Reihe gewesen, sich zu äussern. Das Verfahren könnte dergestalt beliebig in die Länge gezogen werden. Aus Sicht der ComCom wäre deshalb eine erneute Fristansetzung zur Stellungnahme nur dann angezeigt gewesen, wenn die Eingabe der Gesuchstellerin vom 8. Oktober 2009 völlig unerwartete und überraschende Ausführungen beinhaltet

10/63

hätte, die eine Antwort der Gegenpartei erheischt hätten. Dem ist aber nicht so. In der Schlussstellungnahme der Gesuchstellerin vom 8. Oktober 2009 finden sich zwar erstmals Aussagen zur Eingabe der Gesuchsgegnerin vom 16. März 2009 zum Gutachten der Weko. Diese sind aber nicht derart, dass es im Hinblick auf die vollständige und richtige Abklärung des Sachverhaltes notwendig gewesen wäre, die Meinung der Gesuchsgegnerin dazu einzuholen. Im Rahmen der Entscheidinstruktion ist in erster Linie relevant, was die Parteien von der Begutachtung der Wettbewerbsverhältnisse durch die Weko halten. Die Gesuchsgegnerin hat sich dazu sowohl in ihrer Schlussstellungnahme vom 9. Oktober 2009 wie auch in ihrer separat eingereichten Eingabe vom 16. März 2009 geäußert. Die Gesuchstellerin liess sich in ihrer Schlussstellungnahme vom 8. Oktober 2009 vernehmen. Demgegenüber können vor dem Hintergrund der Sachverhaltsabklärung und der Rechtsanwendung von Amtes wegen Aussagen der einen Partei über Aussagen ihrer Gegenpartei allerhöchstens sekundäre Relevanz aufweisen. Das BAKOM hat aufgrund dieser Ausführungen deshalb richtig gehandelt, wenn es die Schlussstellungnahme der

Gesuchstellerin vom 8. Oktober 2009 nicht noch der Gesuchsgegnerin zur erneuten Stellungnahme zugestellt hat. In zeitlicher Hinsicht ist sodann zu beachten, dass die Gesuchstellerin mit ihrem Gesuch vom 28. September 2007 die Überprüfung und Festsetzung der strittigen Preise aus dem damals gültigen Handbuch Preise Version 1-0 vom 1. April 2007 bezüglich der Preise für das Jahr 2007 verlangt und sie dessen Preise als nicht gesetzmässig der ComCom zur Beurteilung unterbreitete. Das Handbuch Version 1-0 wurde von den Versionen 1-1, 1-2, 1-3 und 1-4 abgelöst. Dazu ist zu bemerken, dass die Gesuchsgegnerin als marktbeherrschende Anbieterin mindestens jährlich ein aktualisiertes Basisangebot zu veröffentlichen hat (Art. 53 FDV). Dieser Verpflichtung kam sie mit der Publikation der Handbücher 1-1 und 1-4 nach. Die Gesuchstellerin reichte ihr Gesuch vom 28. September 2007 gegen die Preise aus den Handbüchern 1-0 für das Jahr 2007. Am 28. Januar 2008 hat sie dem BAKOM mitgeteilt, sie bestreite auch die Rechtmässigkeit der Preise für das Jahr 2008, welche die Gesuchsgegnerin ihr am 19. November 2007 mitgeteilt habe. Hinsichtlich der Preise für das Jahr 2009 hat die Gesuchstellerin jedoch keinen expliziten Vorbehalt mehr angebracht. Es könnte sich deshalb die Frage stellen, ob die Gesuchstellerin bezüglich dieser Preise für das Jahr 2009 ein neues Gesuch hätte einreichen müssen. Dies ist zu verneinen. Es entspricht der konstanten Praxis der ComCom, als Verfahrensgegenstand die Zugangsbedingungen für die gesamte Dauer des Verfahrens bis zum Entscheiddatum zu betrachten. Prozessökonomisch würde es zweifellos wenig Sinn machen, wenn die Gesuchstellerin für jedes Jahr gesondert nachweisen müsste, dass mit der Gesuchsgegnerin keine Einigung in der Sache erzielt werden konnte. Dass die Gesuchstellerin nicht ein erneutes förmliches Gesuch um Festsetzung der Zugangsbedingungen für das Jahr 2009 einreichte, ist gestützt auf die erwähnte - und vom Bundesverwaltungsgericht mit Entscheid A-3277/2007 vom 7. November 2007 sanktionierte - Praxis der ComCom unwesentlich. Soweit die Gesuchstellerin die Aufhebung der zeitlichen Angebotseinschränkung und der von der Gesuchsgegnerin in deren Verträgen vorgesehenen Reziprozität beantragt, stellen sich keine spezifischen Fragen hinsichtlich Verfahrensgegenstands. Zusammenfassend ergibt sich, dass vorliegend sämtliche strittigen Preise für den Zugang zu den Kabelkanalisationen der Gesuchsgegnerin aus den Jahren 2007, 2008 und 2009 zu verfügen sind. Dazu gehört nicht nur der monatliche Mietpreis für die Mitbenutzung der Kabelkanalisationen. Da die Gesuchsgegnerin für alle anderen Produkte im Zusammenhang mit Kabelkanalisationen Preise nach Aufwand verrechnen will und die Gesuchstellerin die Rechtmässigkeit dieses Vorgehens in Zweifel zieht, bilden sämtliche Preise aus dem Handbuch Preise sowie die im Gesuch explizit erwähnten Stundensätze Verfahrensgegenstand. Schliesslich hat die ComCom grundsätzlich auch über die Frage der zeitlichen Angebotseinschränkung sowie über die Klausel bezüglich der Reziprozität zu befinden. Aus den unter nachfolgender Ziffer aufgeführten Gründen kann über einen Teil des Verfahrensgegenstandes jedoch erst zu einem späteren Zeitpunkt befunden werden.

11/63

E. 1.4

Teilverfügung Die ComCom hat am 9. Oktober 2008 in verschiedenen Verfahren die Bedingungen der fernmelde-rechtlichen Zugangsgewährung verfügt. Es betrifft dies die Bedingungen des vollständig entbündelten Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung (TAL), diejenigen der Interkonnektion (IC) sowie diejenigen der Kollokation (KOL). Die Gesuchsgegnerin hat am 10. November 2008 gegen diverse der in den erwähnten

Verfügungen geregelten Punkte Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erhoben. Die Verfahren sind nach wie vor hängig. Vor der Rechtsmittelinstanz ist unter anderem die Frage strittig, ob die ComCom, falls ihre Anpassungen am Kostennachweis der Gesuchsgegnerin zu höheren Preisen führen, als von dieser angeboten, die höheren Preise auch zu verfügen hat oder nicht. Es wäre nun mit den Prinzipien der Prozessökonomie nicht vereinbar, wenn die ComCom dem ungeachtet im vorliegenden Fall nochmals entscheiden würde, dass sie keine höheren Preise verfügt. Dadurch würde die Gesuchsgegnerin genötigt, auch gegen die vorliegende Verfügung betreffend die Zinsregelungen Beschwerde zu erheben, obwohl diese Grundsatzfrage vor Bundesverwaltungsgericht bereits hängig ist. Es erscheint daher opportun, einen Entscheid über Preise, welche aufgrund der Überprüfung des Kostennachweises durch die ComCom erhöht sind, auszusetzen, bis dass die Rechtsmittelinstanz entschieden hat, wie in solchen Fällen vorzugehen ist. Entsprechend wird die Instruktionsbehörde das Verfahren bezüglich einzelner Preise sinnvollerweise einstellen, falls die unter Ziff. 4 vorzunehmenden Anpassungen am Kostennachweis zu Preiserhöhungen führen (vgl. BGE 123 II 1 E. 2b S. 3). Ebenfalls vor Bundesverwaltungsgericht hängig ist die Frage, ob die ComCom aufgrund der gesetzlich vorgesehenen Nichtdiskriminierung befugt ist, die Gesuchsgegnerin anzuweisen, nicht gesetzeskonforme Vertragsbestimmungen aus sämtlichen ihrer Verträge zu entfernen oder ob sie dies nur bezüglich eines bestrittenen Vertragsverhältnisses tun kann. Diese Thematik ist hinsichtlich des Antrags auf Streichung der so genannten Reziprozitätsklausel relevant (Klausel 6.5 des Standardvertrages Kabelkanalisationen). Die Gesuchsgegnerin verweist in ihrer Schlussstellungnahme vom 9. Oktober 2009 auf die rechtskräftige Ziffer 4 des Dispositivs des Entscheides der ComCom vom 9. Oktober 2008. In dieser wird sie hinsichtlich TAL und KOL verpflichtet, die gleichlautenden Klauseln aus all ihren Verträgen zu streichen. Die Gesuchsgegnerin führte dagegen Beschwerde. Sie rekurrierte jedoch nicht in Bezug darauf, dass sie die Klauseln aus den Verträgen TAL und KOL mit der Gesuchstellerin zu entfernen hat. Für das vorliegende Verfahren ist deshalb davon auszugehen, dass der Verweis auf den bereits ergangenen Entscheid dahin gehend verstanden werden kann, dass die Gesuchsgegnerin sich auch hinsichtlich des Vertrags Kabelkanalisationen damit einverstanden erklärt, keine vertragliche Reziprozitätsklausel mit der Gesuchstellerin vereinbart zu haben. Insofern unterzieht sich die Gesuchsgegnerin dem Begehren der Gesuchstellerin auf Streichung der Klausel 6.5 aus ihrem Vertrag. Darüber hinaus ist jedoch folgendes zu beachten: die ComCom vertrat bereits in früheren Verfahren die Auffassung, dass die von der Gesuchsgegnerin vorgesehenen Reziprozitätsklauseln nicht gesetzeskonform ist. Die Klausel lautet gleich wie diejenigen in den Verträgen TAL und KOL und es kann deshalb auf die Begründung der bereits zwischen den Parteien ergangenen Verfügung verwiesen werden (Ziffer 6 der Verfügung über die Bedingungen TAL und KOL vom 9. Oktober 2008). Die ComCom ist des weiteren nach wie vor der gefestigten Überzeugung, dass das von Art. 11 FMG und Art. 52 FDV vorgesehene Nichtdiskriminierungsgebot dazu führen muss, dass die Feststellung einer nicht gesetzlichen Zugangsbedingung gegenüber allen Vertragspartnern der Gesuchsgegnerin Wirkung zeitigt, also auch solchen gegenüber, die kein Zugangsgesuch hinsichtlich Kabelkanalisationen eingereicht haben. Folglich würde die ComCom auch im vorliegenden Verfahren verfügen, dass die Gesuchsgegnerin verpflichtet wird, die Reziprozitätsklausel aus all ihren Verträgen betreffend Kabelkanalisationen zu streichen. Dies würde die Gesuchsgegnerin wiederum in die Situation bringen, dass sie erneut Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erheben müsste, obwohl die Frage, ob das

Vorgehen der ComCom zulässig ist oder nicht, bereits vor dieser Instanz hängig ist. Aus den erwähnten

12/63

Gründen ist ein Entscheid über die Streichung der Reziprozitätsklausel deshalb ebenfalls auszusetzen.

E. 1.5

Vorangegangene Teilentscheide Die Gesuchstellerin stellte in ihrem Gesuch vom 28. September 2007 Rechtsbegehren nicht nur bezüglich Kabelkanalisationen, sondern auch bezüglich TAL, KOL sowie bezüglich der Verrechnung von Teilnehmeranschlüssen des Festnetzes (VTA) und bezüglich Mietleitungen (MLF). Die ComCom hat mit Verfügungen vom 9. Oktober 2008 und vom 22. Dezember 2008 die Bedingungen von TAL, KOL und von VTA festgelegt. Mit den in der vorliegenden Verfügung zu regelnden Bedingungen des Zugangs zu den Kabelkanalisationen kann das Verfahren jedoch noch nicht abgeschlossen werden. Über die Anträge hinsichtlich MLF kann zum heutigen Zeitpunkt noch nicht entschieden werden, da das Instruktionsverfahren zu ihnen nach wie vor im Gange ist.

E. 1.6

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).

E. 1.6.1

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. Hingegen verlangt das Fernmelderecht für die Einreichung eines Zugangsgesuchs nicht, dass die Gesuchstellerin den fraglichen Dienst bereits bezieht, bzw. in der Vergangenheit bezogen hat oder mit der Gesuchsgegnerin einen entsprechenden Vertrag abgeschlossen hat. Eine Anbieterin kann ein durchaus legitimes Interesse daran haben, die Bedingungen und Preise für den Zugang mit der Gesuchsgegnerin vor Aufnahme der entsprechenden Geschäftstätigkeit zu kennen, um gestützt darauf die nötigen betriebswirtschaftlichen Berechnungen vorzunehmen. Ein Entscheid der ComCom beschlägt diesfalls ein allfälliges künftiges Zugangsverhältnis zwischen den Parteien, bzw. Dienste, die erst zu einem späteren Zeitpunkt bezogen werden.

So besteht für eine FDA ein schutzwürdiges Interesse für die behördliche Festlegung von nach wie vor angebotenen Preisen, auch wenn sie die entsprechenden Leistungen noch nicht bezogen hat. Anders verhält es sich hingegen bei Preisen, die aktuell keine Geltung mehr beanspruchen können, weil sie durch neu angebotene Preise abgelöst wurden. Wurden Leistungen zu nicht mehr gültigen Preisen gar nicht bezogen, so besteht an deren Festsetzung lediglich ein theoretisches, nicht mehr aktuelles Interesse. Die Gesuchstellerin beantragt in ihrem Gesuch vom 28. September 2007 die kostenorientierte Festlegung der im Gesuch aufgeführten Preise aus den Handbüchern Preise der Gesuchsgegnerin. Zum

13/63
Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs offerierte die Gesuchsgegnerin zu den Preisen gemäss ihrem Handbuch Preise Kabelkanalisationen Version 1-0 vom 1. April 2007. Aufgrund oben stehender Ausführungen hatte die Gesuchstellerin im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung somit grundsätzlich ein schutzwürdiges Interesse an der behördlichen Festlegung der 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

E. 1.6.2

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.

2007 2008 2009 Monatlich wiederkehrender Preis für die Mitbenutzung von Kabelkanalisationen x x x

2007 2008 2009 Machbarkeitsabklärung inkl. Kostenvoranschlag Projektierungsauftrag x x x Projektierung inkl. Kabelverlegungsplan plus Objektvertrag - x x Service Assurance (Ursache FDA) (Vorleistungen, Bereitstellung und Betrieb) - - x Produktwechsel - - x Wechsel von Objektverträgen - - x Mehraufwendungen - - x Analysen und Begründungen - - x

14/63

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 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.

E. 1.7

Verhandlungsfrist Gemäss Art. 11a Abs. 1 FMG kann die ComCom grundsätzlich erst um eine Verfügung der Zugangsbedingungen angegangen werden, wenn die beteiligten Anbieterinnen sich vorgängig nicht innerhalb 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 Eintrens voraussetzung (BGE 2A.276/2006 vom 12. Juli 2006, E. 2.3). Am 5. April 2007 sandte die Gesuchsgegnerin die Musterverträge für die Zugangsformen Kabelkanalisationen. In der Folge kam es zu Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien. Am 6. bzw. 12. Juli 2007 unterzeichneten die Parteien Vereinbarungen über die Zugangsformen TAL und KOL. Die dissonanten Punkte liessen sie dabei offen. Die dreimonatige Verhandlungsfrist wurde mithin eingehalten.

E. 1.8

Formular für Zugangsgesuche Ein Gesuch um Erlass einer Zugangsverfügung hat nebst den Anträgen und den wesentlichen Tatsachen auch das vom BAKOM bereitgestellte Formular für Zugangsgesuche zu umfassen (Art. 70 Abs.

E. 1.9

Einigungsangebot Im Weiteren ist mit dem Gesuch um Erlass einer Zugangsverfügung grundsätzlich ein Angebot für eine Einigung einzureichen (Art. 70 Abs. 1 Bst. d FDV). Dieses kann gemäss Art. 70 Abs. 2 FDV allerdings auch spätestens bis zum Abschluss des Beweisverfahrens nachgereicht werden.

15/63

Die ComCom hat in ihrer Teilverfügung vom 14. Dezember 2007 in der Sache Verizon Switzerland AG vs. Swisscom Fixnet AG festgehalten, dass die von der Gesuchsgegnerin eingereichten Unterlagen zum Nachweis der Kostenorientierung der Preise der Gesuchstellerin in weiten Teilen nur in einer abgedeckten Version zur Kenntnis gebracht werden konnten, weil sie Geschäftsgeheimnisse enthielten. Die Gesuchstellerin sei deshalb weder im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung noch nach Abschluss des Beweisverfahrens selbst in der Lage gewesen, die Kostenorientierung der Preise nach Massgabe der Geschäftszahlen der Gesuchsgegnerin zu überprüfen. Es entspreche dem Regelfall, dass vor Einreichung eines Zugangsgesuchs keine Verhandlungen über ein konkretes Einigungsangebot zwischen den Parteien geführt würden und ein solches somit auch nicht vorgelegt werden könne. Im Rahmen des Instruktionsverfahrens könne das BAKOM eine Schlichtungsverhandlung durchführen, was angezeigt erscheine, wenn die Parteien ihren Verhandlungswillen glaubhaft darlegten und eine Einigung unter den Parteien möglich erscheine. Auch nach Abschluss des Beweisverfahrens könne aber von einer Gesuchstellerin nur dann das Einreichen eines Einigungsangebots verlangt werden, wenn die Parteien explizit die Durchführung einer Schlichtungsverhandlung zu den Preisen

verlangten. Andernfalls mache ein Einigungsangebot verfahrensrechtlich keinen Sinn. Die Verordnungsbestimmung von Art. 70 Abs. 2 FDV sei dahingehend zu verstehen, dass ein allfälliges Einigungsangebot bis spätestens nach Abschluss des Beweisverfahrens dem BAKOM einzureichen sei. Das Einreichen des Einigungsangebots bilde deshalb keine absolute Eintretensvoraussetzung. Diese Ausführungen können auch für das vorliegende Verfahren Geltung beanspruchen. Es ist nicht zu beanstanden, dass die Gesuchstellerin darauf verzichtete, ein Einigungsgesuch einzureichen. Das Gesuch leidet diesbezüglich an keinem formellen Mangel.

E. 1.10

Fazit Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die formellen Voraussetzungen erfüllt sind und auf das Gesuch um Festlegung der Bedingungen hinsichtlich Zugang zu den Kabelkanalisationen eingetreten werden kann, soweit es sich nicht um Preise für Leistungen handelt, die in den Jahren 2007 und 2008 nicht bezogen worden sind (vgl. oben Ziff. 1.6.1).

E. 2

Pflicht zur Gewährung des Zugangs

E. 2.1

Vorbemerkung Die Gesuchstellerin führt in ihrem Gesuch vom 28. September 2007 aus, die Gesuchsgegnerin beschränke den Zugang auf Kabelkanalisationen in ihrem Standardvertrag zu Unrecht auf solche, die im Zeitpunkt der definitiven Verabschiedung des teilrevidierten FMG bereits bestanden haben und von ihr auch selber genutzt werden. Die zeitliche Begrenzung sei weder im FMG noch in der FDV vorgesehen und es sei nicht einzusehen, weshalb entgegen dem klaren Wortlaut des Gesetzes Einschränkungen gemacht werden sollten. Die einzige Voraussetzung zur Zugangsgewährung sei gemäss Art. 11 FMG das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung. Die Gesuchsgegnerin bestreitet in ihrer Gesuchsantwort vom 16. November 2007 ihre Marktbeherrschung betreffend Kabelkanalisationen nicht grundsätzlich, sondern nur für Kabelkanalisationen, welche nach dem 24. März 2006 (eventualiter nach dem 1. April 2007) erstellt wurden. Sie weist in diesem Zusammenhang auf Klausel 4.3.1 ihres Vertrags für Kabelkanalisationen hin, mit welcher sie sich vorbehalten will, die Frage der Marktbeherrschung im Einzelfall zu überprüfen und je nach dem eine Angebotspflicht zu verneinen. Die Argumentation hinsichtlich Marktbeherrschung bringt die Gesuchsgegnerin jedoch subsidiär vor. In erster Linie führt sie aus, sie könne für Kabelkanalisationen, welche nach dem 24. März 2006 (eventualiter nach dem 1. April 2007) gebaut wurden, nicht zur Zugangsge-

16/63

währung verpflichtet werden, weil das Parlament in Art. 11 Abs. 1 lit. f FMG eine entsprechende zeitliche Angebotseinschränkung für den Zugang von Kabelkanalisationen vorgesehen habe. In ihrer Stellungnahme vom 16. März 2009 weicht die Gesuchsgegnerin jedoch von ihrer bisherigen Argumentation ab. Sie bringt nun vor, da sie von Gesetzes wegen nur zu den Kabelkanalisationen Zugang gewähren müsse, welche vor dem 24. März 2006 (eventualiter vor dem 1. April 2007) bereits bestanden haben, könne sich die Frage der Marktbeherrschung bloss bezüglich dieser Kabelkanalisationen stellen. Die zeitliche Angebotseinschränkung habe mit der Frage der Marktbeherrschung keinen direkten Zusammenhang. Überdies führt die Gesuchsgegnerin in ihrer Eingabe vom 16. März 2009 aus, sie sei „der Ansicht, dass sie im Bereich der Kabelkanalisationen nicht

marktbeherrschend“ sei. Unabhängig von der wechselnden Argumentation der Gesuchsgegnerin hinsichtlich Marktbeherrschung ist nachfolgend vorab zu prüfen, ob der Gesetzgeber tatsächlich eine zeitliche Angebotseinschränkung bezüglich der Zugangsgewährung zu den Kabelkanalisationen einführte (Ziff. 2.2). Als-dann ist zu klären, ob die Gesuchsgegnerin über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, so dass sie zur Zugangsgewährung gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. f FMG verpflichtet ist (Ziff. 2.3).

E. 2.2

Zeitliche Angebotseinschränkung

E. 2.2.1

Einleitung Die Gesuchstellerin bringt vor, die von der Gesuchsgegnerin vorgesehene zeitliche Begrenzung sei im FMG nicht vorgesehen und es sei nicht einzusehen, warum entgegen dem klaren Wortlaut der massgebenden Bestimmung eine Beschränkung bestehen sollte. In ihrer Schlussstellungnahme vom 8. Oktober 2009 führt sie aus, im Bereich des ULL (unbundling local loop) habe sich der Gesetzgeber ausdrücklich auf den Zugang zur Kupferdoppelader beschränkt und den schnellen Bitstrom-Zugang mit einem Zeitfenster eingeschränkt. Dies zeige exemplarisch, dass der Gesetzgeber Einschränkungen bezüglich des Zugangs ausdrücklich dort eingeführt habe, wo er dies für notwendig erachtete. Offensichtlich sei der Gesetzgeber nicht der Meinung, dass in Bezug auf den Zugang zu Kabelkanalisationen ein zeitlicher Einschränkungsbedarf bestand und bestehe. Bezüglich der Argumentation mit dem Investitionsschutz übersehe die Gesuchsgegnerin, dass das Zugangsregime es ihr ermögliche, einen angemessenen Ertrag zu erzielen. So würden beispielsweise für die Kostenrechnung nicht die historischen Kosten und Abschreibungen berücksichtigt, sondern es werde in Bezug auf das Netz der MEA-Ansatz gewählt. Dieser erlaube es der Gesuchsgegnerin, einen über den wirklichen Kosten liegender Ertrag zu erwirtschaften und führe im Wesentlichen zu einer wirtschaftlich fragwürdigen Subventionierung der neu gebauten Infrastruktur durch die Verrechnung von überhöhten Kosten für die alte Infrastruktur. Die Gesuchsgegnerin lasse auch die Frage unbeantwortet, wie zu verfahren wäre, wenn Teilstücke der Kabelkanalisation in Zusammenhang mit einer Strassensanierung neu gebaut werden müssen. Gemäss den Vorstellungen der Gesuchsgegnerin wäre die neu gebaute Kabelkanalisation nicht vom Zugang erfasst, was ein nicht zu vertretendes Resultat darstellen würde. Die Gesuchsgegnerin vertritt demgegenüber die Auffassung, das Parlament habe in Art. 11 Abs. 1 lit. f FMG eine zeitliche Angebotsbeschränkung festgesetzt. Sie spricht von einem offenen Gesetzeswortlaut, welcher mit Blick auf den vom Gesetzgeber angestrebten Investitionsschutzgedanken einschränkend zu verstehen sei. Durch zweckgerichtete Interpretation sowie auf dem Wege der teleologischen Reduktion sei eine zeitliche Angebotseinschränkung für den Zugang zu Kabelkanalisationen vorzunehmen. Aus diesem Grund sei die bestrittene Klausel 4.4.2 ihres Basisangebotes gesetzeskonform. Zwischen den Parteien ist somit strittig, ob der für den Zugang zu den Kabelkanalisationen massgebenden Bestimmung eine Beschränkung in zeitlicher Hinsicht zu entnehmen ist, obwohl eine solche im Wortlaut der Norm unbestrittenermassen nicht vorkommt. Die Gesuchstellerin führt hierzu aus, eine Einschränkung des Angebots sei in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht unhaltbar. Die Gesuchsgegnerin ihrerseits behauptet, der Gesetzgeber habe die Frage der zeitlichen Angebotsbeschränkung

positiv beantwortet, was sich mittels der Auslegungsmethode der teleologischen Reduktion belegen lasse. Nachfolgend ist zu klären, wie es sich mit diesen Argumenten verhält.

E. 2.2.2

Gesetzeslücke, qualifiziertes Schweigen und Auslegung Gesetzeslücke, qualifiziertes Schweigen und Auslegung stehen in folgendem Zusammenhang: Eine Lücke im Gesetz liegt vor, wenn sich eine gesetzliche Regelung als unvollständig erweist, weil sie auf eine bestimmte Frage keine (befriedigende) Antwort gibt. Bevor jedoch eine ausfüllungsbedürftige Lücke angenommen werden darf, ist durch Auslegung zu ermitteln, ob das Fehlen einer ausdrücklichen Anordnung nicht eine bewusst negative Antwort des Gesetzgebers (ein so genanntes qualifiziertes Schweigen) darstellt. Ist dies zu verneinen, bleibt zu prüfen, ob sich mit Hilfe der Auslegungsregeln dem Gesetz eine stillschweigende Anordnung entnehmen lässt. Erst nach Verneinung dieser Frage kann von einer Lücke gesprochen werden, welche von der rechtsanwendenden Behörde auszufüllen wäre (BGE 125 V 8 E. 3 S. 11 sowie PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. Bern 2005, § 30 Rz. 29). Um die vorliegend strittige Frage zu klären, ist folglich durch Auslegung zu eruieren, ob es sich beim Fehlen einer ausdrücklichen Anordnung um ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers handelt oder ob die Auslegung von Art. 11 Abs. 1 Bst. f FMG ergibt, dass die Norm implizit eine zeitliche Angebotsbeschränkung enthält und Kabelkanalisationen, welche nach einem bestimmten Zeitpunkt erstellt wurden, von ihrem Geltungsbereich ausnimmt. Wäre beides zu verneinen, so läge eine Gesetzeslücke vor, welche die ComCom als rechtsanwendende Behörde zu schliessen hätte.

E. 2.2.3

Auslegung von Art. 11 Abs. 1 lit. f FMG Nach der Praxis des Bundesgerichts ist die rechtsanwendende Behörde in der Regel an den klaren und unzweideutigen Wortlaut einer Bestimmung gebunden. Abweichungen davon erklärt das höchste Gericht jedoch als zulässig oder sogar geboten, wenn triftige Gründe zur Annahme bestehen, dass der klare Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Sinn und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben. Eine Abweichung vom Wortlaut kann ferner dann angezeigt sein, wenn die wörtliche Auslegung zu einem Ergebnis führen würde, das der Gesetzgeber nicht gewollt haben kann (vgl. BGE 124 III 266 E. 4 S. 268). Der Wortlaut von Art. 11 Abs. 1 lit. f FMG enthält keine Angebotseinschränkung in zeitlicher Hinsicht. Die Norm hält einzig fest, dass eine marktbeherrschende Anbieterin den Zugang zu ihren Kabelkanalisationen zu gewähren hat, sofern diese über eine ausreichende Kapazität verfügt. Die Gesuchsgegnerin behauptet jedoch, Art. 11 Abs. 1 lit. f FMG sei offen formuliert, respektive enthalte eine Angebotseinschränkung, was sich auf dem Wege der teleologischen Reduktion ergäbe. Die Norm ist gemäss der Gesuchsgegnerin folglich auslegungsbedürftig. Die Begründungspflicht als Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör gebietet, dass die ComCom sich mit dieser Argumentation auseinandersetzt und eine Auslegung der Gesetzesbestimmung vornimmt. Die Auslegung einer Rechtsnorm ist im Sinne eines Methodenpluralismus nach den gängigen Auslegungstechniken vorzunehmen, wobei Ausgangspunkt der Wortlaut der Bestimmung bildet und keinem der verschiedenen Auslegungselemente a priori der Vorzug zu geben wäre (vgl. PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, a.a.O., § 25 Rz. 3). Als Methoden kommen primär die grammatikalische, die systematische, die historische, die zeitgemässe sowie die

teleologische Auslegung in Frage. In grammatikalischer Hinsicht ist die Norm klar: Art. 11 Abs. 1 lit. f FMG enthält keine Einschränkung, wonach nur Kabelkanalisationen, welche zu einem bestimmten Zeitpunkt schon bestanden haben, der grundsätzlichen Angebotsverpflichtung unterliegen würden. Der Wortlaut ist weder zweideutig noch lässt er den Schluss zu, dass er bezüglich der bestehenden Einschränkung der Angebotspflicht auf-
18/63

grund fehlender Kapazität weiter interpretiert werden müsste. Gemäss grammatikalischer Auslegungsmethode enthält Art. 11 Abs. 1 lit. f FMG keine Beschränkung der Angebotspflicht auf Kabelkanalisationen, welche vor Verabschiedung respektive Inkrafttreten der neuen Bestimmungen bestanden haben. Ob das Fehlen einer solchen vom Gesetzgeber eine bewusste negative Antwort im Sinne eines qualifizierten Schweigens bedeutet, ergibt sich aus der Auslegung der Norm anhand der weiteren Methoden. Es ist der Gesuchsgegnerin beizupflichten, dass bei der Auslegung von jüngeren Gesetzen dem entstehungsgeschichtlichen Kontext besonderes Augenmerk zu schenken ist. Dieser Umstand ergibt sich bereits daraus, dass bei der Analyse von Gesetzen neueren Datums zwei Auslegungsmethoden, nämlich die historische und die geltungszeitliche, praktisch zusammenfallen. Allerdings ist es bezüglich einer allfälligen zeitlichen Angebotseinschränkung für Kabelkanalisationen mehr als schwierig, den Willen des historischen Gesetzgebers zu eruieren, da sich in den Gesetzesmaterialien keine eindeutige Äusserung zu einer solchen finden lässt. Es scheint vielmehr, als dass der Zugang zu den Kabelkanalisationen in der parlamentarischen Debatte überhaupt nicht diskutiert wurde. Aus diesem Umstand ist primär zu schliessen, dass die vorgeschlagene Bestimmung in den Räten unbestritten war. Wäre sie bestritten gewesen, so wäre sie auch ausführlich diskutiert worden. Somit kann die von der Gesuchsgegnerin behauptete Einschränkung nur damit begründet werden, dass der Gesetzgeber in seinen Beratungen ohne Weiteres davon ausgegangen ist, eine solche sei dem verabschiedeten Art. 11 Abs. 1 Bst. f FMG inhärent. Gegen eine solche Interpretation sprechen jedoch verschiedene Umstände: Erstens enthält Art. 11 Abs. 1 Bst. f FMG eine explizite Einschränkung der Zugangsgewährung hinsichtlich genügender Kapazität. Es wäre deshalb fraglich, warum der Gesetzgeber diese Begrenzung explizit in den Gesetzeswortlaut aufgenommen hat, diejenige hinsichtlich zeitlicher Einschränkung jedoch nicht. Zweitens enthält Art. 11 Abs. 1 Bst. b FMG hinsichtlich der Gewährung des Zugangs zum schnellen Bitstrom eine explizite Beschränkung in zeitlicher Hinsicht. Auch deshalb leuchtet nicht ein, weshalb das Parlament bei der Verabschiedung der Bestimmung über den Zugang zu den Kabelkanalisationen von einer zeitlichen Angebotseinschränkung ausgegangen sein soll. Schliesslich verfängt auch die Argumentation der Gesuchsgegnerin nicht, nach welcher sich aus dem vom Parlament verfolgtem Investitionsschutzgedanken ergebe, dass der Zugang auf bestehende Dienste und Infrastrukturen beschränkt sei. Es trifft zwar zu, dass Investitionen in die Telekommunikationsinfrastrukturen und deren Schutz in der parlamentarischen Debatte diskutiert wurden. Die Beratungen hatten aber den Investitionsschutz im Hinblick auf neuartige Technologien – mithin also die Frage der Technologieneutralität der Regulierung – zum Thema und nicht deren Beschränkung auf bestehende Kabelkanalisationen. Die von der Gesuchsgegnerin in ihrer Stellungnahme vom 16. November 2007 vorgebrachten Argumente hinsichtlich Investitionsschutzes beziehen sich denn auch auf die Fragestellung in der parlamentarischen Debatte, ob technologieneutral reguliert werden sollte oder nicht. Der Gesetzgeber hat sich bei der letzten Revision des

FMG im Hinblick auf kommende Investitionen in Glasfaserprojekte entschlossen, den Zugang zu Teilnehmeranschlussleitungen auf solche zu beschränken, die auf der Kupfertechnologie beruhen. Damit hat er jedoch keineswegs gewisse Kabelkanalisationen von der Regulierung ausgenommen. Auch die weiteren zur Verfügung stehenden Auslegungsmethoden führen zu keinem anderen Resultat. So lässt sich auch mit Blick auf die systematische Stellung der Norm über die Zugangsgewährung bei den Kabelkanalisationen nicht behaupten, dass der Gesetzgeber bei diesen eine Beschränkung auf bereits bestehende statuierte. Einen solchen Schluss lässt schliesslich auch die teleologische Auslegung nicht zu. Gemäss dieser ist nach dem Ziel zu fragen, das mit einer Rechtsnorm erreicht werden soll. Die teleologische Methode will also Sinn und Zweck einer rechtlichen Regelung eruieren. Die Gesuchsgegnerin bringt in diesem Zusammenhang vor, der zu weit gefasste respektive undifferenzierte Wortlaut von Art. 11 Abs. 1 Bst. f FMG sei auf dem Wege der teleologischen Reduktion auf den Anwendungsbereich zu reduzieren, welcher der ratio legis entspreche. Sie scheint dabei jedoch die ratio legis von Art. 11 Abs. 1 Bst. f FMG insbesondere darin zu sehen, dass die neuen Zugangsbestimmungen primär ihre eigenen künftigen Investitionen schützen sollen. Die Gesuchsgegnerin

19/63

verkennt aber, dass bereits Art. 54 Abs. 1 Bst. d FDV bei der Berechnung von kostenorientierten Preisen einen branchenüblichen Kapitalertrag vorsieht, weshalb auch grundsätzlich nicht davon gesprochen werden kann, eine Regulierung führe dazu, dass Investitionen nicht mehr geschützt wären. Überdies orientiert sich die von den gesetzlichen Bestimmungen vorgesehene Kostenberechnung nicht an den historischen Kosten, sondern an denjenigen, die einer effizienten Anbieterin für die Wiederbeschaffung einer Infrastruktur erwachsen würden. Der Schutz von Investitionen wird auch dadurch gewährleistet. Die von der Gesuchsgegnerin in ihrer Stellungnahme vom 16. November 2007 vorgebrachten Argumente hinsichtlich Investitionsschutzes beziehen sich zudem ohnehin auf die Fragestellung in der parlamentarischen Debatte, ob technologieneutral reguliert werden sollte oder nicht. Der Gesetzgeber hat sich bei der letzten Revision des FMG im Hinblick auf kommende Investitionen in Glasfaserprojekte entschlossen, die Regulierung auf die Kupferleitungen zu beschränken damit Investitionen in neuere Technologien nicht gebremst würden. Weiter ist zu beachten, dass das FMG gemäss seinem Zweckartikel einen wirksamen Wettbewerb beim Erbringen von Fernmeldediensten ermöglichen will (Art. 1 Abs. 2 Bst. c FMG und deshalb die marktbeherrschende Anbieterin verpflichtet wird, anderen Anbieterinnen Zugang zu ihren Einrichtungen und Diensten zu gewähren. Vor diesem Hintergrund erschiene eine Beschränkung der Zugangsgewährung auf die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens von Art. 11 FMG bestehenden Kabelkanalisationen unsinnig. Die Gesuchsgegnerin verfügt über eine historisch gewachsene Netzinfrastruktur, deren Kernstück unter anderem die Kabelkanalisationen sind. Wer auf dem schweizerischen Fernmeldemarkt ernsthaft zur Gesuchsgegnerin in Wettbewerb treten möchte, ist darauf angewiesen, die gleiche Infrastruktur wie die marktbeherrschende Anbieterin benutzen zu können. Die Netztopographie der Infrastruktur der Gesuchsgegnerin ist ohne Zweifel für den schweizerischen Fernmeldemarkt absolut bestimmend. Eine Beschränkung des Zugangs auf Netzelemente, welche am im März 2006 (oder im April 2007) bereits bestanden haben, würde potentielle Investoren massgeblich davon abhalten, in den schweizerischen Fernmeldemarkt zu investieren. Dies würde wiederum dem Zweck der neuen

Zugangsbestimmungen zuwiderlaufen, weshalb eine entsprechende Regelung in den Räten intensiv diskutiert worden wäre. Daraus ergibt sich, dass der Gesetzgeber nicht stillschweigend davon ausging, dass der Zugang zu den Kabelkanalisationen in zeitlicher Hinsicht auf die bestehende Infrastruktur der Gesuchsgegnerin beschränkt sei, sondern im Gegenteil stillschweigend davon ausging, dass er es nicht ist. Folglich ergibt sich auch aus der teleologischen Auslegungsmethode, dass in der Nichtregelung einer zeitlichen Angebotseinschränkung ein qualifiziertes Schweigen liegt. Aus diesen Gründen erweist sich die zeitliche Angebotseinschränkung in Klausel 4.4.2 des Standardvertrags Kabelkanalisationen als nicht gesetzeskonform und die Klausel ist bezüglich dieses Punktes aufzuheben. Ob die in Klausel 4.4.2 des Vertrages Kabelkanalisationen vorgenommene Einschränkung hinsichtlich Selbstnutzung im Bestreitungsfall vor den fernmelderechtlichen Zugangsbestimmungen standhalten würde, kann aufgrund vertraglicher Einigung zwischen den Parteien im Rahmen des vorliegenden Verfahrens nicht überprüft werden (siehe oben Ziff. 1.2). Die ComCom hat in ihren Verfügungen vom 9. Oktober 2008 betreffend die Zugangsformen TAL, KOL und IC festgehalten, dass die Gesuchsgegnerin aufgrund des in Art. 11 FMG festgesetzten Gebotes der Nichtdiskriminierung eine als rechtswidrig festgestellte Klausel grundsätzlich aus allen ihren Verträgen zu entfernen hat. Die Gesuchsgegnerin führte dagegen Beschwerde und die Frage der Tragweite der so genannten Drittwirkung von Zugangsverfügungen ist zum heutigen Zeitpunkt vor Bundesverwaltungsgericht nach wie vor hängig. Vor diesem Hintergrund ist es opportun, in der vorliegenden Verfügung darauf zu verzichten, die Gesuchsgegnerin verfügungsweise zu verpflichten, die rechtswidrige Vertragsklausel aus all ihren Verfügungen zu entfernen. Die ComCom ist aber nach wie vor der gefestigten Überzeugung, dass das gesetzliche Diskriminierungsverbot ihren Entscheiden Drittwirkung verleiht. Gerade das Beispiel der von der Gesuchsgegnerin in ihren Verträgen unrechtmässig vorgesehenen zeitlichen Angebotseinschränkung belegt die Haltung der ComCom. Hätten ihre Entscheide keine Drittwirkung, so würde dies bedeuten, dass die Gesuchsgegnerin ihre neuen Kabel-

20/63

kanalisationen nur denjenigen FDA zur Mitbenutzung offerieren müsste, die sich durch Anhebung eines Zugangsverfahrens gegen die rechtswidrige Bestimmung zur Wehr gesetzt haben. Folgt das Bundesverwaltungsgericht jedoch der ComCom und kommt es zum Schluss, dass diese zu Recht davon ausging, dass das Gebot der Nichtdiskriminierung von Art. 11 FMG auch eine Drittwirkung von Zugangsverfügungen beinhaltet, so hat die Gesuchsgegnerin die zeitliche Angebotseinschränkung aus all ihren Verträgen zu streichen. Diesfalls würde nämlich letztinstanzlich feststehen, dass die Drittwirkung in den massgeblichen Bestimmungen des FMG enthalten ist und die Gesuchsgegnerin wäre folglich von Gesetzes wegen verpflichtet, sämtliche ihrer Verträge entsprechend anzupassen. Für die Durchsetzung dieser Verpflichtung stünden nötigenfalls die aufsichtsrechtlichen Massnahmen von Art. 58 ff. FMG zur Verfügung.

E. 2.3

Marktbeherrschung

E. 2.3.1

Allgemeines 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 Anbietende oder Nachfragende in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz, KG; SR 251]). Zur Klärung dieser Frage ist einerseits der sachliche und andererseits der räumlich relevante Markt zu bestimmen. Der sachlich relevante Markt umfasst gemäss Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) alle Waren oder Dienstleistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden. Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite, die den sachlich relevanten Markt umfassenden Waren oder Dienstleistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU). Marktgegenseite bilden die Fernmeldedienstanbieterinnen, welche den in Frage stehenden Fernmeldedienst oder entsprechende Substitute nachfragen.

E. 2.3.2

Angebot der Gesuchsgegnerin; einzelfallweise Überprüfung der Marktbeherrschung Es ist eine zwingende Konsequenz des in der Schweiz geltenden Ex-post-Zugangsregimes, dass die vermeintlich marktbeherrschende Anbieterin vorerst selber darüber befinden kann, ob sie aufgrund einer marktbeherrschenden Stellung zu einem Angebot verpflichtet ist oder nicht. So hat die Gesuchsgegnerin beispielsweise bei Inkrafttreten der neuen Zugangsgewährungsbestimmungen im Jahr 2007 kein Angebot für den Zugang zum schnellen Bitstrom vorgelegt, obwohl Art. 11 Abs. 1 Bst. b FMG dies vorsah. Die Gesuchsgegnerin begründete ihr Vorgehen damit, dass sie über keine beherrschende Stellung auf dem relevanten Markt verfüge. Die marktbeherrschende Stellung der Gesuchsgegnerin wurde in der Folge von der ComCom festgestellt und die Gesuchsgegnerin wurde verpflichtet, ein Angebot zu machen. Die dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesverwaltungsgericht am 12. Februar 2009 ab (Urteil BVGer A-109/2008) und die Gesuchsgegnerin veröffentlichte am 1. Juni 2009 ein Angebot für den Zugang zum schnellen Bitstrom. Vor diesem Hintergrund erscheint es eigenartig, dass die Gesuchsgegnerin seit Geltung der neuen FMG-Bestimmungen immer ein schweizweites Angebot für den Bezug von Kabelkanalisationen zu aus ihrer Sicht kostenorientierten Preisen gemacht hat, nun aber in ihrer Stellungnahme vom 16. März 2009 vorbringt, sie sei im Be-

21/63

reich der Kabelkanalisationen gar nicht marktbeherrschend. Es steht der Gesuchsgegnerin zwar theoretisch offen, auch für Bereiche, in denen sie über keine marktbeherrschende Stellung verfügt, Angebote zu kostenorientierten Preisen zu machen. Ein solches Vorgehen würde jedoch nicht nur ökonomischen Grundprinzipien, sondern auch den bisher im Rahmen der Zugangsregulierung gemachten Erfahrungen widersprechen. Daran ändert auch nichts, dass die Gesuchsgegnerin betont, ihr Angebot erfolge freiwillig. Zwischen dem Anbieten des Produkts Kabelkanalisationen zu kostenorientierten Preisen und der Bestreitung der Marktbeherrschung besteht ein grundsätzlicher Widerspruch,

welcher auch nicht dadurch behoben wird, dass die Gesuchsgegnerin in ihren Verträgen festhält, der Dienst Kabelkanalisationen FMG stehe unter dem Vorbehalt einer marktbeherrschenden Stellung. Dies ergibt sich bereits aus dem Gesetz. Auch lässt der Widerspruch sich nicht dadurch auflösen, dass die Marktbeherrschung im Rahmen einer einzelfallspezifisch vorgenommenen Machbarkeitsabklärung für nachgefragte Kabelkanalisationen-Teilstrecken abgeklärt werden könnte, wie dies die Gesuchsgegnerin in Klausel 4.3.1 ihrer Vertragsurkunde Kabelkanalisation FMG vorsieht. Klausel 4.3.1 des Standardvertrags Kabelkanalisation lautet folgendermassen: Der Dienst Kabelkanalisationen FMG muss von Swisscom Fixnet nur erbracht werden, wenn sie im sachlich und räumlich relevanten Markt für den Zugang zu Kabelkanalisationen über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Mit dem Abschluss der vorliegenden Vereinbarung ist keine Anerkennung der Marktbeherrschung verbunden und die FDA kann daraus keinen Anspruch oder irgendwelche Zusicherung in Bezug auf den einzelfallbezogenen Zugang zu einzelnen Kabelkanalisationen ableiten. Swisscom Fixnet behält sich vor, die Frage der Marktbeherrschung jeweils im Rahmen der Machbarkeitsabklärung im Einzelfall unter Berücksichtigung der spezifischen Gegebenheiten der konkreten Anfrage zu überprüfen. Die Gesuchstellerin beanstandet in ihrer Schlussstellungnahme vom 9. Oktober 2009 die Absicht der Gesuchsgegnerin, die Marktbeherrschung jeweils im Einzelfall im Rahmen der Machbarkeitsabklärung abklären zu wollen. Sie vertritt die Auffassung, dass es nicht darauf ankommen könne, ob allenfalls an einem spezifisch nachgefragten Ort möglich Alternativen bestünden. Für die Frage der marktbeherrschenden Stellung werde nur verlangt, dass sich die Gesuchsgegnerin im relevanten Markt im Wesentlichen unabhängig verhalten könne. Sei dies festgestellt, komme es auf die besonderen Umstände an am nachgefragte Ort nicht mehr an. Der massgebende Markt in geographischer Hinsicht sei die gesamte Schweiz. Zur Klausel 4.3.1 des Standardvertrags Kabelkanalisationen ist festzuhalten, dass diese davon ausgeht, dass die Marktbeherrschung im Einzelfall bezüglich einer Kabelkanalisations-Teilstrecke geprüft werden könnte. Damit wird den rechtlichen Vorgaben der Zugangsregulierung keine Rechnung getragen. Für die Festlegung von Zugangsbedingungen und für die Feststellung einer allenfalls bestrittenen marktbeherrschenden Stellung ist gemäss den einschlägigen Bestimmungen des FMG die ComCom zuständig. Die Weko ist vom BAKOM im Rahmen des Instruktionsverfahrens zu konsultieren, wenn sich die Frage der Marktbeherrschung stellt (Art. 11a Abs. 2 FMG). Es fragt sich, ob die Gesuchsgegnerin mit der Formulierung im Standardvertrag meint, sie selber würde im Einzelfall ihre eigene Marktstellung überprüfen und gestützt darauf ein Projekt durchführen lassen oder nicht. Dies ist undenkbar. Wäre die Klausel 4.3.1 wirklich dahingehend zu verstehen, dass die Gesuchsgegnerin ihre eigene Marktbeherrschung überprüfen könnte, so wäre weiter davon auszugehen, dass die Frage einer marktbeherrschenden Stellung letztlich von Zivilgerichten überprüft würde, weil es sich dabei um eine Streitigkeit aus einer Vereinbarung handeln würde (Art. 11b FMG). Dies würde die vom FMG vorgesehene Zuständigkeitsordnung aushebeln und stände mit der gesamten Zugangsordnung im Widerspruch. Andererseits kann es aber auch nicht sein, dass die ComCom über den Zugang zu einzelnen Streckenabschnitten resp. über eine hinsichtlich dieser Streckenabschnitte bestehende Marktbeherrschung zu befinden hätte. Dies würde bedeuten, dass es der Gesuchsgegnerin theoretisch möglich wäre, für sämtliche Teilstrecken auf ihrem gesamten Kanalisationsnetz die Marktbeherrschung zu bestreiten. Dies würde dazu führen, dass die nachfragenden Anbieterinnen für die einzelnen Teilstrecken einzelne Zugangsgesuche stellen müssten,

für welche im Instruktionsverfahren dann jeweils die

22/63

Weko zu konsultieren wäre. Eine projektweise Überprüfung der Marktbeherrschung – wie sie der Ge- suchsgegnerin vorschwebt – ist jedoch weder vom FMG vorgesehen noch wäre sie praktikabel. Die Marktbeherrschung ist vielmehr grundsätzlich abzuklären, wobei dem nicht entgegensteht, dass es sich unter Umständen rechtfertigen kann, den relevanten Markt in geographisch definierte Segmente aufzuteilen. Die Parteien können folglich auch nicht vertraglich vereinbaren, die Marktbeherrschung im Rahmen des Einzelfalls von der ComCom abklären zu lassen.

E. 2.3.3

Gutachten der Weko zur Marktbeherrschung Weil sich die Gesuchsgegnerin auf den Standpunkt stellte, sie könne sich vorbehalten, die Marktbe- herrschung im Einzelfall zu überprüfen, führte das BAKOM in Zusammenarbeit mit der Weko im Jahr 2008 eine umfassende Marktbefragung bei Eigentümern von Kanalisationen durch. Befragt wurden dabei Fernmeldediensteanbieterinnen, Elektrizitäts-, Wasser- und Gaswerke, Kabelnetzbetreiber sowie die SBB. Mit Schreiben vom 16. Mai 2008 ersuchte das BAKOM die Weko, ein Gutachten zur Markt- beherrschung der Gesuchsgegnerin beim Zugang zu Kabelkanalisationen zu erstellen. Dem Schrei- ben beigelegt wurden die aus der Befragung resultierenden Antworten. Im Gutachten vom 7. Juli 2008 kam die Weko zum Schluss, dass die Gesuchsgegnerin beim Zugang zu Kabelkanalisationen, welche ihren Anfangs- oder Endpunkt in einem Swisscom-Standort haben, marktbeherrschend sei.

E. 2.3.3.1

Marktdefinition Gemäss dem Gutachten der Weko umfasst der relevante Markt sämtliche ober- oder unterirdischen Kanalisationen, in denen Kabel zum Zweck der Erbringung von Fernmeldediensten verlegt werden können. Die Eigentümerschaft kann bei Fernmeldediensteanbieterinnen, Kabelfernsehbetreibern, E- lektrizitäts-, Gas- oder Wasserwerken oder der SBB liegen. Nicht zum relevanten Markt zählt die We- ko noch nicht erstellte Kanalisationen, das Mieten von vorhandenen Leitungen und direkt ins Erdreich verlegte Leitungen. Die Weko geht sodann von drei sachlich relevanten Märkten aus: Kabelkanalisationen im Bereich Anschlussnetz (exkl. solche, die ihren Anfangs- oder Endpunkt in einer Swisscom-Zentrale haben), Kabelkanalisationen im Bereich Fernnetz (exkl. solche, die ihren Anfangs- oder Endpunkt in einer Swisscom-Zentrale haben) und Swisscom-Kabelkanalisationen. Mit Swisscom-Kanalisationen werden diejenigen Kanalisationen bezeichnet, welche ihren Anfangs- oder Endpunkt in einer Swisscom-Zentrale haben und entweder direkt bis zu einer Gebäudeeinfüh- rung oder bis zu einem Schacht verlaufen. Ein Kabelkanalisationsabschnitt gehört dabei solange zum Swisscom-Kabelkanalisationsnetz, als kein anderes Unternehmen mit seinen Kabelkanalisationen eine direkte Verbindung, ohne Bau- bzw. Grabarbeiten ausführen zu müssen, herstellen kann. Im Gutachten vom 7. Juli 2008 wird ausgeführt, dass sich die Ausscheidung eines eigenen Markts für Swisscom-Kanalisationen dadurch rechtfertige, dass dieses Kabelkanalisationsnetz für alternative Anbieterinnen unvergleichbare Eigenschaften gegenüber anderen Kanalisationen aufweist. Um regu- lierte Leistungen der Gesuchsgegnerin beziehen zu können, muss eine alternative FDA Zugang zu deren Zentralen haben. Die Swisscom-Zentralen sind jedoch nur über die Swisscom-Infrastruktur er- reichbar, Alternativen gibt es nicht. Zudem ist das Swisscom-Netz das einzige

Kanalisationsnetz, das schweizweit im Anschluss- und im Fernnetzbereich existiert und nahezu jedes einzelne Gebäude erschliesst. Da Kabelkanalisationen in der ganzen Schweiz nachgefragt und angeboten werden, geht die Weko von einem räumlich relevanten Markt aus, der das ganze Gebiet der Schweiz umfasst.

23/63

E. 2.3.3.2

Beurteilung der Marktbeherrschung Die Weko bemerkt, dass insbesondere Kanalitionen von anderen FDA, aber auch solche von Kabelfernsehanbietern, von Elektrizitätswerken, von der SBB entlang des Schienennetzes und eingeschränkt auch solche von Gaswerken, grundsätzlich zur Verlegung von Kabeln geeignet seien. Die Infrastruktur-Eigentümer böten Kabelkanalitionen jedoch nicht oder nur punktuell zum Verlegen von Kabeln für Dritte an, da unter anderem die Rohranlagen nur für eigene Bedürfnisse konzipiert worden seien respektive keine Kapazitäten mehr vorhanden seien. Bei Gaswerken und der SBB bestünden Angebote für die Mitbenutzung von Kabelkanalitionen im Fernnetzbereich, sofern Kapazitäten vorhanden seien, was bei der SBB häufig bei neuralgischen Punkten wie Brücken und Bahnhöfen nicht der Fall sei. Bei Gasleitungen im Anschlussbereich sei eine Mitbenutzung aus Sicherheitsgründen nicht möglich. In jedem Fall müssten FDA, welche Kabelkanalitionen von Dritten mitbenutzen wollten, einen Anschluss ans eigene Netz herstellen, was unter Umständen mit erheblichen (Bau-)Kosten verbunden ist. Namentlich bei Kabelkanalitionen, welche einen Anfangs- oder Endpunkt in einer Swisscom-Zentrale hätten, gebe es für FDA keinen Zugang zu alternativen Kabelkanalitionen. Die Weko kommt sodann zum Schluss, dass Swisscom im Bereich Anschlussnetz (exkl. Swisscom-Kabelkanalitionen) und im Bereich Fernnetz (exkl. Swisscom-Kabelkanalitionen) keine marktbeherrschende Stellung einnehme. Im Markt für Swisscom-Kabelkanalitionen wird die Frage der Marktbeherrschung für die Gesuchsgegnerin hingegen bejaht. Für sämtliche Swisscom-Kabelkanalitionen, unabhängig von deren Beschaffenheit oder dem Zeitpunkt der Erstellung, bestünden keine hinreichenden Alternativen, um die Gesuchsgegnerin in ihrem Marktverhalten zu disziplinieren. FDA, welche Swisscom-Zentralen an ihr eigenes Netz anschliessen wollten, seien auf die Kabelkanalitionen von Swisscom angewiesen. Weiter sei die Gesuchsgegnerin das einzige Unternehmen, welches sowohl im Anschluss- wie auch im Fernnetz über ein schweizweit flächendeckendes Netzwerk von Kabelkanalitionen verfüge, das nahezu alle Gebäude in der Schweiz erschliesse. Im Markt der Swisscom-Kabelkanalitionen sei die Gesuchsgegnerin die einzige Anbieterin, welche derartige Dienstleistungen bereitstellen könne und es bestehe deshalb kein aktueller Wettbewerb im Bereich der Kabelkanalitionen von Swisscom. Da bei den Swisscom-Kabelkanalitionen eine Duplizierung der vorhandenen Infrastruktur nicht sinnvoll und wirtschaftlich unrentabel wäre, sei auch potenzieller Wettbewerb bei den Swisscom-Kabelkanalitionen auszuschliessen. Ausserdem betont die Weko, die Frage der Marktbeherrschung sei nicht vom Zeitpunkt der Erstellung einer Kanalition abhängig. Zusammenfassend hält die Weko fest, dass aufgrund des fehlenden aktuellen und potenziellen Wettbewerbs Swisscom in der Lage sei, sich auf dem Markt der Swisscom-Kanalitionen von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Swisscom sei daher im Markt der Swisscom-Kabelkanalitionen als marktbeherrschendes Unternehmen gemäss Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren, womit auch eine Marktbeherrschung im Sinne von Art 11 Abs. 1 FMG zu bejahen sei.

E. 2.3.4

Vorbringen der Parteien Die Gesuchsgegnerin nimmt in ihrer Eingabe vom 16. März 2009 ausführlich Stellung zum Gutachten der Weko. Sie bringt insbesondere vor, dass der Sachverhalt, welchen die Weko ihrer Beurteilung zugrunde gelegt hat, nicht den tatsächlichen Gegebenheiten entspreche und ihre Marktstellung in einem anderen als dem von der Weko als sachlich relevant bezeichneten Markt untersucht worden sei. Weiter enthalte die Marktabgrenzung methodische Fehler, die aktuellen Marktbedingungen seien zu wenig differenziert analysiert worden und das Gutachten lasse sich nicht widerspruchsfrei interpretieren. Auch sei die Weko fälschlicherweise davon ausgegangen, dass allfällige Kapazitätsrestriktionen und fehlende Angebote anderer Anbieter relevant seien. Die Gesuchsgegnerin ist deshalb der Meinung, dass in Anbetracht der von ihr behaupteten Mängel die ComCom nicht an das Gutachten

24/63

der Weko gebunden sei. Überdies bemerkt sie in ihrer Eingabe vom 16. März 2009, sie sei ihrer Ansicht nach im Bereich der Kabelkanalisationen nicht marktbeherrschend. In ihrer Schlussstellungnahme vom 9. Oktober 2009 erörtert die Gesuchsgegnerin ausserdem weitere eigene Produkte als Ausweichmöglichkeiten der Zentralenerschliessung, welche seit 2008 die Verbindung von Kollokationsstandorten in Swisscom-Zentralen zwischen verschiedenen FDAs ermöglichen. Sie stellt sich anschliessend auf den Standpunkt, dass genügend Ausweichmöglichkeiten zur Zentralenerschliessung bestehen und diese Ausweichmöglichkeiten von der Weko nicht berücksichtigt wurden. Die Gesuchstellerin äussert sich in ihrer Schlussstellungnahme vom 8. Oktober 2009 ebenfalls zur Begutachtung der Marktverhältnisse durch die Weko. Sie drückt vorerst ihre Unsicherheit darüber aus, wie das Weko-Gutachten zu interpretieren sei und erklärt, soweit das Gutachten der Weko dahingehend zu verstehen sei, dass die Swisscom-Kabelkanalisationen das Anschlussnetz der Gesuchsgegnerin umfasse, könne sie sich diesem anschliessen. Die Gesuchstellerin fordert weiter, es sei eindeutig festzulegen, in welchem Bereich die Gesuchsgegnerin über eine marktbeherrschende Stellung verfüge, so dass nicht im Einzelfall ein Gutachten eingeholt werden müsse. Weiter unterstreicht die Gesuchstellerin, es würden keine gleichwertigen Ausweichmöglichkeiten zur Kanalisation der Gesuchsgegnerin bestehen. Vereinzelt und isolierte Ausweichmöglichkeiten - so solche den überhaupt bestünden, was umstritten sei - würden nicht zu einer Disziplinierung des Marktverhaltens der Gesuchsgegnerin führen. Ausserdem betont die Gesuchstellerin, dass der Bau eigener Kanalisationsstrecken aus Kosten- und Platzgründen keine Alternative zur Benutzung der Kabelkanalisationen der Gesuchsgegnerin darstelle.

E. 2.3.5

Beurteilung der Marktbeherrschung durch die ComCom

E. 2.3.5.1

Allgemeines Ist im Rahmen eines Zugangsverfahren die Frage der Marktbeherrschung zu beurteilen, so konsultiert das BAKOM als Instruktionsbehörde die Weko (Art. 11a Abs. 2 FMG). Diese Bestimmung hat vorab zum Zweck, eine Zersplitterung der wettbewerbsrechtlichen Rechtsprechung für gleiche Tatbestände zu verhindern (vgl. 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. HEINZMANN, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, Diss. ZH 2005, S. 22). Die Zuständigkeit über die Marktbeherrschung einer Anbieterin zu befinden liegt bei der ComCom. Diese würdigt grundsätzlich sämtliche Beweismittel nach freier Überzeugung (Art. 19 VwVG i.V.m Art. 40 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess [BZP; SR 273]). Eine erhöhte Zurückhaltung gilt es jedoch zu wahren bei Gutachten von Sachverständigen im Sinne von Art. 12 Bst. e VwVG. Auch wenn die Weko nicht ausschliesslich zu reinen Sachfragen Stellung nimmt, obliegt der Rechtsentscheid, ob die Gesuchsgegnerin betreffend einer Zugangsform marktbeherrschend ist, zwingend der ComCom. Dabei darf diese nicht ohne triftige Gründe von Gutachten der Weko abweichen und muss Abweichungen begründen. Ein Abweichen ist nur dann zulässig, wenn die Glaubwürdigkeit des Gutachtens durch die Umstände ernsthaft erschüttert ist. Dies gilt umso mehr in jenen Fällen, in welchen wie in Art. 11a Abs. 2 FMG das Gesetz den Beizug einer Expertenmeinung zwingend vorschreibt (BGE 101 IV 129, 130). Bei der Würdigung des Gutachtens respektive der Stellungnahmen der Parteien ist dies gebührend zu berücksichtigen.

E. 2.3.5.2

Vorwurf der unvollständigen Sachverhaltsabklärung Für die ComCom ist nicht ersichtlich, warum sich das Weko-Gutachten vom 7. Juli 2008 auf falsche Tatsachen stützen sollte oder warum die aktuellen Marktbedingungen darin zu wenig differenziert analysiert worden wären. Die Expertise stützt sich auf eine umfassende Marktbefragung mit insgesamt

25/63

42 antwortenden Infrastrukturbetreibern wie anderen Fernmeldedienstanbieterinnen, Elektrizitäts-, Wasser- und Gaswerken, Kabelfernsehbetreibern und der SBB. Die Gegebenheiten und die aktuellen Marktbedingungen wurden sorgfältig und einwandfrei abgeklärt.

E. 2.3.5.3

Marktabgrenzung Die Gesuchsgegnerin bemängelt, die Weko habe in ihrem Gutachten bestehende Ausweichmöglichkeiten zu ihren Kabelkanalisationen, insbesondere die Kanalisationen der Elektrizitätswerke, ungenügend berücksichtigt. Dies würde aus einzelnen Antworten der Marktbefragung hervorgehen. Die diesbezüglich von der Gesuchsgegnerin zitierten Aussagen erscheinen jedoch als aus ihrem Gesamtzusammenhang gerissen und sie betreffen zudem auch Bestandteile von Antworten, die explizit darauf hinweisen, dass die zitierten Anbieterinnen über keine Erfahrung beim Mieten oder Bauen von Kabelkanalisationen haben. Aus den Aussagen der befragten Anbieterinnen geht zweifelsfrei hervor, dass diese sich einig sind, dass es zur Kabelkanalisation der Gesuchsgegnerin keine echten Substitute mit vergleichbaren Eigenschaften gibt. Im Weiteren ist es auch nicht zutreffend zu behaupten, die Feststellung der Weko, wonach bei den Elektrizitätswerken der Zugang zu den Kanalisationen regelmässig nicht möglich sei, decke sich nicht mit den Ergebnissen der Marktbefragung. Die Weko behauptet nicht, dass Stromkabel-Kanalisationen zur Verlegung von Fernmeldekabeln grundsätzlich nicht geeignet seien. Sie bemerkt einzig, dass der Zugang zu diesen Kabelkanalisationen infolge fehlender Kapazitäten und Angebote und infolge fehlender Verfügbarkeit von Informationen (Kanalisationsverlauf, Kapazität, Preis) nur sehr beschränkt möglich sei. Ausserdem verkennt die Gesuchsgegnerin, dass

Elektrizitätswerke nur lokale Infrastrukturen haben und somit auch nicht mit dem schweizerischen Netz im Fern- und Anschlussbereich der Swisscom-Kabelkanalisation verglichen werden können. Alternative Kanalisationen weisen andere Eigenschaften als Swisscom-Kanalisierungen auf und können deshalb nicht ohne weiteres als Substitute betrachtet werden. Die ComCom teilt im Weiteren die Auffassung der Weko, dass Mietleitungen aufgrund der unterschiedlichen Wertschöpfungstiefe und der daraus resultierenden Kostenstruktur (variable und fixe Kosten) und dem unterschiedlichen Abhängigkeitsgrad vom Anbieter keine Substitute zu Kabelkanalisationen darstellen. Ausserdem ist die Verlegung von eigenen Leitungen grundlegende Voraussetzung dafür, dass eine FDA den Kunden eigene Service Level Agreements anbieten und dafür Verantwortung übernehmen kann. Daneben ist auch zu beachten, dass der Gesetzgeber den Zugang zu Kabelkanalisationen und Mietleitungen explizit als Alternativen ins Gesetz aufgenommen hat. Die Gesuchsgegnerin hat nicht die Wahl, entweder das regulierte Produkt Mietleitungen oder das regulierte Produkt KKF anzubieten, mit der Begründung, die zwei Produkte seien Substitute. Wäre dem so, so wäre eine Marktbeherrschung entweder überall ausgeschlossen oder die Gesuchsgegnerin könnte praktisch wählen, bei welcher Zugangsart sie sich als marktbeherrschend betrachtet. Eine derartige Konsequenz widerspräche jedoch ganz offensichtlich dem gesetzgeberischen Willen. Die Gesuchsgegnerin macht in ihrer Eingabe vom 16. März 2009 weiter geltend, die „Mitbenutzung und Bau“ sei ein hinreichendes Substitut für die Mitbenutzung von Kabelkanalisationen. So könne eine FDA beispielsweise den Abschnitt von der Swisscom-Zentrale zum ersten Schacht der Swisscom mieten und dann in diesem ersten Schacht eine Verbindung zu einem Schacht eines anderen Netzes mittels baulichen Massnahmen herstellen. Die Gesuchsgegnerin verkennt dabei jedoch die – im Vergleich zur Mitbenutzung – sehr hohen Kosten des Baus eines neuen Kanalisationsabschnittes um zwei Schächte verschiedener Infrastrukturanbieter zu verbinden. Zudem sind solche Verbindungen oftmals mit praktischen Schwierigkeiten, wie verschiedenen technischen Beschaffenheiten oder Sicherheitsvorschriften verbunden, oder es bestehen rechtliche Hürden, wie etwa das Durchführen von Baubewilligungsverfahren. Ausserdem verursachen unterschiedliche Eigentumsverhältnisse praktische Schwierigkeiten bei einer allfälligen Suche nach Defekten respektive deren Reparatur. Insbesondere ist nicht sichergestellt, dass ein für die Mit-

26/63

benutzung geeignetes alternatives Kabelkanalisationsnetz genügend nahe verläuft und dass dieses wirklich direkt zum gewünschten Endpunkt führt. Auch die Gesuchstellerin argumentiert in ihrer Eingabe vom 8. Oktober 2009 in diese Richtung. Sie äussert sich insbesondere auch dahingehend, dass sich der Bau eigener Kanalisation in den allermeisten Fällen aufgrund der hohen Kosten nicht rechnen und keine Alternative zur Mitbenutzung von Swisscom-Kabelkanalisationen darstelle. Diese Ausführungen zeigen, dass die Kombination „Mitbenutzung und Bau“ im Vergleich zur Mitbenutzung von Kabelkanalisationen andere Eigenschaften aufweist und kein hinreichendes Substitut darstellt. Die Gesuchsgegnerin hält in ihrer Stellungnahme zum Weko-Gutachten vom 16. März 2009 überdies fest, dass das Nichtvorhandensein der Möglichkeit, Swisscom-Zentralen mit fremden Kanalisationen zu erschliessen, nicht auf das Kriterium reduziert werden könne, dass die Swisscom-Zentralen aufgrund der Vorgaben der Gesuchsgegnerin nur via deren Infrastruktur erreichbar seien. Dazu ist zu bemerken, dass es

wohl tatsächlich zu kurz greifen würde, wenn lediglich darauf abgestützt würde, dass die Gesuchsgegnerin die Erschliessung ihrer Zentralen via ihre eigene Infrastruktur verlangt. Die Gesuchsgegnerin bringt jedoch selber vor, dass hinter ihrer Vorgabe technische und wirtschaftliche Gründe, wie beispielsweise erhebliche bauliche Massnahmen und Sicherheitsvorschriften stünden, weshalb die Möglichkeit der Erschliessung mit alternativen Kabelkanalisationen in der Regel nicht verfügbar sei. Hinter der Vorgabe, Swisscom-Zentralen nicht über eine fremde Kabelkanalisation zu erschliessen, stehen folglich praktische Gründe. Wenn solche realen Gegebenheiten vorliegen, spielt es eine untergeordnete Rolle, ob die Weko in ihrem Gutachten die Vorgabe der Gesuchsgegnerin, welche aufgrund in der Realität vorhandener Hindernisse besteht, und nicht die realen Gegebenheiten selber in das Zentrum ihrer Ausführungen stellte. Es kann deshalb auch nicht davon gesprochen werden, der Weko sei bei der Marktabgrenzung ein methodischer Fehler unterlaufen. Dies gilt auch für den Vorwurf der Gesuchsgegnerin, die Weko habe die Beziehung zwischen der Frage der Marktherrschaft bei Kabelkanalisationen und der Kollokation fehlerhaft interpretiert. Auch hier ist nicht ersichtlich, inwiefern die Weko von Prämissen ausgegangen sein soll, welche ihr Gutachten fehlerhaft erscheinen liessen. Die Gesuchsgegnerin kritisiert in ihrer Stellungnahme vom 16. März 2009 zudem, die Weko habe den Begriff „Swisscom-Kabelkanalisationen“ bei der Abgrenzung der sachlich relevanten Märkte und bei der Beurteilung der Marktstellung nicht gleich verwendet. In der Tat scheint der Weko bei der Marktdefinition eine terminologische Ungenauigkeit unterlaufen zu sein, indem sie im Rahmen der Marktabgrenzung bei den „Swisscom-Kabelkanalisationen“ von Anfangs- resp. Endpunkten in „Swisscom-Zentralen“ spricht, bei der Beurteilung der Marktbeherrschung jedoch von „Swisscom-Standorten“. Aus dem Gesamtzusammenhang des Gutachtens vom 7. Juli 2008 und insbesondere der Systematik der von der Weko vorgenommenen Marktabgrenzung ergibt sich jedoch, dass die Weko bei der Markt- abgrenzung von „Swisscom-Standorten“ ausgegangen ist, und den sachlich relevanten Markt der Swisscom-Kabelkanalisationen nicht auf Kabelkanalisationen, die ihren Anfangs- oder Endpunkt in einer „Swisscom-Zentrale“ haben, beschränkt. Folglich ist bei der Markt- abgrenzung von den Begriffen auszugehen, welche die Weko auch bei der Beurteilung der Marktbeherrschung verwendet hat. Mithin sind unter „Swisscom-Kabelkanalisationen“ Kabelkanalisationen zu verstehen, die zur Verlegung von Kabeln zwecks Erbringung von Fernmeldediensten geeignet sind und einen Anfangs- oder Endpunkt in einem Swisscom-Standort (Orts-, Knoten-, oder Transitzentrale, Quartierverteilerkästen, andere Swisscom-Gebäude oder reine Swisscom-Schächte) haben und entweder direkt bis zu einer Gebäudeeinführung oder bis zu einem Schacht verlaufen.

Die beiden weiteren von der Weko abgegrenzten Märkte für Kabelkanalisationen im Fernnetz und Kabelkanalisationen im Anschlussnetz unterscheiden sich gemäss dieser Terminologie hinsichtlich der Swisscom-Kabelkanalisationen, als diese Kabelkanalisationen keinen Anfangs- oder Endpunkt an einem Swisscom-Standort haben. Dabei gilt es zu beachten, dass sich der Anfangs- resp. Endpunkt auf die von einer FDA nachgefragten Kanalisationsabschnitte bezieht. Somit können Swisscom-

27/63

Kanalisationen nicht gleichzeitig zum Markt für Kabelkanalisationen im Bereich Anschluss- resp. Fernnetz gehören, wie die Gesuchsgegnerin in ihrer Stellungnahme vom 16. März 2009 behauptet. Sobald ein Swisscom-Standort betroffen ist, kann die

nachgefragte Strecke nicht zum Markt Anschlussnetz respektive Fernnetz gehören, da die Definition dieser beiden Märkte die Swisscom-Kabelkanalisationen ausschliesst. Wie die Weko treffend feststellt, gehört ein Kabelkanalisationsabschnitt mit Anfangs- oder Endpunkt in einem Swisscom-Standort damit solange zum Swisscom-Kabelkanalisationsnetz, als kein anderes Unternehmen mit seinen Kabelkanalisationen dieselbe, direkte Verbindung herstellen kann, ohne dass Bauarbeiten ausgeführt werden müssten. Die Gesuchsgegnerin bringt vor, dass in diesem Falle alle von ihr betriebenen Kabelkanalisationen zum relevanten Markt für Swisscom-Kabelkanalisationen gehören würden. Dies ist zutreffend und es ist nicht ersichtlich, warum dieser Schluss nicht möglich, unlogisch oder widersprüchlich wäre. Hinsichtlich der räumlichen Marktabgrenzung teilt die ComCom die Meinung, dass von einem nationalen Markt auszugehen ist, da die Dienstleistungen im abgegrenzten Markt schweizweit angeboten und nachgefragt werden. Die Gesuchsgegnerin ist das einzige Unternehmen, welches sowohl im Anschluss- als auch im Fernnetz über ein flächendeckendes, engmaschiges Kabelkanalisationsnetz verfügt und damit anderen FDA in der ganzen Schweiz allenfalls freie Kapazitäten anbieten kann. Dementsprechend scheint auch die Gesuchsgegnerin von einem nationalen Markt auszugehen und folgerichtig hat sie ein schweizweites einheitliches Basisangebot gemacht. Vor diesem Hintergrund erscheint ihre Aussage, sie mache das Angebot freiwillig und dieses stehe unter dem Vorbehalt der Überprüfung der Marktbeherrschung im Einzelfall, als fragwürdig. Die vom FMG eingeführte Zugangsregulierung betrifft naturgemäss den schweizerischen und nicht den internationalen Markt. Folglich ist ersterer zu berücksichtigen. Die von der Gesuchsgegnerin geltend gemachte Notwendigkeit einer räumlichen Marktabgrenzung von Ort zu Ort hätte zur Folge, dass die Marktbeherrschung resp. die Ausweichmöglichkeiten für jede einzelne theoretisch mögliche Strecke analysiert werden müssten. Dies würde bedeuten, dass jede nachgefragte Strecke ein Markt für sich wäre, was kein praktikabler Ansatz ist (vgl. dazu oben Ziff. 2.3.2).

E. 2.3.5.4

Marktbeherrschung Wie die Weko zu Recht feststellt, kommt den Swisscom-Zentralen für die Geschäftstätigkeit der anderen FDA eine zentrale Rolle zu. So hat beispielsweise eine FDA, die eine Teilnehmeranschlussleitung nutzen respektive darauf aufbauend Produkte für Endkundinnen und Endkunden anbieten möchte, keine andere Wahl, als eine Verbindung mit der entsprechenden Swisscom-Zentrale herzustellen, da die Teilnehmeranschlussleitung in einer Swisscom-Zentrale ihren Anfangspunkt hat. Gleichzeitig erscheint die Erschliessung einer Swisscom-Zentrale über andere als deren Kabelkanalisationen in der Praxis aus technischen und wirtschaftlichen Gründen regelmässig nicht sinnvoll. In ihrer Schlussstellungnahme vom 9. Oktober 2009 weist die Gesuchsgegnerin auf weitere eigene Produkte hin, welche seit dem Jahr 2008 die Zentralenerschliessung durch Verbindung von Kollokationsstandorten in Swisscom-Zentralen zwischen verschiedenen FDAs ermöglichen. Sie stellt sich anschliessend auf den Standpunkt, dass es sich dabei um zusätzliche Ausweichmöglichkeiten zur Zentralenerschliessung handle und diese von der Weko nicht berücksichtigt worden seien. Die Gesuchsgegnerin nennt ihre Produkte Inhouse-KKF-Verbindungen, Fiber Inhouse Service und Fiber Inhouse Service Plus. Tatsächlich wurden die Möglichkeiten gemeinsamer Zuführungen in die Kollokation sowie die Verbindung von Anlagen verschiedener Fernmeldedienstleisterinnen in Zentralen nicht im Weko-Gutachten gewürdigt, da diese Möglichkeiten erst nach Erstellung des Gutachtens Realität wurden. Es erstaunt jedoch, dass die Gesuchsgegnerin diese neuen

Produkte erst in ihrer Schlussstellungnahme vom 9. Oktober 2009 aufführt und nicht schon zu einem früheren Zeitpunkt, etwa im Rahmen ihrer

28/63

Stellungnahme vom 16. März 2009, in welcher sie sich ausführlich zum Weko-Gutachten geäußert hat. Unabhängig davon ist die Gesuchsgegnerin nun der Meinung, es wäre möglich, dass sie sich mit ihren eigenen Produkten auf dem Markt der Swisscom-Kabelkanalisationen selbst disziplinieren könnte. Diese Auffassung ist jedoch illusorisch und zudem unlogisch. Es ist nicht ersichtlich, wie die von der Gesuchsgegnerin genannten Ausweichmöglichkeiten der Zentralenerschliessung, welche notabene in ihren Zentralen und von ihr selbst angeboten werden, einen disziplinierenden Effekt im Markt für Swisscom-Kabelkanalisationen haben sollten. Die Möglichkeiten der Verbindung von Anlagen in einer Zentrale mit einer anderen Fernmeldedienstanbieterin bestehen einschränkend nur dann, wenn bereits eine Fernmeldedienstanbieterin in dieser Zentrale einen Kollokationsstandort betreibt. Wenn nun die Weko in ihrem Gutachten die Meinung vertritt, dass Fernmeldedienstanbieterinnen, welche Swisscom-Zentralen an ihr eigenes Netz anschliessen wollen, auf die Kabelkanalisationen von Swisscom angewiesen seien, erscheint diese Formulierung vor dem Hintergrund der von der Gesuchsgegnerin neu angebotenen Lösungen zwar überholt. Dem ungeachtet bleiben die Fernmeldedienstanbieterinnen beim Anschluss einer Swisscom-Zentrale von der Infrastruktur respektive von Produkten der Gesuchsgegnerin abhängig, da nur über diese die Zentralenerschliessung realisiert werden kann. Dadurch entstehen keine disziplinierenden Effekte auf das Verhalten der Gesuchsgegnerin auf dem Markt für Swisscom-Kabelkanalisationen. Die Gesuchsgegnerin könnte noch so viele Möglichkeiten respektive kommerzielle Angebote zur Zentralenerschliessung machen – es ist nicht einzusehen, inwiefern solche dafür sorgen könnten, dass sie sich auf dem vorliegend relevanten Markt nicht mehr unabhängig verhalten könnte. Die alternativen Fernmeldedienstanbieterinnen sind grundsätzlich von der Netztypologie der Gesuchsgegnerin abhängig; sie müssen an den 18 resp. 36 Points of Interconnection (POI) für die Netzzusammenschaltung und darüber hinaus auch in den Ortszentralen der Gesuchsgegnerin präsent sein, um ein Gebiet im entsprechenden Anschlussbereich erschliessen zu können. Dabei sind die POI durchgehend einzig durch die Kabelkanalisationen der Gesuchsgegnerin mit den Swisscom-Ortszentralen verbunden. Ausserdem ist das Kabelkanalisationsnetz der Gesuchsgegnerin das einzige Netz, das praktisch alle Gebäude in der Schweiz erschliesst. Ist eine FDA im Kabelkanalisationsystem der Gesuchsgegnerin mit eigenen Kabeln zugegen, hat sie im Vergleich zur Mitbenutzung von weiteren Swisscom-Kanalisationen unverhältnismässig hohe Wechselkosten, um für einen Streckenabschnitt in ihr eigenes oder in ein anderes Netz zu gelangen. Eine FDA hat demnach keine echten Auswahlmöglichkeiten, ab dem ersten Swisscom-Schacht problemlos in ein anderes Kanalisationssystem zu wechseln, um den gewünschten Standort zu erschliessen. Dies wäre nur unter Inkaufnahme von unverhältnismässig hohen Kosten für bauliche Massnahmen möglich, welche zudem oftmals mit praktischen oder rechtlichen Hürden verbunden sind. Die Kosten und praktischen Schwierigkeiten beim Bau von (Teil-)Strecken verhindern eine Disziplinierung der Gesuchsgegnerin. Auch wenn eine Fernmeldedienstanbieterin punktuell tatsächlich die Möglichkeit hat, vom Swisscom-Kabelkanalisationsnetz in ein alternatives Kabelkanalisations-Netz zu gelangen, kann noch nicht von hinreichenden

Wettbewerbsverhältnissen gesprochen werden. Insbesondere nicht in einem Markt wie demjenigen für Kabelkanalisationen, in welchem geringe Transparenz bezüglich Kanalisationsverlauf, Kapazität und Preisen herrscht und alternative Netzbetreiber in den wenigsten Fällen überhaupt die Möglichkeit des Zugangs zu Kabelkanalisationen anbieten, falls ihre Kabelkanalisationen überhaupt über freie Kapazitäten verfügen. Bestehen alternative Angebote, verbinden diese nur ausnahmsweise die von einer nachfragenden Fernmeldedienstanbieterin gewünschten Anfangs- und Endpunkte. Ver- einzelte und isolierte Ausweichmöglichkeiten können aber nicht dazu führen, dass die Gesuchsgegnerin ihre beherrschende Stellung im relevanten Markt verliert. Diese Ausführungen illustrieren, dass die sehr schwachen Wettbewerbskräfte und die allenfalls partiell vorhandenen Ausweichmöglichkeiten die Gesuchsgegnerin, als einzige Anbieterin mit einem flächen- deckenden, engmaschigen und zusammenhängenden Netz, welches die Netztypologie für Fernmel-

29/63

dedienste in der ganzen Schweiz bestimmt, nicht disziplinieren können und sich die Gesuchsgegnerin in diesem Markt deshalb weitgehend unabhängig von den anderen Marktteilnehmern verhalten kann.

E. 2.3.6

Fazit Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Gesuchsgegnerin bei allen Kanalisationsabschnitten marktbeherrschend ist, bei welchen der Anfangs- oder Endpunkt in einem Swisscom-Standort liegt und für welche keine direkte Alternative existiert, ohne Bauarbeiten ausführen zu müssen. Dies be- deutet faktisch, dass die Gesuchsgegnerin ihr gesamtes Kabelkanalisationsnetz zu kostenorientierten Bedingungen zur Mitbenutzung anzubieten hat, soweit freie Kapazitäten vorhanden sind (Art. 11 Abs. 1 Bst. f FMG). Die Bedenken der Gesuchstellerin, das Weko-Gutachten lege nicht schlüssig dar, auf welchen Strecken die Gesuchsgegnerin marktbeherrschend sei, sind vor diesem Hintergrund unbe- gründet.

E. 3

Kalkulation: Verteilung der Kosten nachfragegetrieben auf die Kostenträger.

E. 3.1

Kostennachweis in formeller Hinsicht

E. 3.1.1

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

E. 3.1.2

Das Kostenmodell Cosmos der Gesuchsgegnerin Am 8. Februar 2008 hat die Gesuchsgegnerin dem BAKOM gestützt auf die gesetzlichen Grundlagen das für ihre Preisbestimmung verwendete Kostenmodell zur Erbringung des Kostennachweises für die Jahre 2007 und 2008 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 die Kabelkanalisationen für das Jahr 2009 hat die Gesuchsgegnerin vorerst am 27. Februar 2009 eine neue Version der Software eingereicht. Am 3. Juli 2009 hat die Gesuchsgegnerin sodann im Rahmen des Instruktionsverfahrens betreffend die Zugangsbedingungen zu den Mietleistungen dem BAKOM eine erneute Aktualisierung von Cosmos zukommen lassen. Die von der Com-Com durchgeführte Überprüfung des Kostennachweises 2009 beruht auf dieser Version. Die grundsätzliche Funktionsweise des Modells wurde mit den jeweiligen Aktualisierungen nicht geändert. Grundsätzlich definiert das Kostenmodell die mengen- und wertmässigen Zusammenhänge zwischen den ökonomischen Gütern am Beschaffungsmarkt (sog. Ressourcen oder Inputgüter) und den ökonomischen Gütern am Absatzmarkt (sog. Kostenträger oder Outputgüter) der Festnetzbetreiberin. Die Software bildet damit ab, welche Mengen von Inputgütern benötigt werden, um bestimmte Mengen von verschiedenen Outputgütern zu produzieren. Dieses Grundprinzip des Kostenmodells der Gesuchsgegnerin ist in Abbildung 1 schematisch dargestellt. Die grosse Menge von Ressourcen, die benötigt wird, um ein Anschluss- und Verbindungsnetz zur Erbringung von Fernmeldediensten zu bauen und zu betreiben, die Komplexität der Abläufe und die Zusammenhänge in einem solchen Netz führen dazu, dass der geschäftliche Wertschöpfungsprozess, also die Umwandlung von Ressourcen in Kostenträger, über mehrere Zwischenstufen definiert ist. Auf diesen Zwischenstufen werden die Zwischenobjekte (sog. Komponenten) generiert, welche wiederum zu so genannten Wertschöpfungsblöcken (WSB) gruppiert werden. Abbildung 2 zeigt beispielhaft die Umwandlung von fünf Ressourcen über verschiedene Wertschöpfungsstufen in insgesamt vier Kostenträger. In diesem Beispiel werden dazu vier Wertschöpfungsblöcke gebildet. Das Kostenmodell der Gesuchsgegnerin hat im Jahr 2007 insgesamt 44, im Jahr 2008 insgesamt 48 und im Jahr 2009 erneut 48 Wertschöpfungsblöcke, wobei die Ausgestaltung der Wertschöpfungsblöcke verändert wurde, so dass sie nicht mit dem Vorjahr ver-

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

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

gleichbar sind. Die Änderungen basieren insbesondere auf einer anderen Modellierung der Gemein- kosten. Die Ressourcen sind reine Inputobjekte des Modells und besitzen einen eindeutig zugewiesenen Wert respektive Preis. Die Ressourcen werden in Unterkategorien unterschieden und können einer Kosten- art 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 Resource) vorgegeben und ist ein wichtiger Bestimmungsfaktor zur Berechnung der benötigten Mengen an Ressourcen. In einem Wertschöpfungsblock beschreibt eine Nachfragefunktion $y = f(x)$ die Beziehung zwischen Input- und Outputgütern, wobei x das Outputvolumen und y das benötigte Inputvolumen repräsentiert. Inputgüter sind entweder Ressourcen oder Komponenten und Outputgüter entweder Komponenten oder Kostenträger (vgl. Abbildung 2). Verschiedene Typen von Nachfragefunktionen sind möglich: z.B. lineare Funktion $y = a * x + b$. Komplexe funktionale Zusammenhänge werden im Netzmodell berechnet und als Parameterwerte in der Funktion übernommen.

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

E. 3.1.3

Herleitung der Preise aus Cosmos Die Preise für die regulierten Dienste werden von der Gesuchsgegnerin mehrheitlich über die Kosten pro Stück der Kostenträger aus Cosmos hergeleitet. Für einen Teil der regulierten Dienste können die Kosten pro Stück aus Cosmos direkt als Preis übernommen oder mittels Division durch Zwölf in monatliche Preise umgerechnet werden. Hinsichtlich der Kostennachweise 2007 und 2008 wird der andere Teil der Preise für die bestrittenen regulierten Dienste mittels Zusatzrechnungen in Exceltabellen hergeleitet. Die Herleitung dieser Preise stützt sich auf Kostendaten aus dem Kostenmodell Cosmos, auf Kostendaten aus Cosmos und aus weiteren, zusätzlich eingereichten Dokumenten der Gesuchsgegnerin oder nur auf Kostendaten aus zusätzlich eingereichten Dokumenten. Die Kostendaten, die nicht direkt Cosmos zu entnehmen sind, wurden von der Gesuchsgegnerin in Form von Exceltabellen eingereicht. Für das Jahr 2009 hat die Gesuchsgegnerin die Herleitung sämtlicher Preise in Cosmos integriert. Eine externe Herleitung von Preisen ist damit nicht mehr notwendig.

E. 3.1.4

Beurteilung des Kostennachweises in formeller Hinsicht Zur Beurteilung des Kostennachweises in formeller Hinsicht hat die Instruktionsbehörde das Kostenmodell Cosmos auf dessen Funktionsweise und korrekte Verrechnung der Inputparameter getestet. In einem ersten Schritt wurden die Bottom-up-Herleitung des Anschlussnetzes und insbesondere das daraus berechnete Mengengerüst überprüft. Die Verifizierung erfolgte mittels eigener Modellrechnungen. Dabei zeigte sich, dass die Gesamtkanalisationlänge in Cosmos unter dem Wert aus den Berechnungen der Instruktionsbehörde zu liegen kam. Dieser Befund liess darauf schliessen, dass die Algorithmen im Kostenmodell der Gesuchsgegnerin ein vernünftiges Mengengerüst berechnen. 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 entspricht einer gängigen Praxis bei der Modellierung von Telekommunikationsnetzen (vgl. z.B. das Referenzdokument 2.0 des Wissenschaftlichen Instituts für Kommunikationsdienste GmbH [WIK], S. 16,1 respektive die dazugehörige Analyse von Dialog Consult², S. 13). Sodann erfolgte die Überprüfung der Transformation der Investitionen in Kosten mittels Annuitätenformel. Der manuelle Nachvollzug dieses Berechnungsschrittes zeigte, dass das Modell in dieser Hinsicht errechnet, was es vorgibt. Das Resultat der manuellen Berechnung entspricht dem Resultat der Berechnung in Cosmos. Die mengen- und wertmässigen Zusammenhänge zwischen den Ressourcen und den Kostenträgern werden in Cosmos in den Wertschöpfungsblöcken abgebildet und können nachvollzogen werden. Eine stichprobenweise Überprüfung liess keine Fehlfunktionen erkennen. Im Weiteren wurde die Software derart getestet, dass verschiedene Inputparameter geändert und die Resultate mit den erwarteten Reaktionen verglichen wurden. Bei diesen Tests traten keine unerwarteten Abweichungen auf. Zudem stellte sich in umfassenden und vielfältigen Analysen heraus, dass das Kostenmodell eine geeignete Allokation der gemeinsamen Kosten auf die verschiedenen Kostenträger vornimmt. Es zeigte sich auch, dass Änderungen in der Modelldatenbank im Modell klar ersichtlich sind. Begleitet wurde die Überprüfung des Kostenmodells von mehreren Instruktionstreffen. In diesen erhielt die Gesuchsgegnerin die Gelegenheit, ihre Vorgehensweise bei der Kostenmodellierung zu erläutern und Fragen zur Funktionsweise des verwendeten Modells zu beantworten. In der Folge konnte die Instruktionsbehörde von der Gesuchsgegnerin weitere relevante Informationen abfragen und Unklarheiten betreffend den Kostennachweis konnten geklärt werden. Die Instruktionsbehörde liess sich die relevanten Fragen zu jedem Instruktionstreffen innerhalb einer bestimmten Frist in schriftlicher Form beantworten.

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

33/63

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 für die Kostennachweise 2007 und 2008 sind zweckmässig und nachvollziehbar dargestellt. Zusammenfassend ist deshalb festzuhalten, dass die Gesuchsgegnerin den Nachweis der Kostenorientiertheit in formeller Hinsicht

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

E. 3.2

Kostennachweis in materieller Hinsicht

E. 3.2.1

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

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

E. 3.2.2

Modell der bestreitbaren Märkte (Contestable Markets) Bei Märkten, auf welchen dank freiem Markteintritt und –austritt wirksamer Wettbewerb herrscht, liegen Bedingungen vor, welche Anreize zur effizienten Leistungsbereitstellung schaffen. Bei Netzökonomien wie der Telekommunikation gibt es demgegenüber typischerweise Bereiche, in welchen ein Markteintritt, und vor allem auch Marktaustritt, wegen hohen fixen und irreversiblen Kosten nicht frei ist und deshalb auch kein wirksamer Wettbewerb herrscht. Kann eine marktbeherrschende Anbieterin die Preise für Vorleistungsprodukte ohne ausreichenden Marktdruck eigenständig festlegen, ist sie versucht, diese so hoch anzusetzen, dass neu eintretende Marktteilnehmende keine oder nur eine unzureichende Marge erzielen können. Dritte würden dergestalt vom Markt ausgeschlossen, was wiederum Wettbewerb verunmöglichen sowie auf dem Endkundenmarkt zu überhöhten Preisen führen würde. Bei diesen ökonomischen Gegebenheiten bezweckt die staatliche Regulierung, trotz marktbeherrschender Stellung auf den Vorleistungsmärkten (Wholesale), Wettbewerb auf den nachgelagerten Endkundenmärkten (Retail) zu erzielen. Die Pflicht zur Zugangsgewährung stellt mit anderen Worten einen Ausgleich zur Marktbeherrschung dar

und ist daher von zentraler Bedeutung für die Öffnung (Liberalisierung) von Telekommunikationsmärkten (vgl. ROLF H. WEBER, Der Übergang zur neuen Telekommunikationsordnung, in: ROLF H. WEBER (Hrsg.), Neues Fernmelderecht, Zürich 1998, S. 23.). Sie soll wirksamen Wettbewerb beim Erbringen von Fernmeldediensten ermöglichen (Art. 1 Abs. 2 Bst. c FMG). Mit den Regulierungsvorschriften wird eine Wettbewerbssituation simuliert, wonach die unter konkurrierenden FDA geltenden Zugangsbedingungen unter funktionierenden Wettbewerbsverhältnissen zustande kommen. Der Preisregulierung muss ein ökonomisches Konzept zu Grunde gelegt werden, das einer Preisgestaltung auf Märkten für Zugangsdienstleistungen unter wirksamem Wettbewerb entspricht. Hierfür wird auf das Konzept der bestreitbaren Märkte (Contestable Markets) abgestellt. Dieses geht von der Hypothese aus, dass keine Markteintrittsbarrieren bestehen und Nachfragende auf geringste Preisänderungen mit einem Wechsel des Anbieters reagieren (sog. unendliche Preiselastizität der Absatzmärkte). Auf Märkten ohne wirksamen Wettbewerb müssen Preise folglich so reguliert werden, wie wenn Wettbewerb herrschen würde (Competitive Market Standard). Die Rolle des Regulators besteht darin, den fehlenden Wettbewerb zu simulieren (in loco competitio). Beim Konzept der bestreitbaren Märkte richtet sich der damit verbundene, kostenorientierte Preis somit nicht nach den tatsächlichen, historischen Kosten der marktbeherrschenden Anbieterin, sondern nach denjenigen einer effizienten Leistungsbereitstellung unter wirksamem Wettbewerb (vgl. dazu insbesondere die nachfolgende Ziffer). Für die Preisbestimmung wird methodisch auf den Ansatz der langfristigen Zusatzkosten (Long Run Incremental Costs [LRIC]) abgestellt, das heisst, 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, 2008 und 2009 ist Kupfer die aktuell etablierte Technologie, weshalb die hypothetische Markteintreterin ihr Netz basierend auf der Kupfertechnologie bauen würde. Es ist jedoch bereits heute ersichtlich, 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 Ausbauinitiativen in Glasfasernetze, wird in den kommenden Jahren deshalb von einer Technologieablösung auszugehen sein. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass für die Berechnung von kostenorientierten Preisen für Kabelkanalisationen die Frage, ob ein Kupfer- oder Glasfasernetz modelliert wird, keine entscheidende Rolle spielt. Die Kanten des Netzes sind in beiden Fällen dieselben.

35/63

E. 3.2.3

Berechnung der Kosten auf aktueller Basis (Forward Looking) Grundsätzlich ist bei der Überprüfung des Kostennachweises eine zukunftsbezogene Sichtweise einzunehmen (Forward Looking). Das bedeutet, dass ein gemäss LRIC-Methodik anzunehmender hypothetischer Markteintreter in kürzester Zeit die gesamte benötigte Infrastruktur effizient aufbaut und effizient betreibt. Die Gesuchstellerin erklärt in ihrer Schlussstellungnahme

vom 8. Oktober 2009, sie anerkenne, dass der MEA-Ansatz in Art. 54 Abs. 2 FDV Eingang gefunden habe. Dies heisse nun aber nicht, dass dadurch von dem in Art. 11 Abs. 1 FMG festgesetzten Prinzip der Kostenorientiertheit abgewichen werden dürfte. Dies ergebe sich schon aus der Rangordnung der beiden Erlasse. Im Weiteren verweist sie auf eine Entscheidung des Verwaltungsgerichts Köln, in welchem die Regulierungsbehörde verpflichtet worden sei, die tatsächlichen Kosten des Betreibers zu berücksichtigen. Sie verlangt deshalb, dass bei der Festlegung der kostenorientierten Preise die historischen Kosten und die getätigten Abschreibungen ebenfalls zu berücksichtigen seien. Die Gesuchsgegnerin führt in ihrer Stellungnahme vom 9. Januar 2008 dazu aus, die LRIC-Methode sei vom Gesetz- und vom Ordnungsgeber bewusst vorgeschrieben worden, um nachhaltigen infra-strukturbasierten Wettbewerb zu fördern. Ihr erlaube die Methode, in den Unterhalt und Ersatz ihrer Anlagen zu investieren und den anderen Anbieterinnen ermögliche das durch die Wholesale-Preisregulierung beeinflusste Preisniveau auf den Endkundenmärkten, ihrerseits in eine eigene Infrastruktur zu investieren. Würde man den Kriterien von Art. 54 FDV nur insofern Rechnung tragen, als dies zu Preisnachlässen zugunsten der alternativen Fernmeldedienstanbieterinnen führe, so könnte die Gesuchsgegnerin ihre Einrichtungen langfristig nicht unterhalten. Die Kriterien seien deshalb un-abhängig davon zu berücksichtigen, ob sich durch sie bezüglich eines Zugangsdienstes für die Wholesale-Kunden eine Verteuerung oder eine Verbilligung ergebe. Aus dem Konzept der bestreitbaren Märkte könne die Gesuchstellerin nichts zu ihren Gunsten ableiten. Der mit Blick auf das simulierte Marktergebnis bei wirksamem Wettbewerb wesentliche kostenorientierte Preisrichte sich nicht nach den tatsächlichen historischen Kosten, sondern nach denjenigen einer effizienten Leistungserstellung unter Wettbewerbsbedingungen. Es sei von einer neuen Anbieterin auszugehen, die ihre Anlagen nach Wiederbeschaffungspreisen bewerte. Eine Berücksichtigung historischer Vorteile sei daher ausgeschlossen. Weiter bringt die Gesuchsgegnerin vor, sie mache nicht fiktive Kosten geltend, die keinen Bezug zum tatsächlichen Kostenaufwand hätten. Sie stelle vielmehr bei allen Zugangsdiensten auf die Kriterien von Art. 54 FDV ab. In ihrer Schlussstellungnahme vom 9. Oktober 2009 äussert sich die Gesuchsgegnerin nicht mehr explizit zu den Vorbringen der Gesuchstellerin hinsichtlich der The-matik Wiederbeschaffungskosten. Der Preisüberwacher betont in seiner Stellungnahme vom 2. September 2009 erneut, aus seiner Sicht könne eine Netzbewertung gestützt auf Wiederbeschaffungsneuwerte gemäss Art. 54 Abs. 2 FDV keine Gewähr bieten, dass ein nichtdiskriminierender Netzzugang gemäss Art. 11 FMG und Art. 53 FDV sichergestellt sei. Vor dem Hintergrund, dass der Bundesrat die Auffassung der ComCom teile, wonach eine Abkehr von einer auf Wiederbeschaffungswerten basierenden Modellrechnung im Widerspruch zu den geltenden gesetzlichen Grundlagen stehe, verzichtet er jedoch darauf formell erneut eine Abkehr von der bisherigen Praxis zu empfehlen. Im Übrigen verweist er auf die Ausführungen in seiner Stellungnahme vom 18. Juni 2008, welche er im Rahmen der Verfahren TAL, KOL und IC ab-gegeben hat. Als rechtsanvende Behörde hat die ComCom die geltenden Bestimmungen anzuwenden. Aus Art. 54 FDV ergibt sich klar, dass die Überprüfung der Kosten marktbeherrschender Unternehmen nach den Kosten eines hypothetischen neuen Markteintreters mit effizienter Leistungsbereitstellung (im Folgenden auch Modellunternehmen genannt) vorzunehmen ist. Es handelt sich dabei um Modellkosten, welche von den in den Rechenwerken vorkommenden Kosten eines marktbeherrschenden Unter-nehmens abweichen können. Die Festsetzung kostenorientierter Preise stützt sich sodann gemäss

Art. 54 Abs. 2 Satz 2 FDV auf eine Berechnung der aktuellen und mithin nicht auf die tatsächlichen, historisch bedingten Kosten ab. Wobei die Methode der Wiederbeschaffungskosten zur Herleitung der aktuellen Kosten vorgeschrieben wird. Dabei spielt es grundsätzlich keine Rolle, ob die gegenwärtigen Kosten höher oder tiefer sind, als sie zu einem früheren Zeitpunkt waren. Der Ansicht der Gesuchstellerin, wonach das sogenannte Forward Looking vergangenheitsbezogene Restriktionen und historisch bedingte Kosten ausschliessen solle, umgekehrt aber vergangenheitsbezogene Vorteile beachtlich seien, kann deshalb nicht gefolgt werden. Die ComCom unterstrich bereits in früheren Entscheiden den Modellcharakter eines anzunehmenden hypothetischen Markteintreters, der nach der Theorie der bestreitbaren Märkte (contestable market) zur Festsetzung kostenorientierter Preise herangezogen wird. Dabei wird gerade auch der von der Gesuchstellerin vorliegend angeführten Problematik Rechnung getragen. Der hypothetische Markteintreter besitzt vor seinem Markteintritt keine Anlagegüter, die er zu einem früheren Zeitpunkt zu historischen Preisen gekauft hat. Es wird ihm vielmehr unterstellt, dass er sein Netz neu aufbaut und zum Zeitpunkt des Markteintritts die neuste etablierte Technologie in seinem Netz einsetzt und demnach sein Kostenniveau durch die neuste etablierte Technologie bestimmt wird. Dabei wird im verwendeten Referenzszenario sichergestellt, dass auch die Kosten eines Netzes ermittelt werden, das den gleichen Funktionsumfang (Äquivalenz) wie das Netz der Gesuchsgegnerin aufweist. Es wäre denkbar, dass die benötigten Anlagen nicht nur neuwertig, sondern auch in gebrauchtem Zustand beschafft werden könnten. Typischerweise bestehen aber für Anlagegüter, die in Telekommunikationsnetzen verwendet werden, keine Gebrauchtmärkte oder wenn sie bestehen, sind die Preisinformationen nur sehr schwer zugänglich. Dies ist mit einer der Gründe, weshalb die ComCom in ihrer bisherigen Praxis stets von der Neubeschaffung der notwendigen Anlagen ausgegangen ist und Gebrauchtmärkte nicht in die Modellierung einbezogen hat. Ein anderer wesentlicher Faktor ist die Wahl der Nutzungs- respektive Abschreibungsdauern. Diese wurden so gewählt, dass sie sich auf neue Anlagen beziehen. Würden nämlich bereits gebrauchte Anlagen berücksichtigt, so fielen deren Restnutzungsdauer deutlich geringer aus und die modellierten Nutzungsdauern wären entsprechend anzupassen. Demzufolge wäre der geringere Restwert der Anlagen über eine geringere Anzahl von Perioden abzuschreiben. Theoretisch führt dies dazu, dass die jährlichen Kosten einer Anlage berechnet aus den Wiederbeschaffungsrestwerten gleich sind wie diejenigen, die sich aus den Wiederbeschaffungsneuwerten ergeben. Differenzen sollten nur dann entstehen, wenn tatsächlich bereits abgeschriebene Anlagen weiter in Verwendung sind. Dies ist vorliegend aber unbedeutend, da eine neu in den Markt eintretende Anbieterin keine abgeschriebenen Anlagen beschaffen kann. Abgesehen davon ist jedoch entscheidend, dass im vorgegebenen Modellrahmen zur Berechnung der Preise so genannt ökonomische Abschreibungen herangezogen werden. Buchhalterische Betrachtungen, die in erster Linie auf die Optimierung der Steuerbelastung ausgerichtet sind, können keine Rolle spielen. Die von der ComCom bereits in einem früheren Verfahren vorgenommene Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe aus Art. 45 aFDV (heute Art 54 FDV) wurde vom Bundesgericht in BGE 132 II 257 geschützt. Soweit die Gesuchstellerin vorbringt, eine mit Art. 11 Abs. 1 FMG konforme Anwendung von Art. 54 Abs. 2 Satz 2 FDV führe dazu, dass getätigte Abschreibungen relevant sein müssen, ist dem Folgenden entgegenzuhalten, dass es – wie im vorangehenden Abschnitt gezeigt – im Modell der bestreitbaren Märkte keine abgeschriebenen Anlagen gibt, da kein Markt für

solche Anlagen bestehen kann. Es widerspricht ökonomischer Logik, dass eine Unternehmung ihre Anlagen unentgeltlich an eine Dritte abtreten würde, wenn sie damit noch wirtschaftlich tätig sein könnte, ohne Verluste zu machen. Als- dann spricht Art. 54 Abs. 2 Satz 3 klar von Wiederbeschaffungskosten hergeleitet über Modern Equi- valent Assets. Damit werden die von der Gesuchstellerin genannten Konzepte „Net Realisable Value“ und „Economic Value“ praktisch ausgeschlossen, da die MEA-Methode eng mit den Nettowiederbe- schaffungskosten verknüpft ist. Sie geht davon aus, dass bestehende Anlagen durch moderne funkti- onsäquivalente Anlagen ersetzt werden. Es handelt sich daher um eine Ersatzinvestitionsrechnung und nicht um eine Betrachtung des Economic oder Net Realisable Values. Dieser Ausschluss von der Preisregulierung erscheint aufgrund der Art der beiden Konzepte im Rahmen des Modells der be-

37/63

streitbaren Märkte durchaus sinnvoll. Gemäss Punkt 100 des Rahmens der International Financial Reporting Standards (IFRS Framework)³ entspricht der „Realisable Value“ dem Veräusserungswert und der „Present Value“ dem Barwert. Es würde äusserst viele Annahmen benötigen, um den Wert von Anlagen mit den von der Gesuchstellerin zitierten Konzepten zu bestimmen. Zudem wären die Annahmen sicherlich nicht unumstritten. Vor diesem Hintergrund ist es angebracht direkt auf die Net- towiederbeschaffungskosten abzustellen. Wie zuvor dargelegt ist davon auszugehen, dass die Netto- wiederbeschaffungskosten vorliegend gerade den Bruttowiederbeschaffungskosten entsprechen. Die- sem Umstand hat die ComCom bei der Beurteilung der Nutzungsdauern der Anlagegüter auch Rech- nung getragen.

E. 3.2.4

Beurteilung des Kostennachweises in materieller Hinsicht Nach Überprüfung des Kostennachweises in materieller Hinsicht hat die ComCom in einigen Berei- chen Anpassungsbedarf ermittelt. Im nachfolgenden Kapitel wird aufgezeigt, wo sich die Gesuchs- gegnerin 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

E. 4

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

E. 4.1

Vorbemerkungen In diesem Kapitel wird der von der ComCom festgestellte Anpassungsbedarf an der Modellspezifikati- on, respektive an den Modellinputparametern der Gesuchsgegnerin und dessen Hintergründe aufge- zeigt. Die Anpassungen haben zu erfolgen, um die Kostenorientiertheit gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG und Art. 54 Abs. 2 FDV im Kostenmodell der Gesuchsgegnerin umzusetzen. Dabei ist stets zu beden- ken, dass zur Überprüfung des Kostennachweises eine hypothetische effiziente Markteintreterin he- ranzuziehen und nicht das Unternehmen der Gesuchsgegnerin zu modellieren ist. Weil die Umset- zung 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. Die Kosten des Anschluss- und Verbindungsnetzes der hypothetischen effizienten Markteintreterin, 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 der Kosten für Abschreibungen erfolgt innerhalb der Software mittels einer so genannten Annuitätenformel⁴, in welche die Höhe der Investitionen, der Preiszerfall, die Nutzungsdauer und der Kapitalkostensatz (Weighted Average Cost of Capital; WACC) einfließen. Die Höhe der Investitionen wiederum wird durch die verwendeten Preise und das Mengengerüst, welches bottom-up durch das Modell dimensioniert wird, bestimmt. Die Betriebskosten umfassen beispielsweise Kosten für Unterhalt, Serviceprozesse und Gemeinkosten (sog. Overhead). Alle relevanten Inputparameter an denen Anpassungen vorgenommen wurden, werden nachfolgend in eigenständigen Unterkapiteln abgehandelt. Die Anpassungen erfolgen in erster Linie zur Umsetzung der von Art. 54 Abs. 2 FDV geforderten Effi-

3 Abrufbar unter

http://www.ifrs-portal.com/Texte_deutsch/Framework/Framework_08.htm 4 Die Annuität (A) berechnet sich wie folgt: $T \cdot WACC \cdot dp \cdot dp \cdot WACC \cdot I \cdot A \cdot \dots = 1 \cdot 1 \cdot 1$, wobei I für die Investitionen, dp für die Preisänderungsrate und T für die Nutzungsdauer steht.

38/63

zienz, zur Harmonisierung der Berechnung verschiedener Parameter und zur Berücksichtigung der veränderten Ausgangssituation. Die ComCom hat im Oktober 2008 für die Interkonnektion (IC), den vollständig entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung (TAL) sowie die Kollokation (KOL) kostenorientierte Preise für die Jahre 2007 und 2008 verfügt. Diese Anpassungen sind auch hinsichtlich der Preise für Kabelkanalisationen 2008 relevant und deshalb gleichermassen vorzunehmen. Die im Rahmen der Entscheide vom Oktober 2008 von der Regulationsbehörde vorgenommenen Anpassungen der kostenorientierten Preisberechnungen wurden von den Parteien nicht angefochten und von der Gesuchsgegnerin für den Kostennachweis 2009 grösstenteils übernommen. Es kann deshalb davon ausgegangen werden, dass die Anpassungen aus den Jahren 2007 und 2008, welche die Gesuchsgegnerin im Kostennachweis 2009 übernommen hat, von ihr nicht mehr bestritten sind. In der vorliegenden Verfügung werden die entsprechenden Anpassungen deshalb auch nur aufgeführt und für ihre Begründung wird auf die in dieser Hinsicht rechtskräftigen Verfügungen vom Oktober 2008 verwiesen. Zusätzlich sind im Bereich Kabelkanalisationen jedoch Anpassungen vorzunehmen, welche spezifisch die Kabelkanalisationen betreffen und deshalb von den bisher zu den Kostennachweisen 2007 und 2008 ergangenen Verfügungen nicht betroffen waren (vgl. Ziff. 4.3.2). Die anschliessenden Ausführungen beziehen sich auf eine vorzunehmende Anpassung hinsichtlich der Methodik zur Berechnung des monatlichen Preises für die Mitbenutzung von Kabelkanalisationen (Ziff. 4.2). Das darauf folgende Kapitel äussert sich zu den Anpassungen für die Jahre 2007 und 2008 (Ziff. 4.3). Sodann werden die Anpassungen am Kostennachweis 2009 erläutert (Ziff. 4.4). Hinsichtlich der vorzunehmenden Anpassungen stellt die Gesuchsgegnerin in ihrer Schlussstellungnahme vom 9. Oktober 2009 den Antrag auf „Einsicht in die abgeänderten Modelldaten“, welche der Verfügung zugrunde lägen. Sie führt aus, der Anspruch auf Akteneinsicht bestehe

unabhängig von einer allfälligen Qualifikation eines Aktenstücks als internes Dokument und umfasse auch den Anspruch auf Kopien. Gegenstand des Einsichtsrechts seien alle (mit welcher Technik auch immer erstellten) Aufzeichnungen, die geeignet seien, einer Behörde als Grundlage für ihre Entscheidung zu dienen. Sämtliche Informationen, welche dem entscheidenden Organ zur Verfügung stünden, müssten auch der Partei zugänglich sein. Nicht die Eignung einer Information, sondern ihre faktische Kenntnisnahme durch die Behörde und die Tatsache, dass sie möglicherweise Einfluss auf den Entscheid hatte, löse den Einsichtsanspruch aus. Die neuere Rechtsprechung gehe davon aus, dass ein Aktenstück nicht als intern klassiert werden dürfe, wenn es von objektiver Bedeutung für die verfügungswesentliche Sachverhaltsfeststellung sei. Dem Akteneinsichtsrecht unterlägen unabhängig von ihrer Klassierung alle Akten, welche geeignet seien, Grundlage der späteren Verfügung zu sein. Da Anpassungen am Kostennachweis zweifellos nicht nur geeignet seien, den Entscheid der ComCom zu beeinflussen, sondern ihn geradezu bestimmten, habe die Gesuchsgegnerin Anspruch auf alle relevanten Entscheidungsgrundlagen. Die Gesuchsgegnerin habe daher das Recht auf Einsicht in alle der ComCom-Verfügung zu Grunde liegenden angepassten Daten. Die Akteneinsicht gemäss Art. 26 VwVG erstreckt sich grundsätzlich auf alle Akten, die geeignet sind, Grundlage für die spätere Entscheidung zu bilden, das heisst, entscheidrelevant sind oder sein könnten; um den Umfang des Akteneinsichtsrechts zu bestimmen, kommt es auf die Bedeutung eines Aktenstücks für die verfügungswesentliche Sachverhaltsdarstellung an. Demgegenüber besteht kein Anspruch auf Einsicht in verwaltungsinterne Akten. Als solche gelten Unterlagen, denen für die Behandlung eines Falles kein Beweischarakter zukommt, welche vielmehr ausschliesslich der verwaltungsinternen Meinungsbildung dienen und somit für den verwaltungsinternen Gebrauch bestimmt sind (zum Beispiel Entwürfe, Anträge, Notizen, Mitberichte, Hilfsbelege usw.). Mit dem Ausschluss des Einsichtsrechts in diese Akten soll verhindert werden, dass die interne Meinungsbildung der Verwaltung über die entscheidenden Aktenstücke und die erlassenen begründeten Verfügungen hinaus vollständig vor der Öffentlichkeit ausgebreitet wird (Urteil des Bundesgerichts 2A.586/2003 und 2A.610/2003 vom 1. Oktober 2004, E. 7.3).

39/63

Im vorliegenden Fall überprüft die ComCom den Kostennachweis, welche die Gesuchsgegnerin von Gesetzes wegen erbringen darf und für die strittigen Preise auch erbracht hat (vgl. Ziff. 3.1). Bei den von der Gesuchsgegnerin nun in ihrer Schlussstellungnahme vom 9. Oktober 2009 genannten Dokumenten handelt es sich um ihre eigenen Eingaben, die sie als Beweismittel im Rahmen der Erbringung des Kostennachweises zu den Akten einreichte. In ihrer Eingabe bezeichnet die Gesuchsgegnerin die Dokumente zusätzlich als „angepasst“ und sie führt aus, um welche es sich handelt. Die Gesuchsgegnerin scheint folglich davon auszugehen, dass die ComCom im Hinblick auf die vorliegende Verfügung neue elektronische Dokumente erstellt hat, welche die verfügbaren Preise enthalten. Dies trifft jedoch nicht zu. Die ComCom fertigt als Regulierungsbehörde nicht einen eigenen Kostennachweis an, sondern sie überprüft die Kostenorientiertheit der ihr zur Beurteilung unterbreiteten Preise. Dies geschieht dadurch, dass sie den von der Gesuchsgegnerin eingereichten Kostennachweis überprüft. Der Kostennachweis besteht aus dem Kostenmodell Cosmos und weiteren dazugehörigen Dokumenten. Bei Cosmos handelt es sich um ein Programm und nicht um eine Datei. Cosmos lässt sich nicht umprogrammieren, sondern es lassen sich nur die Inputparameter

austauschen. Kommt die ComCom zum Schluss, dass diese im Hinblick auf die Kostenorientiertheit der Preise anzupassen sind, so hat sie diesen Anpassungsbedarf in ihrer Verfügung nachvollziehbar zu begründen. Selbstredend ist es der ComCom verwehrt, Parteieingaben abzuändern und selbstredend erstellt die ComCom keine neuen Akten, welchen im Hinblick auf die Entscheidungsfindung Beweischarakter zukommen könnte. Soweit sich die ComCom auf den Verfügungsantrag des BAKOM abstellt, handelt es sich diesbezüglich um ein internes Dokument. Diesem kommt kein Beweischarakter zu und folglich handelt es sich nicht um ein Aktenstück im von der Gesuchsgegnerin geltend gemachten Rechtssinne. Verfügungsanträge sind nicht von objektiver Bedeutung für die wesentliche Sachverhaltsfeststellung, da sie die Sachverhaltsfeststellung gar nicht betreffen. Diese ist mit Abschluss des Beweisverfahrens vollendet, Antrag auf Verfügung wird erst danach gestellt. Zu den von der Gesuchsgegnerin in ihrer Schlussstellungnahme vom 9. Oktober 2009 unter dem Stichwort „angepasste Daten“ aufgezählten Akten ist vor dem beschriebenen Hintergrund folgendes zu bemerken: im Rahmen der vorliegenden Verfügung wird aufgezeigt und begründet, an welchen Daten des von der Gesuchsgegnerin eingereichten Kostennachweises Anpassungsbedarf besteht. Sodann wird konkret aufgezeigt, wo die entsprechenden Anpassungen vorzunehmen sind. Unterlagen, welche von der Behörde als Basis für die angeordneten Anpassungen herangezogen wurden und nicht von den Verfahrensparteien beigebracht wurden (zum Beispiel behördlicherseits durchgeführte Preisanfragen und Mengeninformationen) wurden allesamt den Parteien umgehend nach deren Einholung mitgeteilt respektive zugestellt. Sämtliche den Anpassungsbedarf aufzeigenden behördlichen Berechnungen (zum Beispiel die Ermittlung von Preisänderungsraten) werden in der vorliegenden Verfügung erklärt und es wird jeweils am Ende der einzelnen Kapitel grau eingefärbt ausgewiesen, welche konkreten Anpassungen am Kostennachweis vorzunehmen sind. Dieses Vorgehen dient der Nachvollziehbarkeit der Entscheidung der ComCom. Es gewährleistet, dass die Gesuchsgegnerin erkennen kann, an welchen Stellen im Kostennachweis die ComCom Anpassungsbedarf erkannt hat und wie das Kostenmodell oder die eingereichten Dokumente anzupassen sind. Aus diesen Ausführungen ergibt sich, dass dem von der Gesuchsgegnerin gestellten Antrag nach Einsicht in Akten entweder bereits Genüge getan ist oder es sich bei ihrem Anliegen im Kern nicht um ein solches auf Akteneinsicht, sondern um ein solches auf eine rechtsgenügeliche Begründung handelt, welches ebenfalls Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör bildet. Die ComCom ist überzeugt, dass in der vorliegenden Verfügung hinlänglich erläutert wird, weshalb und an welchen Stellen im Kostennachweis der Gesuchsgegnerin Anpassungen vorzunehmen sind, um dem vom Gesetz geforderten Kriterium der Kostenorientiertheit Nachachtung zu verschaffen.

40/63

E. 4.2

Anpassung der Methodik zur Berechnung des monatlichen Preises für die Mitbenutzung der Kabelkanalisationen Die Gesuchsgegnerin berechnet den monatlichen Preis für die Mitbenutzung von Kabelkanalisationen in den Jahren 2007 bis 2009, indem sie die Investitionen in Kanalisationen im Anschlussnetz sowie in diejenigen von Anschluss- und Verbindungsnetz gemeinsam genutzten Stecken durch die entsprechende Anzahl Rohrmeter dividiert. Dies ergibt die durchschnittlichen Investitionen pro Rohrmeter. Danach verteilt sie die Investitionen in von Anschlussnetz und Verbindungsnetz gemeinsam genutzte Schächte und die Investitionen in Schächte des Anschlussnetzes auf die Anzahl

Rohrmeter. So er- rechnet sie den Anteil an Investitionen in Schächte pro Rohrmeter im oben genannten Bereich. Die Investitionen pro Rohrmeter werden in der Folge annualisiert, wodurch die jährlichen Kosten pro Rohrmeter im Bereich Anschlussnetz und von Anschluss- und Verbindungsnetz gemeinsam genutzten Strecken ermittelt werden. Zu diesen werden sodann Betriebskosten (OPEX) in Höhe von 10% sowie ein Zuschlag für die Verwaltungs- und Gemeinkosten (VVGK) addiert. Aufgeteilt auf zwölf Monate erhält man schliesslich den monatlichen Preis für die Mitbenutzung der Kabelkanalisationen der Gesuchsgegnerin. Diese Methodik zur Berechnung des monatlichen KKF-Preises überzeugt aus den nachfolgenden Gründen nicht. Zunächst ist kein Grund ersichtlich, weshalb sich die Preisberechnung der Gesuchs- gegnerin nur auf oben genannten Bereich beziehen soll und die reinen Verbindungsstrecken nicht berücksichtigt werden sollen, da die Marktbeherrschung der Gesuchsgegnerin nicht nur diesen Be- reich betrifft. Somit unterliegt die Gesuchsgegnerin der Verpflichtung, auch Kapazitäten im Verbin- dungsnetz zur Verfügung zu stellen. Ausserdem werden Kabelkanalisationen im gesamten Netz nachgefragt. In die Preisberechnung sind deshalb auch die Investitionen und Rohrmeter der reinen Verbindungsstrecken einzubeziehen. Weiter sind im Kostenmodell der Gesuchsgegnerin genau so viele Rohre verlegt, wie auch Kabel existieren. Dies bedeutet, dass gemäss „Dimensionierungsregeln Linientechnik“, also ein Kabel pro Rohr, eigentlich kein Platz für die Vermietung weiterer Kapazitäten zur Verfügung steht. Wo pro Kabel ein Rohr verlegt wird, braucht es im Modell entsprechend Leerka- pazitäten, die anderen FDAs zur Mitbenutzung angeboten werden können. Weiter besteht eine Un- stimmigkeit hinsichtlich der Behandlung von Kabelkanalisationen einzig als Komponente. Indem im Kostennachweis der Gesuchsgegnerin die Gesamtkosten von Kabelkanalisationen und Schächten auf die Gesamtanzahl Rohrmeter verteilt werden, wird der Preis für Kabelkanalisationen unabhängig von den weiteren regulierten Produkten berechnet. Das Produkt Kabelkanalisationen wird folglich im Mo- dell der Gesuchsgegnerin als Komponente und nicht als Kostenträger behandelt. Dadurch bleibt unbe- rücksichtigt, dass auch das Produkt Kabelkanalisationen Investitionen in Grabarbeiten tragen muss. Da die Gesuchsgegnerin ihre Kabelkanalisationen auch vermieten kann, kommt es auf den vermiete- ten Strecken zu einer ungerechtfertigten doppelten Abgeltung der Investitionen, weil diese Investitio- nen bereits auf die anderen regulierten Produkte verteilt worden sind. Es ist allerdings anzumerken, dass Kabelkanalisationen Kostenträger als auch Komponenten darstellen können. Fliesst die Kabel- kanalisation in andere Kostenträger ein, kann sie durchaus als Komponente behandelt werden; wird sie jedoch vermietet, ist sie als Kostenträger zu betrachten. Unter Berücksichtigung obiger Ausführungen ist von nachfolgend beschriebener Methodik auszugehen: Für die Berechnung des kostenorientierten Preises für die Mitbenutzung von Kabelkanalisationen sind die gesamten Investitionen in Kabelkanalisationen und die gesamten Rohrmeter mit einzubeziehen, das heisst auch die Investitionen und Rohrmeter von reinen Verbindungsstrecken. Im Weiteren müs- sen unter Berücksichtigung der Dimensionierungsregeln Linientechnik im Kostenmodell der Gesuchs- gegnerin zusätzliche Leerrohre verlegt sein, damit überhaupt Kapazitäten bestehen, um Kabelkanali- sationen vermieten zu können. Aus diesem Grund sind im Umfang der erwarteten nachgefragten Ka- belkanalisationsmeter per Ende 2009 (Prognose) zusätzliche Kunststoffrohre mit einem Durchmesser von 55 mm in die bestehenden Trassen im Modell einzufügen, wobei die als voll definierten Trassen

mit 18 Rohren davon auszunehmen sind. Ausgehend von den von der Gesuchsgegnerin am 10. Juli 2009 eingereichten Zahlen zu den nachgefragten Kabelkanalisationsmetern wird für 2007 und 2008 die ausgewiesene Menge am Jahresende berücksichtigt. Für das Jahr 2009, wird, gestützt auf die bisherigen monatlichen Veränderungen, eine Nachfrage von 200'000 Metern als angemessen erachtet. Der Verzicht auf eine fundierte Prognose rechtfertigt sich dadurch, dass diese relativ tiefen Zahlen zurzeit keinen messbaren Effekt auf die Preise haben und keine Zahlen vorliegen, die genügend in die Vergangenheit zurückreichen würden, um eine methodisch fundierte Wachstumsprognose zu erstellen. Vereinfachend nimmt die ComCom an, dass die vermietete Kanalisation proportional auf die verschiedenen Kanalisationstypen verteilt ist. Obwohl so nur eine Annäherung an die reale Verteilung entsteht, ist dieser Ansatz sachgerecht, da die Verteilung der Leerrohre auf die Kanalisation keinen messbaren Effekt auf den Preis hat. Zudem erscheint dieser Ansatz als einfach und praktikabel. Der neue Wert für die Investitionen in Kabelkanalisationen und Schächte ist in der Folge durch die neue Anzahl an Rohrmeter (inkl. reine Verbindungsstrecken und Leerrohre) zu dividieren, womit die Durchschnittsinvestitionen in einen Rohrmeter im gesamten Netz ermittelt werden können. Nach Annualisierung dieser Durchschnittsinvestitionen (inkl. Schächte) sind die entsprechenden Zuschläge für OPEX und VVGK gemäss dem Vorgehen der Gesuchsgegnerin zu addieren. Die Gesuchsgegnerin äussert sich in ihrer Schlussstellungnahme vom 9. Oktober 2009 zu den im Orientierungsschreiben an den Preisüberwacher vom BAKOM gemachten Ausführungen zur Methodik der Berechnung des monatlichen Preises für die Mitbenutzung von Kabelkanalisationen ohne grundsätzliche Einwände gegen die Vorschläge des BAKOM zu haben. Die ComCom hat mit den Daten aus den Kostennachweisen 2007 bis 2009 die Preise für die Mitbenutzung von Kabelkanalisationen anhand der oben beschriebenen Methodik mittels eigener Berechnungen ermittelt. Durch die zusätzlich verlegten Leerrohre erhöhen sich die gesamten Investitionen in Kabelkanalisationen, gleichzeitig nimmt die Gesamtanzahl Rohrmeter zu. Da die zusätzlichen Investitionen relativ gering sind und die Gesamtinvestitionen auf mehr Rohre verteilt werden, sinken die Investitionen pro Rohrmeter im Vergleich zum Modell der Gesuchsgegnerin. Dies hat wiederum Einfluss auf den Preis einer Teilnehmeranschlussleitung (TAL) und auf die Produkte im Bereich Interkonnektion. Für die Jahre 2007 und 2008 wurden diese Preise bereits verfügt. Sensitivitätsanalysen haben ergeben, dass sich diese Preise bei gegebener Kabelkanalisations-Nachfrage von knapp 100 km per Ende 2008 um weniger als 0.1% reduzieren würden. Diese Effekte sind deshalb so klein, da eine Strecke von 100 km vermieteten Rohren bei einer Gesamtstrecke von insgesamt ca. 200'000 km Rohren nicht ins Gewicht fällt. Zum heutigen Zeitpunkt sind die beschriebenen Effekte deshalb vernachlässigbar. Je mehr Kabelkanalisationen jedoch vermietet werden, desto stärker wirken sie sich auf die anderen regulierten Produkte aus. Die Gesuchsgegnerin wird deshalb die vom BAKOM angewendete Methodik zur Berechnung des monatlichen Preises für die Vermietung von Kabelkanalisationen bei der Berechnung ihrer künftigen Basisangebote übernehmen müssen.

Konkrete Anpassungen am Kostennachweis In den Kostennachweisen 2007 und 2008 wurde der Preis für die Mitbenutzung von Kabelkanalisationen von der Gesuchsgegnerin in Cosmos durch die „Nebenrechnung Ducts“, ein Excel-Export, berechnet. Im Kostennachweis 2009 hat die Gesuchsgegnerin die Berechnung des Preises für Kabelkanalisationen in Cosmos integriert. Abweichend vom Vorgehen der Gesuchsgegnerin ist der Preis für die Mitbenutzung der Kabelkanalisationen für die Jahre 2007 bis 2009 wie folgt

zu berechnen: Zur Berechnung werden die Informationen zu allen Kabelkanalanlagen ausser „KVS_Kunde_Kanalisation“ und „Parzellenerschliessung“ aus dem Mengengerüst Lines in Cosmos benötigt. In den Kostennachweisen 2007 und 2008 sind in Cos-

42/63

mos für die reinen Verbindungsstrecken (Core) neben dem „Mengengerüst Lines Access“ zusätzlich das Mengengerüst (Trassemeter) aus der Objektmodellanalyse (Inputobjekt: Kanalisation_Core) und der Durchschnittspreis für eine Kanalisation_2K55 im Bereich Core aus der NPK-Analyse aus Cosmos heranzuziehen. Sodann sind die Investitionen pro Kanalisationsart mit der Formel $\text{Trassemeter} \cdot \text{Preis} \cdot (1 - \text{Beilauf}) \cdot (1 + \text{Honorarsatz})$ für alle Kanalisationsarten zu berechnen. Bei der Bestimmung der Investitionen gilt für die reinen Verbindungsnetzkanalisationen eine Ausnahme: hier wird kein Beilauf angerechnet. Aufsummiert ergeben sich damit die Investitionen des Mengengerüsts Lines. Als Nächstes sind die Zusatzinvestitionen zu bestimmen, die anfallen, wenn für die Nachfrage nach dem Produkt „Mitbenutzung der Kabelkanalisation“ zusätzliche Leerrohre verlegt werden. Diese Nachfrage nach Leerrohren ist gleichmässig auf die vorhandenen Kanalisationsarten zu verteilen. Hierzu sind in einem ersten Schritt die Trassemeter pro Kanalisationsart jeweils durch die Gesamtanzahl an Trassemetern zu dividieren. Dabei sind die als voll geltenden Trassen, das heisst Kanalisationen mit 18 Rohren, nicht zu berücksichtigen, da sie nicht für die Verlegung von weiteren Rohren in Frage kommen. Dieses Vorgehen liefert den Anteil einer jeden, für die Verlegung von Leerrohren geeigneten, Kanalisationsart an der gesamten (für Leerrohre geeignete) Kanalisation. Diese Anteile stellen im nächsten Schritt die Grundlage dar, um die zusätzlichen Leerrohre auf das gesamte Netz zu verteilen, wobei in Trassen mit 18 Rohren keine Leerrohre verlegt werden. Dazu ist die Menge der nachgefragten Kabelkanalisationsmeter resp. der zusätzlichen Leerrohre mit diesen Anteilen zu multiplizieren, wodurch eine proportionale Verteilung erreicht wird und sich die Anzahl Leerrohrmeter pro Kabelkanalisationsart ergibt. Als Menge sind dabei die von der Gesuchsgewerberin am 10. Juli 2009 ausgewiesenen nachgefragten Kabelkanalisationsmetern per Ende 2007 und 2008 zu verwenden und für die Nachfrage per Ende 2009 wird von 200'000 m ausgegangen. Um die Zusatzinvestitionen für die Leerrohre zu erhalten, ist zuerst für jede Kanalisationsart der Mehrpreis pro Meter zu berechnen, wenn ein zusätzliches Rohr mit Durchmesser 55 mm mitverlegt wird. Dabei kann nach dem Prinzip „Preis Kanalisation_xK100_(y+1)K55“ – „Preis Kanalisation_xK100_yK55“ vorgegangen werden. Für eine Vielzahl der Kanalisationsarten sind diese Informationen im Mengengerüst Lines enthalten. Für Werte die nicht mit Hilfe des Mengengerüsts Lines hergeleitet werden können, ist auf die Durchschnittspreise aus der NPK-Analyse zurückzugreifen. Sodann werden die zuvor berechneten Leerrohrmeter je Kanalisationsart mit dem jeweiligen Mehrpreis für ein Leerrohr multipliziert (hier ist wiederum der Beilauf abzuziehen und der Honorarsatz zuzuschlagen, wobei die Core-Kanalisationen keinen Beilauf enthalten). Über alle Kanalisationsarten summiert, ergeben sich somit die Zusatzinvestitionen für die Leerrohre. Aus der Summe der Zusatzinvestitionen und der Investitionen des Mengengerüsts Lines resultieren im nächsten Schritt die eigentlichen Gesamtinvestitionen in Kanalisationsanlagen. Um nun daraus die durchschnittlichen Investitionen pro Rohrmeter zu erhalten, werden die Gesamtinvestitionen durch die Gesamtanzahl an Rohrmeter (inkl. Leerrohre) dividiert. Die Gesamtanzahl an Rohrmeter wird berechnet, indem die Trasselänge jeder Kanalisationsart mit der Anzahl Rohre in der Trasse multipliziert wird und die Nachfrage nach zusätzlichen Leerrohren addiert wird.

Diese Investitionen pro Rohrmeter sind sodann mit dem jeweiligen WACC, einer Nutzungsdauer von 40 Jahren und der spezifischen Preisänderungsrate gemäss Ziff. 4.3.2.1 zu annualisieren, was die Kosten pro Rohrmeter ergibt. Um die Kosten für Schächte zu berücksichtigen, sind die Gesamtinvestitionen in Schächte aus Cosmos (Inputobjekte aus Anlageressource in der Objektmodellanalyse: Schacht; LI_Schacht) durch die Gesamtanzahl Rohrmeter (inkl. Leerrohre) zu dividieren. Diese Schacht-Investitionen pro Rohrmeter sind mit dem jeweiligen WACC, einer Nutzungsdauer von 40 Jahren und der durchschnittlichen Preisänderungsrate für Schächte zu annualisieren, um die Schachtkosten pro Rohrmeter zu erhalten. Auf die Summe der Schacht- und Kanalisationskosten pro Meter erfolgt ein Zuschlag für die Betriebskosten (OPEX-Zuschlag; 10%). Dem Ergebnis dieser Zuschlagsrechnung sind sodann die anteiligen VVGK zuzuschlagen und es resultieren die jährlichen Kosten. Diese sind schliesslich durch 12 zu dividieren, um den monatlichen Preis für die Mitbenutzung von Kabelkanalisationen zu erhalten.

43/63

E. 4.3

Anpassungen an den Kostennachweisen 2007 und 2008 Die ComCom hat im Oktober 2008 für die Interkonnektion (IC), den vollständig entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung (TAL) sowie die Kollokation (KOL) kostenorientierte Preise für die Jahre 2007 und 2008 verfügt. Die entsprechenden Entscheide wurden hinsichtlich der Preisfestsetzung nicht angefochten und sind folglich diesbezüglich in Rechtskraft erwachsen. Die vorgenommenen Anpassungen sind auch für die Berechnung kostenorientierter Preise für Kabelkanalisationen relevant und deshalb vorliegend gleichermassen vorzunehmen. Die im Rahmen der bisherigen Verfahren bereits vorgenommenen Anpassungen werden in dieser Verfügung jedoch nur kurz in Tabellenform dargestellt, da sie aus zwei Gründen als unstrittig erscheinen: erstens wurden sie im Nachgang an die Festsetzung der Bedingungen IC/TAL/KOL nicht angefochten und zweitens von der Gesuchsgegnerin in ihrem Kostennachweis 2009 auch berücksichtigt. Zu beachten ist weiter, dass in der nachstehenden Tabelle auch Anpassungen aufgeführt werden, welche Kabelkanalisationen nicht direkt betreffen. Dies liegt daran, dass Änderungen der Herstellkosten eines Kostenträgers Auswirkungen auf die Verteilung der Gemeinkosten haben. 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. Für die Begründung der einzelnen Anpassungen wird auf die entsprechenden Verfügungen IC/TAL/KOL für die Jahre 2007 und 2008 verwiesen.

E. 4.3.1

Anpassungen im Rahmen der Verfahren IC / TAL / KOL

ComCom 2007	ComCom 2008	WACC	6.07%	6.22%	Abschreibungsdauern
Kabelkanalisationen	und Schächte	40 Jahre	40 Jahre	Abschreibungsdauern	Hardware
Voice					

E. 4.3.2

Zusätzliche Anpassungen Neben den bereits in den Verfügungen vom 9. Oktober 2008 vorgenommenen Änderungen besteht weiterer Anpassungsbedarf am Kostennachweis der Gesuchsgegnerin für die Jahre 2007 und 2008. Dieser beruht einerseits auf für Kabelkanalisationen spezifischen Gründen (nachfolgend Ziff. 4.3.2.1), andererseits auf neuen Erkenntnissen der ComCom (nachfolgend Ziff. 4.3.2.2 und Ziff. 4.3.2.3).

E. 4.3.2.1

Delta-P Tiefbauarbeiten für Kabelkanalisationen Bei den Tiefbauinvestitionen setzte die Gesuchsgegnerin in den Kostennachweisen 2007 und 2008 einen gewichteten Teuerungszuschlag ein (Werkleitungsbau 80%, Belagsbau 20%, wobei sich das Verhältnis mit abnehmender Kanalisationsgrösse verschiebt). Bei der Berechnung der durchschnittlichen Kosten pro Rohrmeter, was dem Preis für die Mitbenutzung der Kabelkanalisationen entspricht, setzt die Gesuchsgegnerin diesen durchschnittlichen, mit den zwei Komponenten Werkleitungsbau und Belagsbau entsprechend gewichteten Teuerungszuschlag ein. Die ComCom setzte in ihren Verfügungen vom Oktober 2008 das durchschnittliche Verhältnis auf 70% für Werkleitungsbau und 30% für Belagsbau fest und bestimmte, dass die Preisänderungsraten der beiden Positionen aus einer geglätteten Preisentwicklung herzuleiten sind, indem der Durchschnitt über die letzten fünf Jahre mit einer zeitlichen Verzögerung von zwei Jahren mittels geometrischem Mittel berücksichtigt wird. Diese Anpassungen wurden von der Gesuchsgegnerin in den Verfahren 2007 und 2008 nicht bestritten und von ihr im Kostennachweis 2009 übernommen. Die Gesuchsgegnerin hat in den Jahren 2007 und 2008 auch für Kabelkanäle die durchschnittliche, unspezifische Preisänderungsrate verwendet. Cosmos ermöglicht jedoch für die meisten Inputgüter eine differenzierte Gewichtung der Preisänderungsraten für Belagsbau und Werkleitungsbau. Für Kabelkanalisationen kann ein genaueres Delta-P bestimmt werden, indem der Investitions-Anteil der einzelnen NPK-Positionen an den NPK-Gesamtinvestitionen bestimmt wird und diese Anteile mit dem der NPK-Position entsprechendem Delta-P multipliziert und die einzelnen Werte addiert werden. So kann das Verhältnis von Belagsbau- und Werkleitungsbauarbeiten an den Tiefbauarbeiten der Linientechnik genauer bestimmt werden, als mit der von Gesuchsgegnerin angewendeten Annäherung. Einzig für die Schächte, die Installation und den Zuschlag für Unabwägbarkeiten muss der gewichtete Mittelwert verwendet werden. Für alle anderen Kanalisationsressourcen ist es problemlos möglich, differenzierte Preisänderungsraten zu berücksichtigen. Dies hat auch die Gesuchsgegnerin von sich

45/63

aus erkannt und hat im Kostennachweis 2009 diese Methodik für die genauere Bestimmung des Delta-P für Kabelkanalisationen angewendet. In den Kostennachweisen 2007 und 2008 für Kabelkanäle ist deshalb eine spezifische durchschnittliche Preisänderungsrate gemäss dem Anteil der Normpositionen-Katalog-Position (NPK-Position) an den Gesamtinvestitionen in Kabelkanäle herzuleiten und zu verwenden. Die Preisänderungsraten für 2007 und 2008 für Kabelkanäle erhöhen sich deshalb von 2.8% auf 2.85% resp. von 2.5% auf 2.65%.

Konkrete Anpassungen am Kostennachweis Zuerst ist der Investitions-Anteil der einzelnen NPK-Positionen an den NPK-Gesamtinvestitionen zu bestimmen. Diese Anteile sind dann mit dem der jeweiligen NPK-Position zugewiesenen Delta-P zu multiplizieren und diese einzelnen Werte sind sodann zu addieren. In den Jahren 2007 und 2008 hat die

Gesuchsgegnerin die Preise für Kabelkanalisationen ausserhalb von Cosmos in Excel-Tabellen hergeleitet. In diesen Excel-Tabellen sind die Werte für das Delta-P der Kabelkanalanlagen im Tabellenblatt „Nebenrechnung Ducts“ in Zelle C7 entsprechend anzupassen.

E. 4.3.2.2

Abschreibungsdauern Im Zusammenhang mit parallel laufenden Verfahren betreffend Mietleitungen hat die ComCom festgestellt, dass die Gesuchsgegnerin in ihrem Kostennachweis für die Anlageklasse „Hardware Data / Transport“ Abschreibungsdauern von drei, vier, fünf und sieben Jahre ausweist. Demgegenüber hat die ComCom in ihrer bisherigen Praxis für Hardware und Software Abschreibungsdauern von zehn respektive fünf Jahren festgesetzt. Da es sich bei diesen Gütern um neue und schnelllebige Technologien handelt, müssen die Nutzungsdauern tatsächlich tiefer angesetzt werden. Aus Sicht der ComCom erscheinen die von der Gesuchsgegnerin angenommenen Abschreibungsdauern für die einzelnen Hardware-Komponenten der Anlageklasse „Hardware Data / Transport“ gleichwohl als zu tief. Solche Komponenten können zweifelsfrei länger genutzt werden, als die Gesuchsgegnerin angibt. Der verfügenden Behörde erscheint es angemessen von Nutzungsdauern von sechs bis acht Jahren auszugehen und es rechtfertigt sich deshalb diese für alle Komponenten der Anlageklasse „Hardware Data / Transport“ einheitlich auf den Mittelwert von sieben Jahre fest. Diese Anpassungen haben insbesondere Einfluss auf die vorliegend zu verfügenden Preise, als sie sich auf die OSS/BSS-Kosten und somit die Stundensätze der Serviceprozesse auswirken.

Konkrete Anpassungen am Kostennachweis Im Kostenmodell sind im Rahmen der Szenarioberechnung die Abschreibungsdauern der Anlageklassen „Hardware Data / Transport (3 Jahre)“, „Hardware Data / Transport (4 Jahre)“ und „Hardware Data / Transport (5 Jahre)“ einheitlich auf 7 Jahre zu erhöhen.

E. 4.3.2.3

OSS/BSS-Kosten Anlässlich des Instruktionstreffens vom 8. Juli 2009 hat sich gezeigt, dass die Gesuchsgegnerin für die Verwaltung der Kanalisation zurzeit im Sinne einer Übergangsphase zwei Systeme unterhält. Einerseits betreibt sie das System MAP-LN, andererseits das neue System PTA, welches bis 2010 MAP-LN vollständig ablösen soll. In ihrem Kostenmodell macht sie die Kosten für beide Systeme geltend. Es ist offensichtlich, dass eine solche Redundanz von Systemen bei einer effizienten Modellanbieterin nicht vorkommen würde. Diese hätte ohne Zweifel nur ein System im Einsatz, weshalb die geltend

46/63

gemachten Investitionen für das alte System Map-LN zu streichen sind. Die ComCom anerkennt jedoch, dass für das neue System PTA höhere Kosten geltend gemacht werden, da dieses zur Bewirtschaftung besser geeignet ist als das alte System und sich die Mehrkosten rechtfertigen. Es kann davon ausgegangen werden, dass ein modernes System wie PTA heute auch von einer effizienten Markteintreiberin verwendet würde und es somit dem Modern Equivalent Asset entspricht. Durch die Streichung der Investitionen für das System Map-LN sinken die OSS/BSS-Kosten in beiden Jahren um je ca. 8 Mio. CHF. Überschneidungen bestehen ausserdem bei den Systemen ALMA und TAS sowie dem System IAPM. Bei ersteren handelt es sich um Supportsysteme, die durch das neuere System IAPM abgelöst werden. Auch in diesem Fall rechtfertigt sich die Verwendung der

beiden Systeme nicht, sind doch die Kosten einer effizienten Anbieterin zu modellieren. Die Kosten für die Systeme ALMA und TAS sind folglich aus der Kostenrechnung zu entfernen. Dadurch sinken die OSS/BSS-Kosten um ca. 1 Mio. CHF. Die Gesuchsgegnerin bringt in ihrer Schlussstellungnahme vom 9. Oktober 2009 vor, die Ausführungen des BAKOM in seinem Orientierungsschreiben an den Preisüberwacher zu OSS/BSS seien nicht nachvollziehbar und unzutreffend. Aus der Streichung des Systems Map-LN ergäbe sich eine Reduktion der Investitionen in der genannten Höhe, nicht der Kosten. Diese Kritik bringt die Gesuchsgegnerin zu Recht vor. In dem Orientierungsschreiben an den Preisüberwacher war von Kosten anstelle von Investitionen die Rede, was zu korrigieren ist.

Konkrete Anpassungen am Kostennachweis Die Supportsysteme Map-LN, ALMA und TAS sind zu streichen, indem die Bewertungsfaktoren (Preise) der Anlageressourcen SuppSys__Map_LN__SW, SuppSys__ALMA__HW und SuppSys__TAS__SW sowie der Plattformressourcen SuppSys__Map_LN__DK, SuppSys__ALMA__DK und SuppSys__TAS__DK auf Null gesetzt werden. Damit verursachen diese Systeme keine Kosten mehr. Hinweis: Diese Anpassungen sind auch im Kostennachweis 2009 vorzunehmen.

E. 4.4

Anpassungen am Kostennachweis 2009 Für das Jahr 2009 hat die Gesuchsgegnerin einen Zuschlag für Gemeinkosten ausserhalb des Modells mit Daten aus ihrer eigenen Buchhaltung hergeleitet (siehe auch unten Ziff. 4.4.2). Dieser fixe Zuschlagsatz für die Gemeinkosten wird sodann im Modell den Produkten zugeschlagen. Dadurch bestehen zwischen Herstellkosten im Modell und der Verteilung der Gemeinkosten keine Abhängigkeiten. Hinsichtlich 2009 werden deshalb nur die Anpassungen der ComCom, welche die Kabelkanalisationen direkt betreffen, aufgezeigt.

E. 4.4.1

Forecast PSTN- und ISDN-Anschlussleitungen Die Gesuchsgegnerin geht im Kostennachweis 2009 im Vergleich zu 2008 von einem Rückgang der Teilnehmeranschlussleitungen von knapp 7% aus. Sie begründet diesen Rückgang mit „Fix to Mobile Substitution“, Wechsel von Teilnehmern zu Kabelunternehmen sowie der Kündigung und Migration von Mietleitungen (von Kupfer auf Glas). Weiter führt sie in ihrer Eingabe vom 10. Juni 2009 aus, die Prognose würde durch die Produktverantwortlichen basierend auf den zum Zeitpunkt der Prognose aktuellen IST-Mengen sowie aufgrund von Marktanalysen und Markterwartungen erstellt.

47/63

Im Rahmen des Instruktionsverfahrens wurde die Gesuchsgegnerin vom BAKOM am 10. Juni 2009 aufgefordert, detailliert aufzuzeigen, wie ihre Prognose zustande kommt. In ihrer Eingabe vom 10. Juli 2009 begnügt sich die Gesuchsgegnerin jedoch mit dem Hinweis, dass man bis Ende 2009 mit noch ca. 3.5 Mio. Teilnehmeranschlüssen rechne. Diese Annahme hat sie nicht wie verlangt stichhaltig begründet. Sie hat weder die Methodik zur Prognoseerstellung transparent dargestellt noch detailliert beschrieben, warum sich ein Rückgang der Teilnehmeranschlussleitungen in der von ihr prognostizierten Grössenordnung rechtfertigen sollte. Deshalb erstellt die ComCom eine eigene Prognose für PSTN- und ISDN-Anschlussleitungen. Diese zwei Anschlussleitungstypen kommen mit Abstand am häufigsten vor und die Entwicklung dieser Anschlüsse ist mit den zur Verfügung stehenden Zahlen einfach nachvollziehbar. Prognosen für weitere Produkte, die

auf Teilnehmeranschlussleitungen auf- bauen (Mietleitungen etc.), sind vorliegend nicht notwendig, da diese Anschlussleitungen nur einen marginalen Anteil an der Gesamtanzahl an Teilnehmeranschlussleitungen ausmachen und entsprechend der Effekt einer Anpassung vernachlässigbar ist. Dies bedeutet nun aber nicht, dass diese Prognosen in parallel laufenden Verfahren bezüglich des Kostennachweises 2009, welche weniger weit fortgeschritten sind als das vorliegende Verfahren, nicht Gegenstand von weiteren Abklärungen und allenfalls Anpassungen sein können. Die Gesuchsgegnerin bringt in ihrer Schlussstellungnahme vom 9. Oktober 2009 vor, es wäre falsch, bei der Prognose der PSTN- und ISDN-Anschlussleitungen auf die Nachfrage nach Netzleistungen der marktbeherrschenden Anbieterin auf die gesamte Nachfrage gemäss Fernmeldestatistik abzustützen, welche die Anschlusszahlen aller FDA abbilde. Die ComCom folgt der Argumentation, dass durch ein Abstellen auf die gesamte Nachfrage gemäss Fernmeldestatistik allenfalls Inkonsistenzen im Kostenmodell entstehen könnten und dies eine Praxisänderung mit grundsätzlichem Charakter darstellen könnte. Deshalb geht sie bei ihrer Prognose nur von den Anschlüssen aus, welche die Gesuchsgegnerin betreibt. Obwohl der Unterschied zwischen der Gesamtanzahl Anschlüsse im Vergleich zur Anzahl Anschlüsse der Gesuchsgegnerin äusserst gering ist, erscheint dieses Vorgehen insbesondere im Hinblick auf andere Produkte respektive Verfahren grundsätzlich sinnvoll. Eine sachgerechte Prognose der Anzahl Teilnehmeranschlüsse für den Kostennachweis 2009 hat von den Zahlen bis Ende 2007 auszugehen, da diese im Zeitpunkt der Erstellung des Kostennachweises für 2009, also im Jahr 2008, bekannt sind. Allenfalls könnte für die Berechnung der kostenorientierten Preise auch auf die Entwicklung der Monatszahlen inkl. den vergangenen Monaten des laufenden Jahres abgestützt werden. Diese Zahlen liegen der ComCom jedoch nicht vor. Doch ist zu erwarten, dass die Unterschiede zwischen den beiden Methoden gering sind. Zusätzlich ist zu berücksichtigen, dass sich die Prognose für das Jahr 2009 auf die Anzahl bestehender Anschlüsse per 1. Januar 2009 zu beziehen hat, da eine Modellanbieterin ihr Netz Anfang des Jahres erstellt und die zu diesem Zeitpunkt herrschende Gesamtnachfrage zu bedienen hat. Der Ansatz der Gesuchsgegnerin, die Prognose auf Mitte 2009 zu beziehen, ist nicht sachgerecht, da im Modell die gesamte Nachfrage in einem Jahr bedient werden muss, also auch jene Kundinnen und Kunden, die im Verlaufe des Jahres die Teilnehmeranschlussleitung kündigen. Entsprechend sind in anderen Fällen die Prognosen mit steigender Nachfragetendenz auf das Ende des Jahres, für welches der Kostennachweis erstellt wird, zu beziehen, da auch die Kunden bedient werden sollen, die im Verlaufe des Jahres hinzukommen. Die ComCom erstellt die Prognose der Entwicklung der Nachfrage nach PSTN- und ISDN-Anschlüsse per 1. Januar 2009, indem sie die Nachfrage nach Analoganschlüssen, Basisanschlüssen und Primäranschlüssen mit den von der Gesuchsgegnerin im Rahmen der amtlichen Fernmeldestatistik eingereichten Zahlen per 31. Dezember 2007 mit einer entsprechenden, für jeden Anschluss spezifischen, (negativen) Wachstumsrate für 2008 berechnet. Die Wachstumsraten werden praxisgemäss mit dem geometrischen Mittel der Veränderungen der letzten fünf Jahre berechnet. Vorliegend werden also die von der Gesuchsgegnerin im Rahmen der amtlichen Fernmeldestatistik eingereichten Zahlen, respektive deren Veränderungen, von 2002 bis 2007 berücksichtigt. Die so erstellte Prognose berück-

48/63

sichtigt jedoch die an FDA vermieteten TAL (Kostenträger Full Access) noch nicht, welche auch Bestandteil des Modells sein müssen. Eine Prognose dieser Full Access ist mit oben

beschriebener Prognosenmethodik nicht möglich, da die vollständige Entbündelung in den genannten Jahren mangels gesetzlicher Verpflichtung noch nicht relevant war, weshalb per Ende 2007 praktisch noch keine Teilnehmeranschlussleitungen vermietet waren und so Vergangenheitszahlen für eine Prognose fehlen. Die von der Gesuchsgegnerin im Kostennachweis angegebenen 50'500 Full Access erscheinen jedoch als plausibel. Die ComCom geht nun für die Prognose für den Kostennachweis 2009 davon aus, dass die mit oben beschriebener Methodik prognostizierte Gesamtzahl an Anschlüssen auch mit der Entbündelung dieselbe ist, da im Verlaufe des Jahres 50'500 Anschlüsse im Rahmen der Entbündelung von der Gesuchsgegnerin zu einer anderen FDA übertragen wurden. Bei dieser Migration wird angenommen, dass die drei Anschlussarten proportional zur prozentualen Verteilung der im Zeitpunkt der Erstellung des Kostennachweises aktuellsten bekannten Zahlen (also diejenigen von Ende 2007) der Gesuchsgegnerin betroffen sind. Im Rahmen der Prognose werden deshalb die Analoganschlüsse, die Basisanschlüsse und die Primäranschlüsse entsprechend um die migrierten Anschlüsse reduziert. In einem weiteren Schritt werden die 50'500 Full Access in die Prognose miteinbezogen, so dass sich die Gesamtanzahl Anschlüsse der Prognose nicht verändert, die Verhältniszahlen der prognostizierten Anschlüsse jedoch angepasst werden. Diese Korrektur im Bereich der Analoganschlüsse, der Basisanschlüsse und der Primäranschlüsse um die Gesamtanzahl der entbündelten Anschlüsse ist nur für den Kostennachweis 2009 sachgerecht, da die Ausgangszahlen der Prognose, die Zahlen Ende 2007, noch eine vernachlässigbare Anzahl an entbündelten TAL beinhalteten. Für die zukünftige Berechnung der kostenorientierten Preise ist zu beachten, dass für alle drei Anschlüsse eine Prognose mit dem geometrischen Mittel zu erstellen ist, welche nur um die Veränderung der entbündelten Anschlüsse im entsprechenden Jahr zu korrigieren ist, nicht jedoch um die Gesamtanzahl der entbündelten Anschlüsse. Die Prognose berücksichtigt folglich die Analog-, Basis- und Primäranschlüsse, welche um die im laufenden Jahr dazu gekommenen Full Access korrigiert wurden, sowie die Gesamtanzahl Full Access per Ende dieses Jahres. In ihrer Schlussstellungnahme vom 9. Oktober 2009 vertritt die Gesuchsgegnerin die Meinung, wenn schon die Anzahl Teilnehmeranschlussleitungen per Ende 2008 für das Modell relevant sein sollte, dann könne gerade auf die bekannten IST-Mengen zu diesem Zeitpunkt abgestellt werden. Dabei verkennt sie jedoch, dass dieser methodische Ansatz grundsätzlichen Charakter hat und auch bei der zukünftigen Berechnung der kostenorientierten Preise Anwendung finden soll. Da jedoch die Berechnung der kostenorientierten Preise für ein Jahr jeweils im Vorjahr erstellt wird, kann nicht auf die Jahresendzahlen des entsprechenden Vorjahres abgestellt werden, da diese zum Zeitpunkt der Erstellung des Kostennachweises noch nicht bekannt sind. In nachstehender Tabelle wird der von der ComCom eruierte Anpassungsbedarf an den Teilnehmeranschlussleitungen aufgeführt.

Swisscom Forecast	ComCom Forecast	Delta	Analoganschluss	2'722'739	2'776'468	1.97%
			Basisanschluss	688'591	774'610	12.49%
			Primäranschluss	10'927	11'461	4.89%
			Full_Access	50'500	50'500	0.00%
				3'472'757	3'613'039	4.04%

Die Anpassungen an der Prognose für PSTN- und ISDN-Anschlüsse führen zu einer Gesamtanzahl Teilnehmeranschlussleitungen (inkl. Mietleitungen etc.) von 3'666'722 gegenüber den von der Gesuchsgegnerin ursprünglich berücksichtigten 3'526'630 Teilnehmeranschlussleitungen, was gegenüber dem Kostennachweis der Gesuchsgegnerin

einer Erhöhung der Menge um 4 % entspricht. Somit

49/63

reduziert sich die Anzahl Teilnehmeranschlussleitungen vom Jahr 2008 aufs Jahr 2009 nicht wie von der Gesuchsgegnerin angegeben um 6.8 %, sondern um 3.3 %. Da die Anzahl an Teilnehmeranschlussleitungen rückläufig ist, müssen in den Kostennachweisen von Jahr zu Jahr Teilnehmeranschlussleitungen entfernt werden. Die Gesuchsgegnerin entfernt diese nach dem Zufallsprinzip, wobei Anschlussnetze in städtischen Gebieten eine höhere Gewichtung erhalten. Konkret werden in dünn besiedelten Gebieten keine Teilnehmeranschlussleitungen entfernt, in ländlichen Gebieten werden sie mit einer Gewichtung von 1, in Agglomerationen mit einer Gewichtung von 2 und in städtischen Gebieten mit einer Gewichtung von 3 entfernt. In ihrer Eingabe vom 19. August 2009 plausibilisiert die Gesuchsgegnerin diese Gewichtungen mit den realen Entwicklungen in den vergangenen vier Jahren. Die Plausibilisierung stützt die Gewichtungen für städtische Gebiete, Agglomerationen und ländliche Gebiete, nicht aber die Gewichtung resp. die Nicht-Berücksichtigung der dünn besiedelten Gebiete. Die dünn besiedelten Gebiete weisen einen ähnlichen Rückgang wie die ländlichen Gebiete auf. Die Gesuchsgegnerin macht geltend, dass die dünn besiedelten Gebiete aufgrund der geringen Menge nicht berücksichtigt wurden. Da jedoch diese Teilnehmeranschlussleitungen überdurchschnittlich lang und entsprechend teuer sind, ist es nicht sachgerecht, diese Anschlüsse bei der Entfernung von TAL nicht zu berücksichtigen. Die ComCom sieht jedoch aus praktischen Gründen davon ab, diese Anpassung für das Jahr 2009 vorzunehmen. Cosmos müsste dafür eigens neu aufgesetzt werden und die Auswirkung auf die Preise wäre aufgrund der erwähnten geringen Menge äusserst klein resp. vernachlässigbar. Die ComCom geht aber davon aus, dass die Gesuchsgegnerin in künftigen Preisberechnungen diesem Umstand Rechnung tragen wird.

Konkrete Anpassungen am Kostennachweis In Cosmos sind im Forecast die Mengen für Analoganschlüsse, Basisanschlüsse und Primäranschlüsse mit den denjenigen Werten zu ersetzen, welche mit der beschriebenen Methodik geliefert werden und in obiger Tabelle ersichtlich sind,

E. 4.4.2

Verwaltungs- und Vertriebsgemeinkosten (VVGK) Die Gesuchsgegnerin macht nebst den direkten Kosten für die regulierten Dienste auch einen Verwaltungs- und Vertriebsgemeinkostenanteil im Sinne eines konstanten Zuschlagsatzes für die Gemeinkosten gemäss Art. 54 Abs. 1 Bst. c FDV geltend. Dieses Vorgehen ist grundsätzlich gerechtfertigt. In ihrem Kostennachweis 2009 leitet die Gesuchsgegnerin gemäss eigenen Angaben unter Berücksichtigung der Anpassungen der Vorjahre einen VVGK-Zuschlag ausserhalb des Modells mit Daten aus ihrer eigenen Buchhaltung mit Effizienzajustierungen für das Wholesale-Geschäft her. Das bedeutet eine methodische Veränderung gegenüber den früheren Kostennachweisen, wo die VVGK als Bestandteil des Modells auf die verschiedenen Produkte verteilt wurden. Mit dieser neuen Methodik errechnet sie für 2009 einen Zuschlag von 6.5% gegenüber 6%, welcher im Jahr 2008 verfügt wurde. In grundsätzlicher Hinsicht ist zu bemerken, dass die gewählte Methode zur Berücksichtigung der VVGK als fixen prozentualen Zuschlag den Anforderungen von Art. 54 Abs. 1 Bst. c FDV entspricht. Das neue Vorgehen führt zu einer Abhängigkeit der VVGK von der Höhe der Herstellkosten, welche eigentlich nicht gegeben sein sollte. Dies ist als Nachteil der von

der Gesuchsgegnerin gewählten Methodik zu bezeichnen. Andererseits wird auch die Gesuchstellerin bei ihren Kalkulationen jeweils einen konstanten prozentualen Zuschlag zur Deckung ihrer VVGK verwenden. Für die Verwendung eines konstanten Zuschlagssatzes spricht zudem, dass auf diese Art alle Kostenträger in gleicher Masse VVGK tragen und durch allfällig zu unterschiedlichen Zeitpunkten getroffene Regulierungsent- scheidungen keine Ungleichbehandlung der Kostenträger entsteht. Ausserdem bleiben die VVGK pro Stück unabhängig von der nachgefragten Menge. Da die ComCom insbesondere diesen Tatsachen

50/63

grossen Wert beimisst, überwiegen für die ComCom die Vorteile eines extern hergeleiteten Zu- schlagssatzes für die VVGK gegenüber der bisherigen Methodik. Das von der Gesuchsgegnerin ge- wählte Vorgehen ist deshalb nicht grundsätzlich zu beanstanden. Es ist jedoch festzuhalten, dass es zwar von Jahr zu Jahr zu Schwankungen des Zuschlagssatzes kommen kann, diese sich aber nur in sehr kleinem Rahmen bewegen können. Es ist nicht ersichtlich, weshalb eine effiziente Anbieterin von Fernmeldediensten von einem Jahr zum anderen deutlich un- terschiedliche VVGK-Zuschläge anwenden sollte, wenn sie ein nahezu identisches Netz betreibt. Die Argumentation der Gesuchsgegnerin, die Zunahme des VVGK-Zuschlagssatzes lasse sich darauf zurückführen, dass die Unternehmensführung eines Telekommunikationsunternehmens anspruchsvol- ler geworden sei, kann auf eine effiziente Anbieterin im Sinne von Art. 54 Abs. 2 FDV nicht zutreffen. Einzig eine deutliche Abnahme der Herstellkosten könnte ein Grund sein, den VVGK-Zuschlag anzu- passen. Die ComCom hat im Rahmen ihrer Verfügungen vom Oktober 2008 für das Jahr 2008 einen VVGK- Zuschlag von 6% berücksichtigt. Dieser wurde innerhalb des Modells ausgerechnet, trägt allen rele- vanten Herstellkosten und VVGK Rechnung und entspricht somit dem Zuschlagssatz einer effizienten Anbieterin. Da die Methodik und die Angaben im Kostennachweis 2009 für die Herleitung des Zu- schlagssatzes nicht mit denjenigen aus dem Jahr 2008 vergleichbar sind, lässt sich die Herleitung nicht analog dem Jahr 2008 durchführen. Obwohl die neu gewählte Methode im Prinzip nachvollzieh- bar ist, kann die Gesuchsgegnerin nicht darlegen, weshalb der VVGK-Zuschlag gegenüber dem Jahr 2008 um 0.5% gestiegen sein soll. Aus diesem Grund ist der im Jahr 2008 hergeleitete VVGK- Zuschlagssatz von 6% auch für das Jahr 2009 anzuwenden. Die Parteien äussern in ihren Schlussstellungen vom 9. Oktober 2009 zum VVGK-Zuschlag un- terschiedliche Meinungen und kritisieren teilweise das vorgeschlagene Vorgehen der Instruktionsbe- hörde. Aus ihren Argumenten geht jedoch nichts hervor, was die ComCom veranlassen könnte, die vom BAKOM in der Orientierung an den Preisüberwacher vorgeschlagene Vorgehensweise zu über- denken.

Konkrete Anpassungen am Kostennachweis Im Kostenmodell ist im Rahmen der Szenarioberechnung der Wert für die VVGK auf 6% zu setzen.

E. 4.4.3

Abschreibungsdauern Die ComCom hat die Abschreibungsdauern für die Anlageklassen „Hardware Voice“ und „Software Voice“ bereits in den die Interkonnectionspreise 2004-2006 betreffenden Verfahren und in den Verfah- ren IC/TAL/KOL 2007-2008 auf zehn respektive auf fünf Jahre festgesetzt. Zur Festlegung der Nut- zungsdauer hatte die Instruktionsbehörde damals bei 14 nationalen Regulierungsbehörden eine Um- frage durchgeführt. Die Gesuchsgegnerin führt nun in ihrem Kostennachweis 2009 für „Hardware Voice“ und „Software Voice“ zum Teil neue Anlageklassen mit unterschiedlichen

Nutzungsdauern ein. Es ist jedoch nicht ersichtlich und es wird auch nicht begründet, weshalb die Nutzungsdauern von einigen Komponenten in diesen Anlageklassen tiefer sein sollten. Deshalb sind in Weiterführung der bisherigen Praxis die Abschreibungsdauern von allen Komponenten der Anlageklasse „Software Voice“ auf fünf und für die Anlageklasse „Hardware Voice“ auf zehn Jahre zu erhöhen. Die ComCom hat ausserdem die Nutzungsdauern für die Anlageklasse „Hardware Data / Transport“ einheitlich auf sieben Jahre festgelegt (vgl. oben Ziff. 4.3.2.2).

51/63

Diese Anpassungen beeinflussen die OSS/BSS-Kosten und somit die Stundensätze der Serviceprozesse.

Konkrete Anpassungen am Kostennachweis Im Kostenmodell sind im Rahmen der Szenarioberechnung die Abschreibungsdauern der Anlageklassen „Hardware Data / Transport (3 Jahre)“, „Hardware Data / Transport (4 Jahre)“ und „Hardware Data / Transport (5 Jahre)“ einheitlich auf 7 Jahre zu erhöhen (vgl. oben Ziff. 4.3.2.2).. Ebenfalls sind die Abschreibungsdauern der Anlageklassen „Hardware Voice (5 Jahre)“ und „Hardware Voice (7 Jahre)“ auf 10 Jahre sowie die Abschreibungsdauern der Anlageklassen „Software Voice (3 Jahre)“ auf 5 Jahre zu erhöhen.

E. 4.4.4

OSS/BSS-Kosten Die in Ziffer 4.2.2.3 für die Kostennachweise 2007 und 2008 gemachten Ausführungen bezüglich Redundanzen bei OSS/BSS gelten auch für den Kostennachweis 2009. Die gleichen Doppelspurigkeiten bestehen auch hier. Die Kosten für die Systeme Map-LN sowie ALMA und TAS können folglich auch im Jahr 2009 nicht berücksichtigt werden. Dadurch sinken die OSS/BSS-Kosten um rund 10 Mio. CHF.

E. 4.5

Serviceprozesse Kabelkanalisationen (2007, 2008, 2009) Das „Handbuch Preise“ enthält im Zusammenhang mit der Mitbenutzung von Kabelkanalisationen Serviceprozesse, die nach Aufwand verrechnet werden. Entsprechend führt das Handbuch Stundensätze auf. Bei diesen sind Korrekturen vorzunehmen, die auf die Anpassungen bei den OSS/BSS-Kosten und beim VVGK-Zuschlag zurückzuführen sind. Hinsichtlich der Dienstleistungen „Machbarkeitsanalysen“ sowie „Bereitstellung Sonderfälle“ sind an der Verrechnungsstruktur (Preisstruktur) Änderungen vorzunehmen, welche nachfolgend erläutert werden.

E. 4.5.1

Herleitung Stundensätze Während die VVGK im Kostennachweis 2007 nicht in den Kosten für OSS/BSS enthalten waren und deshalb bei der Berechnung der Stundensätze hinzu addiert werden können, sind die VVGK in den Kostennachweisen 2008 und 2009 bereits Bestandteil der OSS/BSS-Kosten. Die Gesuchsgegnerin schlägt sie jedoch bei der Berechnung der Stundensätze den OSS/BSS-Kosten nochmals die VVGK zu, was zu einer doppelten Berücksichtigung der VVGK bei den OSS/BSS-Kosten für Dienstleistungsprozesse führt und zu korrigieren ist. In ihrer Stellungnahme vom 9. Oktober 2009 hält die Gesuchsgegnerin fest, dass die Berechnung der Stundensätze für KKF 2009 innerhalb von Cosmos geschehe und da die OSS/BSS-Kosten bereits VVGK enthielten, würden keine weiteren VVGK zugeordnet. Dem gilt es zu entgegen, dass Cosmos bei der Berechnung der Stundensätze für die OSS/BSS-Bestandteile sehr wohl nochmals die VVGK zuschlägt.

Exemplarisch kann dies die Berechnung des Stundensatzes für Service Assurance in Cosmos illustrieren. Dieser Stundensatz wird in Cosmos wie folgt berechnet: $(\text{kostenstk}(\text{Org_Wireline_Access})) * (1 + \text{OSS/BSS-Zuschlagsatz})$, wobei $(\text{kostenstk}(\text{Org_Wireline_Access})) = (\text{Org_Wireline_Access}) * (1 + \text{VVGK-Zuschlag})$. Da bei $(\text{kostenstk}(\text{Org_Wireline_Access}))$ die VVGK bereits enthalten sind und dieser Wert dann mit $(1 + \text{OSS/BSS-Zuschlagsatz})$ multipliziert wird, werden nochmals die VVGK auf die OSS/BSS-Komponenten dazugeschlagen, obwohl diese bereits im OSS/BSS-Zuschlagssatz berücksichtigt wurden. Folglich muss dieser Stundensatz nach folgendem Prinzip berechnet werden, um eine doppelte

52/63

Berücksichtigung der VVGK auf den OSS/BSS zu vermeiden:

$(\text{Org_Wireline_Access}) * (1 + \text{VVGK-Zuschlag}) + (\text{Org_Wireline_Access}) * (\text{OSS/BSS-Zuschlagsatz})$. Die Gesuchsgegnerin hat zudem die Berücksichtigung des Zuschlages für „Sales“ im Kostennachweis 2009 leicht verändert. Mit der Begründung, für Hauptprozesse fielen pro Stunde im Durchschnitt sechs Minuten für den Teilprozess Sales/Ordermanagement an, nimmt sie den Zuschlag von 10% neu auf dem Stundensatz Ordermanagement vor und nicht mehr auf dem Stundensatz für den Hauptprozess, wie sie es in den Kostennachweisen 2007 und 2008 gemacht hat. Da der Stundensatz für Ordermanagement leicht höher ist, führt dies zu einem leicht höheren Zuschlagsbetrag. Diese Änderung für das Jahr 2009 ist nachvollziehbar. Für die Jahre 2007 und 2008 kann die Methodik der Gesuchsgegnerin jedoch belassen werden.

Konkrete Anpassungen am Kostennachweis 2008: Die Formeln für die Stundensätze Machbarkeit, Projektierung und Service Fulfillment sind in der Excel-Datei „Ueberleitung_Handbuch_Preise“ des Kostennachweises 2008 im Tabellenblatt KK FMG wie folgt anzupassen: $\$C\$18 * (1 + \$C\$20) * (1 + \$C\$22) + (\$C\$18 * (1 + \$C\$20)) * (\$C\$21)$. 2009:

In Cosmos ist bei den Kenngrößen die Formel für den Stundensatz $\text{KK_OTC_Service_Assurance_Ursache_FDA}$ nach folgendem Prinzip anzupassen: $(\text{kostenstk}(\text{Org_Wireline_Access})) + \text{Org_Wireline_Access} * \text{OSS/BSS-Zuschlag}$. Weiter sind die Formeln der Stundensätze für $\text{KK_OTC_Vorleistung_Machbarkeit}$, $\text{KK_OTC_Vorleistung_Projektierung}$ sowie $\text{KK_OTC_Service_Fulfillment}$ nach folgendem Prinzip anzupassen: $(\text{kostenstk}(\text{Org_Wireline_Access})) + 0.1 * \text{kostenstk}(\text{Org_Sales}) + (\text{Org_Wireline_Access} + \text{Org_Sales} * 0.1) * \text{OSS/BSS-Zuschlag}$. Dabei entsprechen $\text{Org_Wireline_Access}$ und Org_Sales den Stundensätzen im Dokument „KONA09-H01-Herleitung_OKST_Stundensatz“ und der OSS/BSS-Zuschlag, wie unter Ziff. 4.5.1.1 Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden. dargestellt, beträgt 0.158.

E. 4.5.1.1

OSS/BSS-Zuschlagssatz für Dienstleistungsprozesse Bei der Berechnung der Stundensätze für Dienstleistungsprozesse im Bereich Kabelkanalisationen verwendet die Gesuchsgegnerin einen fixierten Zuschlagssatz für die OSS/BSS-Kosten, welche selbsterklärend bei einer Änderung der OSS/BSS-Kosten entsprechend angepasst werden müssen. Durch die Nichtberücksichtigung der Kosten für Map-LN, ALMA und TAS sowie durch die Anpassungen bei den Abschreibungsdauern sinken die OSS/BSS-Zuschläge für die Stundensätze. Im Kostennachweis 2009 hat die Gesuchsgegnerin den OSS/BSS-Zuschlagssatz für die Stundensätze für Dienstleistungsprozesse aus dem Jahre

2008 übernommen (18%), ohne ihn für das Jahr 2009 transparent herzuleiten. Eine direkte Herleitung des Zuschlagssatzes für 2009 unter Berücksichtigung der oben beschriebenen Änderungen der OSS/BSS-Kosten ist aufgrund der verfügbaren Datenlage für die ComCom nicht möglich. Hingegen sind die Veränderungen der OSS/BSS-Kosten von 2008 auf 2009 beobachtbar und der Zuschlagssatz im Jahr 2008 wird nachvollziehbar dargestellt. Es ist nahe liegend, dass sich der Zuschlagssatz für OSS/BSS von Jahr zu Jahr in etwa gleich verändert wie die Gesamtkosten für OSS/BSS. Die von der ComCom berechneten OSS/BSS-Kosten nach Anpassungen im 2009 sind im Vergleich zu den von der Gesuchsgegnerin ausgewiesenen OSS/BSS-Kosten im Jahr 2008 um 13% tiefer. Aus diesem Grund ist es für 2009 sachgerecht, approximativ den von der Gesuchsgegnerin im 2008 ausgewiesenen und nachvollziehbaren OSS/BSS-Zuschlagssatz von 18% für das Jahr 2009 ebenfalls um 13% zu verringern. So kommt der OSS/BSS-Zuschlag für die Stundensätze der Serviceprozesse im Bereich Kabelkanalisationen auf 15.8% zu liegen.

53/63

Soweit die Gesuchsgegnerin in ihrer Schlussstellungnahme vom 9. Oktober 2009 vorbringt, die Argumentation des BAKOM im Orientierungsschreiben an den Preisüberwacher sei in Bezug auf die Herleitung des Zuschlagssatzes teilweise widersprüchlich, ist ihr Recht zu geben. Es trifft zu, dass eine Erhöhung der OSS/BSS-Kosten logischerweise mit einer Erhöhung des Zuschlagssatzes einhergehen müsste. Offensichtlich beruht die entsprechende Aussage auf einer terminologischen Ungenauigkeit, welche korrigiert wird. Die oben beschriebenen Änderungen führen zu folgenden Anpassungen an den OSS/BSS-Zuschlägen für Service Prozesse.

OSS/BSS-Z. 2007	OSS/BSS-Z. 2008	OSS/BSS-Z. 2009	Swisscom	18%	18%	18%
BAKOM	13.8%	15.9%	15.8%			

Konkrete Anpassungen am Kostennachweis 2007/2008: In Cosmos sind im Rahmen der Objektmodellanalyse bei den Inputobjekten die Anlage-ressourcen und die Plattformressourcen auszuwählen sowie bei den Outputobjekten unter WSB Outputobjekte ist OSS/BSS auszuwählen. Das Total dieser Kosten ist dann durch die Anzahl Geschäftsfälle für Service Fulfillment zu dividieren. Um diese Anzahl der Geschäftsfälle zu erhalten, ist im Rahmen der Objektmodellanalyse bei den Inputobjekten unter WSB Inputobjekte OSS/BSS und bei den Outputobjekten unter WSB Outputobjekte SP_SFM auszuwählen, um dann in der ausgegebenen Tabelle die Werte in der Spalte Nachfrage zu addieren. Diese durchschnittlichen OSS/BSS-Kosten pro Geschäftsfall sind anschliessend durch den in der Eingabe vom 21. August 2008 ausgewiesenen durchschnittlichen Aufwand in Stunden pro Geschäftsfall zu dividieren. Daraus ergeben sich die OSS/BSS-Kosten pro Stunde. Anschliessend sind diese OSS/BSS-Kosten pro Stunde durch den Basis-Stundensatz (Mittelwert von $FX_FWS_NDO_AN_X * (1+Zuschlag\ Sales)$) zu dividieren, was den OSS/BSS-Zuschlag pro Arbeitsstunde ergibt, wobei $X = C, E, W, S$.

2009: Die Anzahl der Geschäftsfälle konnte aufgrund von Modelländerungen nicht nachvollzogen werden, so dass die Methodik etwas angepasst werden muss. Das Total der OSS/BSS-Kosten ist wie oben beschrieben zu bestimmen. Diese Kosten sind sodann durch die von Swisscom im Kostennachweis 2008 ausgewiesenen OSS/BSS-Kosten zu dividieren (=0.87). Damit resultiert die Veränderung der OSS-BSS-Kosten zwischen den von der Gesuchsgegnerin für 2008 ausgewiesenen Kosten und den von der Instruktionsbehörde berechneten Kosten für 2009 (-13%). Diese Verhältniszahl von 0.87 ist sodann mit 18.17% (Wert für 2008, der mit oben beschriebener Methodik mit den Werten

der Gesuchsgegnerin berechnet wird) zu multiplizieren, was den angepassten Zuschlagsatz für 2009 liefert.

E. 4.5.2

Verrechnung Serviceprozesse

E. 4.5.2.1

Vorbemerkung bezüglich Verrechnung nach Aufwand Die Gesuchstellerin beantragt in ihrem Gesuch vom 28. September 2009 dass die von der Gesuchsgegnerin in deren Preishandbüchern vorgesehene Verrechnung nach effektivem Aufwand durch einen maximalen Betrag (Kostendach) zu begrenzen und durch die Angabe eines durchschnittlichen Arbeitsaufwandes zu ergänzen sei. Dies unter Zugrundelegung einer effizienten Anbieterin. Ausserdem sei aufgrund der Unsicherheit eines positiven Machbarkeitsergebnisses die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, Mehrfachabfragen mit Alternativen oder eine anschliessende Alternativenanfrage ohne Zusatz-

54/63

kosten anzubieten. Sie begründet ihren Antrag damit, dass die von der Gesuchsgegnerin vorgesehene Formulierung es dieser ermögliche, den in Rechnung gestellten Aufwand nach Gutdünken festzulegen, indem der getätigte Aufwand beliebig angesetzt werde. In ihrer Stellungnahme vom 16. November 2007 bemerkt die Gesuchsgegnerin dazu, dass die Prozedur für die Bereitstellung und die Abrechnungsmodalitäten vorab in der Leistungsbeschreibung definiert würden. Dem Handbuch Preise käme dabei keinerlei selbständige Bedeutung zu. Verlangt nun die Gesuchstellerin, dass für gewisse Dienste eine kostenmässige Beschränkung in Form eines Kostenvoranschlags oder eines verbindlichen Kostendachs vorzusehen sei, müssten dadurch nicht nur das Handbuch Preise, sondern vor allem die Prozesse für die Bereitstellung und die Abrechnung in der Leistungsbeschreibung geändert und angepasst werden. Gemäss Ergänzung zum Vertrag Kabelkanalisationen haben die Parteien aber weder zur Leistungsbeschreibung Abänderungen vereinbart, noch lasse die Gesuchstellerin unter den Dissenspunkten vermerken, dass sie mit der Verrechnung nach effektivem Aufwand nicht einverstanden sei oder sie zusätzlich kostenlose Mehrfachabfragen verlange. Es liege daher eine vertragliche Einigung vor und die ComCom könne auf den Antrag der Gesuchstellerin nicht eintreten. Falls doch eingetreten wäre, so sei der Antrag abzuweisen. Die Gesuchsgegnerin verzichte für eine möglichst grosse Flexibilität zugunsten der alternativen Anbieterinnen absichtlich darauf, den Zugang zu den Kabelkanalisationen längenmässig zu begrenzen oder an andere Restriktionen zu knüpfen. Als Folge davon könnten die Aufwendungen für die Machbarkeitsabklärungen, für die Projektierung oder für die Service Assurance in Abhängigkeit der Länge der betroffenen Kabelkanalisationsstrecke erheblich variieren. Deshalb sei eine aufwandbasierte Kostenverrechnung vorgesehen. Ein generelles Kostendach oder Kostenpauschalen würde eine verursachergerechte Verrechnung der anfallenden Kosten verunmöglichen. Der Argumentation der Gesuchsgegnerin, auf den Antrag sei nicht einzutreten, kann nicht gefolgt werden. Das Vertragswerk, welches die Gesuchsgegnerin als marktbeherrschende Anbieterin den alternativen Anbieterinnen als Angebot unterbreitet ist sehr komplex. Es ist von der Gesuchsgegnerin formuliert und zielt deshalb in erster Linie darauf ab, die Gesuchsgegnerin in ihrem Besitzstande so weit als möglich zu schützen. Die nachfragenden Anbieterinnen sind weder an der Erarbeitung der Struktur des Vertragswerkes noch an der Formulierung der einzelnen Bestimmungen beteiligt. Sind sie

mit dem von der Gesuchsgegnerin unterbreiteten Angebot nicht zufrieden, können sie zwar versuchen, auf dem Wege der Verhandlung günstigere Konditionen zu bekommen. Da der Gesuchsgegnerin aber letztlich gar nicht zwingend daran gelegen sein muss, dass von ihr regulierte Produkte bezogen werden, ist es für sie auch unwesentlich, ob die nachfragenden Anbieterinnen mit ihrem Angebot einverstanden sind oder nicht. Diese bieten zudem auch nicht Dienstleistungen an, deren Bezug für die Gesuchsgegnerin Voraussetzung für ihre Geschäftstätigkeit wären. Es besteht mithin in Bezug auf die Ausgestaltung der regulierten Produkte ein stark asymmetrisches Verhältnis zugunsten der Gesuchsgegnerin. Der Vertragsergänzung vom 6. Juli 2007 lässt sich entnehmen, dass die Gesuchstellerin die Korrektheit der Preise bestreitet. Darunter ist nicht zwangsläufig einzig die Höhe der Preise zu verstehen, sondern deren Struktur kann durchaus mitgemeint sein. Vor diesem Hintergrund wäre es überspitzt formalistisch auf das Rechtsbegehren bezüglich Festlegung eines Kostendaches respektive Einführung von Kostenpauschalen nicht einzutreten, weil die Gesuchstellerin nicht alle damit zusammenhängenden Bestimmungen des Vertragswerks explizit gerügt hat. Soweit die Gesuchsgegnerin ausführt, sie beschränke den Zugang zu den Kabelkanalisationen absichtlich nicht längenmässig oder knüpfe diesen an andere Restriktionen, so ist dazu zu bemerken, dass dies im Lichte der geltenden Zugangsbestimmungen rechtlich auch gar nicht möglich wäre. Ob die Gesuchsgegnerin ihre Service Prozesse zu Recht nach effektivem Aufwand und nicht pauschal verrechnet, ist für die einzelnen Prozesse gesondert zu untersuchen und Gegenstand nachfolgender Erläuterungen.

55/63

E. 4.5.2.2

Machbarkeitsanalyse Um die verfügbare Kapazität einer nachgefragten Strecke zu prüfen, führt die Gesuchsgegnerin eine Machbarkeitsanalyse durch. Dabei prüft sie anhand von Plandaten, ob Kapazität vorhanden ist und erstellt bei positiver Machbarkeit einen Kostenvoranschlag für das Kabelzugprojekt (Projektierung). Ist die bestellte Strecke nicht realisierbar, offeriert die Gesuchsgegnerin wenn möglich einen Alternativvorschlag. Die Gesuchsgegnerin verrechnet diese Arbeiten nach Aufwand. Eine effiziente Modellanbieterin, die in heutiger Zeit ein Netz aufbauen würde, würde ein Inventar mit aktuellster Technologie mit Angaben wie Rohrgrösse und Belegung erstellen. Dieses Inventar würde sie nicht in erster Linie für das Vermieten von Kabelkanalisationen, sondern insbesondere für die eigene Bewirtschaftung aufbauen. In Bezug auf die Vermietung von Kabelkanalisationen könnte sie jedoch anhand eines solchen Systems mit relativ kleinem Aufwand auch Auskunft über verfügbare Kapazitäten geben. Die Durchführung von Machbarkeitsanalysen nach Aufwand erscheint vor diesem Hintergrund als nicht notwendig. In diesem Zusammenhang ist überdies zu berücksichtigen, dass eine marktbeherrschende Anbieterin gemäss Art. 63 Abs. 2 FDV ohnehin dazu verpflichtet ist, Informationen bezüglich Kapazitäten in Kabelkanalisationen den anderen Anbieterinnen online zur Verfügung zu stellen. Es kann davon ausgegangen werden, dass neben den anfallenden administrativen Tätigkeiten (gemäss Angaben der Gesuchsgegnerin 0.833 h pro Anfrage) der Aufwand für eine einfache Systemabfrage mit oben beschriebener Ausgangslage inkl. der Erstellung eines Kostenvoranschlages für die Projektierung ca. eine Stunde in Anspruch nehmen würde. Aus diesem Grund ist die Verrechnung nach Aufwand auf eine Pauschale in der Grössenordnung von zwei Aufwandstunden zu korrigieren. Erstellt die Gesuchsgegnerin bei negativer Machbarkeit auf Wunsch einer FDA einen

Alternativvor- schlag, so kann sie dafür pauschal nochmals zwei Arbeitsstunden verrechnen. Die Gesuchsgegnerin kritisiert in ihrer Schlussstellungnahme vom 9. Oktober 2009, dass die Fiktion „alle Informationen sind bekannt“ im Widerspruch zu Art. 63 Abs. 2 FDV stehe, da diese Bestimmung die marktbeherrschende Anbieterin nur verpflichte, die verfügbaren Informationen zu den Kapazitäten in den Kabelkanalisationen zur Verfügung zu stellen. Dem muss entgegengehalten werden, dass die Gesuchsgegnerin am Instruktionstreffen vom 8. Juli 2009 und in Fussnote 11 ihrer Schlussstellung- nahme ausführte, dass die Informationen zwar dezentral vorliegen würden, sie aber nur mit grossem Aufwand zusammengetragen und in digitaler und georeferenzierter Weise bereitgestellt werden könn- ten. Das heisst jedoch, dass die Informationen über genutzte Kapazitäten grundsätzlich vorliegen, nur nicht in der gewünschten Form. Ausgehend von einer effizienten Anbieterin muss davon ausgegangen werden, dass eine entsprechende Anbieterin die Informationen, die die Gesuchsgegnerin dezentral zur Verfügung hat, beim heutigen Aufbau des Netzes gerade zentral erfassen würde. Weiter beanstandet die Gesuchsgegnerin, dass ein intelligentes Inventar, welches eine hypothetische Anbieterin gemäss BAKOM aufbauen würde, hohe Kosten für den Aufbau und den Unterhalt eines entsprechenden Systems zur Folge haben würde und dass diese Kosten bei der Preisgestaltung e- benfalls berücksichtigt werden müssten. Dabei lässt sie allerdings ausser Acht, dass sie für ihr System PTA Investitionen in Höhe von 90 Mio. CHF geltend macht. Unter der Prämisse, dass eine hypotheti- sche Anbieterin von Beginn weg ein entsprechendes Inventar aufbauen würde, kann davon ausge- gangen werden, dass sie das System PTA nicht brauchen würde. Ausserdem ist es nahe liegend, dass eine hypothetische Anbieterin ein solches Inventar kostengünstiger als die Gesuchsgegnerin aufbauen könnte, da sie heute die Kanalisation baut und die Angaben gerade direkt im Inventarisie- rungssystem erfassen könnte. Approximativ kann deshalb angenommen werden, dass sie Ausgaben in Höhe von 90 Mio. CHF anstatt in ein System wie PTA eben für dieses Inventar tätigen würde. An dieser Stelle gilt es auch zu beachten, dass die ComCom im Zusammenhang mit der Berücksichti- gung der zwei redundanten Systeme (PTA und Map-LN) auch aufgrund der oben erwähnten Proble- matik die Kosten des deutlich teureren System PTA im Kostennachweis belässt und das kostengüns- tigere System Map-LN streicht. Somit sind genügend Investitionen in OSS/BSS im Kostennachweis enthalten, damit ein entsprechendes Inventar durch eine hypothetische Anbieterin aufgebaut werden

56/63

könnte. Insbesondere auch deshalb, weil eine hypothetische Anbieterin, die ihr Netz heute erstellt, ein solches Inventar deutlich kostengünstiger aufbauen könnte als die Gesuchsgegnerin.

E. 4.5.2.3

Projektierung Nach erfolgter Machbarkeitsabklärung macht die Gesuchsgegnerin auf Wunsch einer Fernmelde- dienstanbieterin im Rahmen der Projektierung die notwendigen Abklärungen und erstellt die Unterla- gen, damit das Kabel dann effizient und sachgerecht in die Kanalisation eingeführt werden kann. In diesem Zusammenhang wird eine Kabelzugskizze und ein Kabelzugplan erstellt, werden die Zugänge beschrieben sowie der Objektvertrag aufgesetzt. Oftmals sind für diese Arbeiten auch Abklärungen vor Ort notwendig. Nach Angaben der Gesuchsgegnerin dauerte eine Projektierung in den bisherigen Fällen zwischen vier und hundert Stunden. Die Gesuchstellerin fordert, dass auch für die Projektierung die Verrechnung nach Aufwand ausge- schlossen respektive

Pauschalen oder Kostendächer eingeführt werden. Die ComCom anerkennt die Gefahren und Nachteile sowie die teilweise fehlende Transparenz bei der Verrechnung von Dienstleistungen nach Aufwand im Zusammenhang mit regulierten Produkten und ist deshalb bestrebt, möglichst keine flexiblen Preise nach Aufwand zuzulassen. Allerdings ist zu beachten, dass die Pauschalisierung oder Limitierung eines Preises nach Aufwand nicht in allen Fällen möglich ist. Vorliegend ist massgebend, dass die Projektierung eine Dienstleistung darstellt, welche im Einzelfall sehr unterschiedliche Kosten verursacht, welche häufig von zum Teil nicht vorhersehbaren Einzelfaktoren (z. B. mit Wasser gefüllte Schächte) abhängig sind. Insbesondere wenn auch Zentralen von einem Kabelzugprojekt betroffen sind - was regelmässig der Fall ist - sind die Komplexität des Projekts und somit die Kosten für eine Projektierung enorm unterschiedlich. So ist der Aufwand der Projektierung eines Kabelzugsprojekts mit Endpunkt in einer Zentrale insbesondere abhängig von der Art, Grösse und Auslastung einer Zentrale sowie vom Stand des Ausbaus der Kollokation. Ein Pricing nach Durchschnittspreisen ist für die Projektierung aus diesen Gründen nicht sachgerecht, weil dadurch die unterschiedlich anfallenden Kosten nicht verursachergerecht verteilt würden. Ausserdem besteht keine ausreichende Datenlage, um einen vernünftigen Durchschnittspreis oder ein Höchstpreis festzusetzen. Immerhin erstellt die Gesuchsgegnerin nach erfolgter Machbarkeitsabklärung einen Kostenvoranschlag für die Projektierung und die nachfragende Fernmeldedienstanbieterin kann auf der Grundlage dieser Offerte entscheiden, ob sie eine Projektierung durchführen lassen will oder nicht. Im Gegensatz zur Machbarkeitsabklärung bestehen für die Projektierung keine Anhaltspunkte, dass eine effiziente Anbieterin die Projektierung anders beziehungsweise kostengünstiger erstellen könnte, als es die Gesuchsgegnerin tut.

E. 4.5.2.4

Bereitstellung Sonderfälle 4.5.2.4.1 Produktwechsel Zu diesem Geschäftsvorfall kommt es, wenn eine Fernmeldedienstanbieterin eine bereits früher zu kommerziellen Bedingungen gemietete Kabelkanalisation zu regulierten Konditionen nutzen will. Die Gesuchsgegnerin verrechnet die dabei anfallenden Arbeiten nach Aufwand. Die Gesuchsgegnerin schlägt bei der Berechnung des monatlichen Preises den Kosten für Schächte und Kanalisationen einen Betriebskostenzuschlag von 10% zu. Es ist nicht ersichtlich, warum es sich bei diesen Kosten nicht um Betriebskosten, welche Bestandteil des monatlichen Preises für die Mitbenutzung von Kanalisationen sind, handeln sollte. Die entsprechenden Tätigkeiten können den Kabelkanalisationen mietenden Fernmeldedienstanbieterinnen deshalb nicht in Rechnung gestellt werden.

57/63

4.5.2.4.2 Wechsel von Objektverträgen Bei der Übertragung des Eigentums eines in der Kanalisation der Gesuchsgegnerin liegenden Kabels zwischen zwei Fernmeldedienstanbieterinnen müssen die entsprechenden Verträge umgeschrieben werden. Auch hier erscheint es nicht sachgerecht, einen Vorgang, welcher für eine Anbieterin von Kabelkanalisationen zum alltäglichen Geschäft gehört und deshalb durch die monatlich zugeschlagenen Betriebskosten gedeckt wird, separat zu verrechnen. Die Gesuchsgegnerin wendet in ihrer Schlussstellungnahme vom 9. Oktober 2009 ein, dass in diesem Falle auch die Betriebskosten entsprechend angepasst werden müssten. Dabei verkennt sie jedoch, dass die Betriebskosten der Kabelkanalisationen keine exakt definierte und berechnete Grösse darstellt, sondern dass die Betriebskosten aus einem 10%-igen Kostenaufschlag

resultieren. Die Herleitung dieses Opex-Zuschlages wurde von der Gesuchsgegnerin nicht aufgezeigt sondern sie verwies nur darauf, dass bei der Berechnung der Teilnehmeranschlussleitung ein ähnlich hoher Opex-Anteil resultierte. Es ist folglich nicht im Detail ersichtlich, welche Kostenblöcke in den Betriebskosten enthalten sind, sondern es wird ein allgemeiner Kostenzuschlag für alle zusätzlichen Kosten, die durch den Betrieb von Kabelkanalisationen entstehen, geltend gemacht. Bei den Kosten, die durch den Wechsel von Objektverträgen verursacht werden und die wohl nur selten anfallen dürften, handelt es sich, um allgemeine Kosten, die durch den Betrieb und die Vermietung von Kabelkanalisationen anfallen und deshalb bereits im Zuschlag enthalten sind.

4.5.2.4.3 Mehraufwendungen

Die Gesuchsgegnerin verrechnet Leistungen nach Aufwand, welche ausserhalb des gewöhnlichen Prozesses im Bereich Kabelkanalisationen bezogen werden, den nachfragenden Anbieterinnen separat. Beispiele sind etwa die Beantwortung zusätzlicher Fragen nach Zustellung des Projektdossiers oder die Abnahme eines Projektes nach erfolgtem Kabelzug. Bei solchen Mehraufwendungen ist es angemessen, zu differenzieren. So erscheint es unproblematisch, Geschäftsvorfälle, die durch die nachfragenden Anbieterinnen veranlasst wurden, diesen nach Aufwand in Rechnung zu stellen. Bei von der Gesuchsgegnerin selber initiierten Mehraufwendungen – namentlich bei der Abnahme nach erfolgtem Kabelzug – ist jedoch zu berücksichtigen, dass diese Leistung zur Realisierung eines Projekts nicht zwingend notwendig ist, sondern lediglich der Kontrolle durch die Gesuchsgegnerin dient. Eine umfassende nachträgliche Kontrolle aller durchgeführten Arbeiten erschiene wohl unangebracht resp. nicht notwendig. Die Gesuchsgegnerin unternimmt denn auch nach eigenen Angaben nur im Verdachtsfall entsprechende Kontrollen, welche sie grundsätzlich den betroffenen Anbieterinnen in Rechnung stellt. Dies ist jedoch nicht adäquat. Um anreizverträgliche Bedingungen zu schaffen, erscheint vielmehr eine Lösung angezeigt, bei welcher die Gesuchsgegnerin die mit der Nachkontrolle entstandenen Kosten nur dann weiterverrechnen darf, wenn die das Projekt ausführende Anbieterin Kabel tatsächlich nicht nach den projektierten Vorgaben verlegt hat. In allen anderen Fällen sind die entstehenden Kosten von der Gesuchsgegnerin zu tragen, da diese die Entscheidung einer Kontrolle – im Wissen um die damit verbundenen Kosten – selbst fällen kann. Stellt sich bei einer Kontrolle heraus, dass die Kabelkanalisationen mietende Fernmeldedienstanbieterin korrekt vorgegangen ist, ist nicht einzusehen, weshalb diese die Kosten für die Kontrolle tragen sollte.

4.5.2.4.4 Analysen und Begründungen

Bei negativer Machbarkeitsanalyse kann eine Fernmeldedienstanbieterin eine ausführlichere Begründungen und/oder eine Verifizierung vor Ort anfordern. Die anfallenden Kosten werden gemäss Gesuchsgegnerin nach Aufwand in Rechnung gestellt.

58/63

Hinsichtlich der Leistung „ausführliche Begründung“ erscheint es gerechtfertigt, dass eine Fernmeldedienstanbieterin die anfallenden Kosten selbst zu tragen hat. Bezüglich der Dienstleistung „Verifizierung vor Ort“ ist es jedoch angebracht zu differenzieren. So ist es sachgerechter, die Kosten für die Verifizierung vor Ort der nachfragenden Anbieterin aufzuerlegen, wenn durch diese die von der Gesuchsgegnerin festgestellte negative Machbarkeit bestätigt wird. Sollten sich die im Rahmen der Machbarkeitsanalyse eruierten Verhältnisse in der Realität jedoch nicht bestätigen, hat die Gesuchsgegnerin die Kosten für die Verifizierung vor Ort zu tragen, da diese Kosten nur aufgrund von fehlerhaften Angaben in den Systemen der Gesuchsgegnerin entstanden sind.

59/63

5 Preisfestsetzung Der unter vorangehender Ziffer 4 beschriebene Anpassungsbedarf an den Kostennachweisen der Gesuchsgegnerin führt zu folgenden Preisen.

Wiederkehrende Preise in CHF

*Der Preis von der ComCom für das Jahr 2009 errechnete Preis liegt höher, als von der Gesuchsgegnerin angeboten. Der Grund dafür ist im Umstand zu sehen, dass die ComCom bei dessen Berechnung auch die reinen Verbindungsstrecken berücksichtigt hat.

Einmalige Preise in CHF (Stundensätze für Service Prozesse)

Einheit Preis/Einheit [CHF]

2007 2008 2009 Monatlicher Preis für die Mitbenutzung von Kabelkanalisationen 1 Meter
0.178 0.206 0.200*

Einheit Preis/Einheit [CHF]

2007 2008 2009 Machbarkeitsabklärung inkl. Kostenvoranschlag Projektierungsauftrag h
151.3 151.7 152.7 Projektierung inkl. Kabelverlegungsplan plus Objektvertrag h 151.3
151.7 152.7 Service Assurance (Ursache FDA) (Vorleistungen, Bereitstellung und Betrieb)
h - - 137.9 Produktwechsel h - 151.7 152.7 Wechsel von Objektverträgen h - 151.7 152.7
Mehraufwendungen h - 151.7 152.7 Analysen und Begründungen h - 151.7 152.7

60/63

Verrechnung Service Prozesse In untenstehender Tabelle werden diejenigen Serviceprozesse aufgeführt, bei denen die Verrechnung durch die ComCom angepasst wurde.

III Kosten [...]

5 Wird die negative Machbarkeit durch die Verifizierung vor Ort nicht bestätigt, kann die Gesuchsgegnerin die angefallenen Kosten für die Verifizierung vor Ort nicht geltend machen. 6 War eine Kontrolle nach erfolgtem Kabelzug nicht gerechtfertigt, da sich die FDA den Vorgaben der Gesuchsgegnerin entsprechend verhalten hat, kann die Gesuchsgegnerin die angefallenen Kosten für die Verifizierung vor Ort nicht geltend machen.

Einheit Verrechnung

2007 2008 2009 Machbarkeitsabklärung Pro Auftrag 2 Stunden pauschal Produktwechsel

0 Wechsel von Objektverträgen

0 Analysen und Begründungen h Verrechnung nach effektivem Aufwand mit Vorbehalten 5
Mehraufwendungen h Verrechnung nach effektivem Aufwand mit Vorbehalten 6

61/63

Aus diesen Gründen wird verfügt:

1. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, mit Wirkung ab dem 1. April 2007 die nachfolgenden Dienstleistungen im Zusammenhang mit Kabelkanalisationen für die Jahre 2007, 2008 und 2009 zu den folgenden Preisen anzubieten respektive abzurechnen:

Wiederkehrende Preise in CHF

*Aus den unter Ziff. 1.4 genannten Gründen kann dieser Preis zum heutigen Zeitpunkt nicht verfügt werden (vgl. auch Tabelle unter Ziff. 5).

Einmalige Preise in CHF (Stundensätze für Service Prozesse)

Einheit Preis/Einheit [CHF]

2007 2008 2009 Monatlicher Preis für die Mitbenutzung von Kabelkanalisationen 1 Meter
0.178 0.206 -*

Einheit Preis/Einheit [CHF]

2007 2008 2009 Machbarkeitsabklärung inkl. Kostenvoranschlag Projektierungsauftrag h 151.3 151.7 152.7 Projektierung inkl. Kabelverlegungsplan plus Objektvertrag h 151.3 151.7 152.7 Service Assurance (Ursache FDA) (Vorleistungen, Bereitstellung und Betrieb) h - 137.9 Produktwechsel h - 151.7 152.7 Wechsel von Objektverträgen h - 151.7 152.7 Mehraufwendungen h - 151.7 152.7 Analysen und Begründungen h - 151.7 152.7

62/63

Verrechnung Service Prozesse In untenstehender Tabelle werden diejenigen Serviceprozesse aufgeführt, bei denen die Verrechnung durch die ComCom angepasst wurde.

2. Ziff. 4.4.2 der Vertragsurkunde des zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrags Kabelkana- lisationen lautet per 1. April 2007 wie folgt: Der Zugang zu Kabelkanalisationen FMG wird nur für Kabelkanalisationen gewährt, die von Swisscom selber genutzt werden.

3. [...]

4. Diese Verfügung wird den Parteien schriftlich gegen Rückschein eröffnet.

Eidgenössische Kommunikationskommission ComCom

Marc Furrer Präsident

7 Wird die negative Machbarkeit durch die Verifizierung vor Ort nicht bestätigt, kann die Gesuchsgegnerin die angefallenen Kosten für die Verifizierung vor Ort nicht geltend machen. 8 War eine Kontrolle nach erfolgtem Kabelzug nicht gerechtfertigt, da sich die FDA den Vorgaben der Gesuchs- gegnerin entsprechend verhalten hat, kann die Gesuchsgegnerin die angefallenen Kosten für die Verifizierung vor Ort nicht geltend machen.

Einheit Verrechnung

2007 2008 2009 Machbarkeitsabklärung Pro Auftrag 2 Stunden pauschal Produktwechsel

0 Wechsel von Objektverträgen

0 Analysen und Begründungen h Verrechnung nach effektivem Aufwand mit Vorbehalten 7 Mehraufwendungen h Verrechnung nach effektivem Aufwand mit Vorbehalten 8

63/63

Rechtsmittel Gegen diese Verfügung kann innerhalb von 30 Tagen ab Eröffnung schriftlich Beschwerde erhoben werden. Diese Frist steht still vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August und vom 18. Dezember

bis und mit dem 2. Januar. Die Beschwerde ist einzureichen an das Bundesverwaltungsgericht Postfach 3000 Bern 14 Die Beschwerde hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Die angefochtene Verfügung und die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind der Beschwerde beizulegen, soweit der Beschwerdeführer sie in Händen hat.

E. 5

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

E. 6

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

34/63

E. 10

Jahre Beilauf 25% 25% Skaleneffekt auf Werkleitungs- und Be- lagbau 10% 10%
Regieanteilzuschlag 0% 0% Ingenieurhonorarzuschlag 5% 5% Verwaltungs- und
Gemeinkostenzu- schlag 6.1% 6.0% Delta-P für Kupfer 15.67% 33.54% Durchschnittliche
Preisänderungsrate für Tiefbauleistungen (Schächte, Installation und Zuschlag für
Unabwägbarkeiten) 2.8% 2.5%

44/63

Kupferpreis pro Tonne CHF 4'445.54 CHF 7'857.56 Lawful Interception 0 CHF 0 CHF
Umbau- und Abbruch- Dienstleistungskosten 0 CHF 0 CHF Projektkosten 0 CHF 0 CHF
Schächte Einstiegschächte durch Kleineinstiegschächte er- setzen Einstiegschächte durch
Kleineinstiegschächte er- setzen Profil für Kanalisationen in der Wiese

Beton durch Sand erset- zen Beton durch Sand erset- zen Tabelle 2 : Anpassungen in den
Verfügungen IC / TAL / KOL 2007 und 2008

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