

# **COMCOM bedingungen-des-zugangs-zu-den-kabelkanalisationen-sunrise-vs-swisscom-2009-12-01-db387b vom 1. Dezember 2009**

ComCom, 2009-12-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/comcom\\_bedingungen-des-zugangs-zu-den-kabelkanalisationen-sunrise-vs-swisscom-2009-12-01-db387b](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/comcom_bedingungen-des-zugangs-zu-den-kabelkanalisationen-sunrise-vs-swisscom-2009-12-01-db387b)

FR: COMCOM

bedingungen-des-zugangs-zu-den-kabelkanalisationen-sunrise-vs-swisscom-2009-12-01-db387b du 1 décembre 2009

IT: COMCOM

bedingungen-des-zugangs-zu-den-kabelkanalisationen-sunrise-vs-swisscom-2009-12-01-db387b del 1 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, ent-

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

2007 2008 2009 Machbarkeitsabklärung inkl. Kostenvoranschlag Projektierungsauftrag - 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 x

15/68

scheidrelevanten Informationen zu beschleunigen. Das Formular ist für jeden Zugangsdienst auszufüllen, der Gegenstand des Verfahrens bildet und bei dem feststeht oder absehbar ist, dass die Gesuchsgegnerin die Marktbeherrschung bestreitet. Es soll die Vorarbeiten zur Erstellung des Gutachtens über die Marktbeherrschung durch die Eidgenössische Wettbewerbskommission (Weko) beschleunigen helfen. Das Einreichen des Formulars bildet hingegen keine absolute Eintretensvoraussetzung. Die Gesuchstellerin hat vorliegend auf die Einreichung des Formulars verzichtet. Dies mag daran liegen, dass sich die Gesuchsgegnerin nicht grundsätzlich auf den Standpunkt gestellt hat, sie sei im Bereich Kabelkanalisationen nicht marktbeherrschend, sondern sich eine Prüfung der Marktbeherrschung für den Einzelfall vorbehalten will. Das Nichteinreichen des entsprechenden Formulars ist unter den gegebenen Umständen und im Lichte der vorstehenden Ausführungen nicht zu beanstanden. Hinzu kommt, dass die Instruktionsbehörde das ausgefüllte Formular von der Gesuchstellerin auch noch im Rahmen des Beweisverfahrens hätte einverlangen können, wenn sie dies als nötig erachtet hätte. Diese hat wohl insbesondere deshalb darauf verzichtet, weil die Gesuchstellerin im Rahmen der Marktbefragung vorgängig zur Begutachtung durch die Weko diejenigen Informationen einreichte, auf deren Erbringung auch das Formular für Zugangsgesuche

abzielt.

### **E. 1.1**

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

### **E. 1.2**

Zuständigkeit Gemäss Art. 11a FMG verfügt die ComCom bei Streitigkeiten über den Zugang auf Gesuch einer Partei und auf Antrag des BAKOM die Bedingungen des Zugangs. Streitigkeiten aus Vereinbarungen und Verfügungen über den Zugang werden hingegen durch die Zivilgerichte beurteilt (Art. 11b FMG). Vorliegend sind sich die Parteien in ihren Vertragsverhandlungen betreffend Kabelkanalisationen nicht in allen Punkten einig geworden. Keine Einigung konnte erzielt werden bezüglich der Höhe der Preise für Kabelkanalisationen, des Zinssatzes auf allfälligen Rückvergütungen, der Frage der zeitlichen Angebotsbeschränkung sowie hinsichtlich der Regelung über ein Online-Informationssystem. Diese Punkte wurden von den Parteien in ihrem Vertrag vom 5./12. Oktober 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 30. November 2007 zuständig. In ihrer Schlussstellungnahme vom 9. Oktober 2009 macht die Gesuchstellerin Ausführungen zu dem in Klausel 4.4.2 des Vertrages zwischen den Parteien über Kabelkanalisationen vorgesehenen Kriterium der Selbstnutzung. Sie bringt vor, es sei für sie nicht zwingend gewesen, zu diesem Punkt Dissens auszuweisen, da die Einschränkung dahingehend zu verstehen sei, dass die Gesuchsgegnerin nicht verpflichtet sei, alte Kanäle, welche durch neue ersetzt werden, weiter zu unterhalten. Zudem habe die Gesuchsgegnerin auf Grund ihrer Verhandlungsmacht nur eine geringe Anzahl von Dissenspunkten gewährt. Das Kriterium der Selbstnutzung sei ihres Wissens im Weiteren Gegenstand in einem anderen Verfahren und aufgrund des Diskriminierungsverbots von Art. 11 FMG würde ein Entscheid in jenem Verfahren auch auf das Vertragsverhältnis zwischen ihr und der Gesuchsgegnerin Auswirkungen haben. Die Gesuchstellerin stellt nicht den Antrag, die Klausel 4.4.2 sei auch hinsichtlich des Kriteriums der Selbstnutzung aufzuheben. Sie geht vielmehr zu Recht davon aus, dass die ComCom aufgrund der vertraglichen Einigung zwischen den Parteien über diesen Punkt nicht zur Beurteilung dieser Frage zuständig ist. Es ist überdies auch nicht Sache der ComCom, in einem Zugangsverfahren darüber zu befinden, ob die Gesuchsgegnerin als marktbeherrschende Anbieterin ihre Verhandlungsmacht in unzulässiger Weise ausübte. Was die Frage der Drittwirkung von ComCom-Entscheiden betrifft, so geht die Gesuchstellerin richtigerweise davon aus, dass ein allfälliger Entscheid in einem Drittverfahren aufgrund des Diskriminierungsverbots auch für das entsprechende Vertragsverhältnis zwischen den Parteien des vorliegenden Verfahrens Geltung erlangen würde. Allerdings ist vor der ComCom

10/68

gegenwärtig kein Verfahren hängig, in welchem über die fragliche Vertragsbestimmung im Rahmen der Festsetzung von Zugangsbedingungen zu verfügen wäre. Da die

Gesuchstellerin für den entsprechenden Punkt keinen Vorbehalt angebracht hat, sondern in der von beiden Parteien unterschriebenen Vertragsurkunde explizit erwähnt wurde, dass „die FDA (...) mit der Beschränkung des Basisangebots auf bestehende Kabelkanalisationen (Stichtag: 24. März 2006) nicht einverstanden“ sei, kann die ComCom vorliegend keine Regelung hinsichtlich des Kriteriums der Selbstnutzung treffen. Für die verfahrensrechtliche Frage der Zuständigkeit spielt es grundsätzlich auch 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 in den geltenden rechtlichen Bestimmungen nicht vorgesehen ist und die ComCom die Gesuchsgegnerin im Rahmen eines Zugangsverfahrens folglich verpflichten 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, bei den Zivilgerichten (Art. 11b FMG).

### **E. 1.3**

Verfahrensgegenstand Gegenstand eines Verwaltungsverfahrens sind die Rechtsbeziehungen, welche eine Behörde von Amtes wegen oder auf Begehren der beteiligten Personen regeln soll (vgl. THOMAS MERKLI/ARTHUR AESCHLIMANN/RUTH HERZOG, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Rz 13 zu Art. 25). Das Zugangsverfahren gemäss den Bestimmungen des Fernmelderechts setzt ein entsprechendes Gesuch einer Partei voraus, von Amtes wegen kann es nicht angehoben werden. Folglich bestimmen auch in erster Linie die Rechtsbegehren der gesuchstellenden Partei den Verfahrensgegenstand, was sich unter anderem auf den Umfang des festzustellenden Sachverhalts und den Umfang der Rechtsanwendung von Amtes wegen auswirkt (vgl. ULRICH ZIMMERLI/WALTER KÄLIN/REGINA KIENER, Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrechts, 1997, S. 60). Die Gesuchstellerin stellt in ihrem Gesuch vom 30. November 2007 das Rechtsbegehren, es seien sämtliche von der Gesuchsgegnerin im Handbuch Preise ihres Standardangebotes „Kabelkanalisationen FMG“ aufgeführten Preise – im Hinblick auf deren Höhe und Preisstruktur – auf Einhaltung der Kostenorientierung gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG und Art. 60 der Verordnung über die Fernmeldedienste vom 9. März 2007 (FDV; SR 748.101.1) zu überprüfen und rückwirkend auf das Datum der Vertragsunterzeichnung kostenorientiert festzulegen. Im Weiteren enthält das Gesuch vom 30. November 2007 drei weitere Rechtsbegehren, mit welchen von der ComCom die verfügungsweise Festlegung verschiedener Zugangsbedingungen verlangt wird. Bezüglich der Rechtsbegehren, welche die Gesuchsgegnerin in ihrer Stellungnahme vom 9. Januar 2008 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 Verfahrens Antrag auf Einsicht in die abgeänderten Modelldaten betrifft, wird auf die Ausführungen unter Ziff. 4.1 verwiesen. In zeitlicher Hinsicht ist zu beachten, dass die Gesuchstellerin mit ihrem Gesuch vom 30. November 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 und der Version 1-1 vom 19. November 2007 bezüglich der Preise für das Jahr 2008 verlangt und sie deren Preise als nicht gesetzmässig der ComCom zur Beurteilung unterbreitet. Das Handbuch Version 1-1 betreffend die Prei-

11/68

se für das Jahr 2008 wurde am 1. Januar 2008 durch die Version 1-2 und am 1. August 2008 durch die Version 1-3 abgelöst. Für die Preise 2009 gilt das Handbuch Version 1-4 vom 27. November 2008. 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 30. November 2007 gegen die Preise aus den Handbüchern 1-0 für das Jahr 2007 und 1-1 für das Jahr 2008 ein. Es könnte sich deshalb lediglich die Frage stellen, ob die Gesuchstellerin bezüglich der 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 Festlegung eines Zinssatzes für allfällige Rück- oder Nachzahlungen verlangt, stellen sich keine weiteren Fragen. Der von der ComCom zu verfügende Zinssatz beschlägt alle gestützt auf die rückwirkend verfügbaren Preise potentiell zu leistenden Zahlungen zwischen den Parteien. Analoges gilt für die Rechtsbegehren auf Festlegung von nicht pekuniären Zugangsmodalitäten. Diese Punkte sind nach wie vor offen und von der ComCom zu verfügen. Sie weisen keine Komponenten auf, die sich im zeitlichen Lauf des Verfahrens geändert haben. Obwohl sich die Parteien gemäss ihrer vertraglichen Vereinbarung vom 5./12. Oktober 2007 darüber nicht einig wurden, ist Klausel 5.4.2, Satz 2 des Vertrags Kabelkanalisationen FMG (Überlassung von Kapazitäten an Dritte) im vorliegenden Verfahren nicht Verfahrensgegenstand. Gemäss Art. 11a FMG setzt das verfügungsweise Festlegen von Zugangsbedingungen durch die ComCom ein Gesuch und mithin ein entsprechendes Rechtsbegehren voraus. Das Gesuch vom 30. November 2007 enthält kein solches in Bezug auf Klausel 5.4.2. Der Umstand, dass die Parteien diesen Punkt in einer Dissensliste aufführen und über ihn offenbar keine Einigung erzielt haben, ändert nichts daran, dass es an einem förmlichen Gesuch zur Beurteilung dieser Klausel fehlt. Zusammenfassend ergibt sich, dass vorliegend sämtliche strittigen Preise für den Zugang zu den Kabelkanalisationen der Gesuchsgegnerin aus den Jahren 2007, 2008 und 2009 hinsichtlich Höhe und Struktur, der Zinssatz für Rück- oder Nachzahlungen, die Frage der zeitlichen Angebotseinschränkung sowie die Regelung über ein Online-Informationssystem Verfahrensgegenstand sind. Aus den unter nachfolgender Ziffer aufgeführten Gründen kann über einen Teil des Verfahrensgegenstandes jedoch erst zu einem späteren Zeitpunkt befunden werden.

#### **E. 1.4**

Teilverfügung Die ComCom hat am 9. Oktober 2008 in drei zwischen den Parteien hängigen Verfahren die Bedingungen der fernmelderechtlichen Zugangsgewährung

verfügt. Es betrifft dies die Bedingungen des vollständig entbündelten Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung (TAL), diejenigen der Interkonnektion (IC) sowie diejenigen der Kollokation (KOL). Die Gesuchsgegnerin hat am 10. November 2008 gegen verschiedene Punkte in diesen drei Verfügungen Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erhoben, welches die Beschwerdeverfahren mit Zwischenverfügung vom 18. November 2008 unter der Verfahrensnummer A-7162/2008 vereinigt hat. Im vorliegend interessierenden Zusammenhang rekurriert die Gesuchsgegnerin gegen die Zinsregelung, welche die ComCom verfügte. Die Gesuchstellerin beantragt im vorliegenden Verfahren die Festlegung eines Zinses für Rück- und Nachzahlungen im Zusammenhang mit Kabelkanalisationen auf mindestens 5%. Demgegenüber ver-

12/68

langt die Gesuchsgegnerin, dass die ComCom eine Regelung verfüge, nach welcher eventuelle Rück- oder Nachzahlungen zu einem Basiszinssatz CHF LIBOR sechs Monate zu verzinsen seien. Diese Anträge wurden von den Parteien in den Verfahren TAL und KOL im gleichen Wortlaut gestellt und die ComCom hat in ihren Verfügungen vom 9. Oktober 2008 bereits darüber befunden. Die Gesuchsgegnerin hat die von der ComCom verfügte Zinsregelungen allesamt mit Beschwerde angefochten, so dass nun das Bundesverwaltungsgericht zu deren Beurteilung zuständig ist. Es wäre mit den Prinzipien der Prozessökonomie nicht vereinbar, wenn die ComCom dem ungeachtet die gleichen Zinsregelungen im vorliegenden Fall nochmals verfügen würde, da die Gesuchsgegnerin genötigt würde, auch gegen die vorliegende Verfügung betreffend die Zinsregelungen Beschwerde zu erheben, obwohl diese Fragen vor Bundesverwaltungsgericht bereits hängig sind. Es erscheint vielmehr opportun, betreffend die Anträge auf Festsetzung eines Zinssatzes für allfällige Rück- oder Nachzahlungen nicht zu verfügen, solange das Bundesverwaltungsgericht nicht darüber befunden hat, da dessen Entscheidung den vorliegenden präjudiziert. Entsprechend wird die Instruktionsbehörde das Verfahren bezüglich dieser Frage sinnvollerweise vorläufig einstellen (vgl. BGE 123 II 1 E. 2b S. 3). Gleichermassen ist vorzugehen, falls die von der ComCom am Kostennachweis nachfolgend unter Ziff. 4 vorzunehmenden Anpassungen zu höheren Preisen führen, als die Gesuchsgegnerin anbietet. Für diesen Fall hat die ComCom in ihrer Verfügung betreffend die Bedingungen der Interkonnektion vom 9. Oktober 2008 entschieden, dass sie keine höheren Preise verfügt. Die dagegen von der Gesuchsgegnerin erhobene Beschwerde ist nach wie vor beim Bundesverwaltungsgericht hängig und es ist deshalb aus den dargelegten Gründen angezeigt, einen Entscheid über Preise, welche aufgrund der Überprüfung des Kostennachweises erhöht sind, auszusetzen, bis die Rechtsmittelinstanz im erwähnten Verfahren entschieden hat. Das Verfahren ist deshalb von der Instruktionsbehörde auch bezüglich einzelner Preise zu sistieren, falls die unter Ziff. 4 vorzunehmenden Anpassungen am Kostennachweis zu Preiserhöhungen führen (vgl. BGE 123 II 1 E. 2b S. 3).

### **E. 1.5**

**Rechtsschutzinteresse** Der Anspruch auf Erlass einer Verfügung setzt ein schutzwürdiges Interesse voraus. Dies gilt nicht nur für den in Art. 25 VwVG explizit erwähnten Fall der Feststellungsverfügung sondern analog auch für Gestaltungs- und Leistungsverfügungen (vgl. BGE 120 Ib 351 E. 3a S. 355, PIERRE TSCHAN-NEN/ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. Bern 2005, § 30 Rz. 29). Das schutzwürdige Interesse muss nicht zwingend ein rechtliches sein; auch ein bloss tatsächliches kann genü-

gen. Das geforderte Interesse muss aber grundsätzlich aktueller und praktischer Natur sein. Dieses Erfordernis soll sicherstellen, dass das Gericht konkrete und nicht bloss theoretische Fragen entscheidet, und es dient damit der Prozessökonomie (vgl. BGE 114 Ia 131). Mit der letzten Revision des Fernmeldegesetzes, die am 1. April 2007 in Kraft getreten ist, hat der Gesetzgeber an der so genannten Ex-post-Regulierung festgehalten. Der ComCom als eidgenössischer Regulierungsbehörde ist es im Unterschied zu den umliegenden europäischen Ländern verwehrt, von Amtes wegen die relevanten Märkte zu definieren, die Anbieterinnen zu bezeichnen, die auf diesen Märkten eine beherrschende Stellung einnehmen und diesen Anbieterinnen bestimmte Pflichten aufzuerlegen. Eine Regulierung kann lediglich auf Antrag einer Anbieterin von Fernmeldediensten (FDA) und im Rahmen der von ihr gestellten Rechtsbegehren vorgenommen werden. Hingegen verlangt das Fernmelderecht für die Einreichung eines Zugangsgesuchs nicht, dass die Gesuchstellerin den fraglichen Dienst bereits bezieht, bzw. in der Vergangenheit bezogen hat oder mit der Gesuchsgegnerin einen entsprechenden Vertrag abgeschlossen hat. Eine Anbieterin kann ein durchaus legitimes Interesse daran haben, die Bedingungen und Preise für den Zugang mit der Gesuchsgegnerin vor Aufnahme der entsprechenden Geschäftstätigkeit zu kennen, um gestützt darauf die nötigen betriebswirtschaftlichen Berechnungen vorzunehmen. Ein Entscheid der ComCom beschlägt diesfalls ein allfälliges künftiges Zugangsverhältnis zwischen den Parteien, bzw. Dienste, die erst zu

13/68

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 30. November 2007 die Überprüfung sämtlicher von der Gesuchsgegnerin im Handbuch Preise ihres Standardangebotes Kabelkanalisationen aufgeführten Preise auf Einhaltung der Kostenorientierung. Zu diesem Zeitpunkt offerierte die Gesuchsgegnerin den Zugang zu den Preisen gemäss ihrem Handbuch Preise Version 1-0 vom 1. April 2007. Aufgrund oben stehender Ausführungen hatte die Gesuchstellerin im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung grundsätzlich ein schutzwürdiges Interesse an der behördlichen Festlegung aller strittigen Preise. Betreffend die Preise für Leistungen, die die Gesuchstellerin im Jahr 2007 nicht bezogen hat, fiel das erforderliche schutzwürdige Interesse am Erlass einer Verfügung hingegen mit der Ersetzung des Handbuchs Version 1-0 durch die Version 1-1 per 1. Januar 2008 dahin, da die Gesuchstellerin diese Leistungen nicht nur nicht bezogen hat, sondern zu den damals geltenden Preisen auch nicht mehr beziehen könnte. Die Gesuchsgegnerin beantragte in ihrer Eingabe vom 22. Februar 2008, dass infolge Nichtbezugs die Preise für Kabelkanalisationen aus dem Jahr 2007 nicht festzulegen seien. Die Gesuchstellerin bestätigte in ihrer Eingabe vom 16. Juni 2008, dass sie im Jahr 2007 keine Dienstleistungen aus dem Bereich Kabelkanalisationen in Anspruch genommen hat. Für das Jahr 2007 können deshalb aufgrund des Fehlens eines aktuellen und praktischen Interesses keine Preise verfügt werden. Hinsichtlich der Preise im Jahr 2008 gilt analog, dass auch an deren Festlegung nur dann ein schutzwürdiges Interesse besteht, wenn im Zeitraum ihrer Geltung die entsprechenden Leistungen effektiv bezogen wurden. Die Preise 2008 wurden per 1.

Januar 2009 durch neue Preise abgelöst. Die Parteien äusserten sich zu den bezogenen Leistungen 2008 in ihren Eingaben vom 29. Juli 2009 und vom 7. August 2009 übereinstimmend. Betreffend die Preise 2009 ist ein Rechtsschutzinteresse ohne Einschränkung gegeben, da die korrelierenden Dienste nach wie vor bezogen werden können. Zu verfügen sind demnach die Preise für die Dienstleistungen gemäss nachstehender Tabelle:

14/68

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

### **E. 1.6**

Verhandlungsfrist Gemäss Art. 11a Abs. 1 FMG kann die ComCom nur auf Gesuch einer Partei Zugangsbedingungen verfügen; von Amtes wegen ist ihr dies verwehrt. Der Gesetzgeber räumt damit der rechtsgeschäftlichen Einigung der Parteien Priorität gegenüber der behördlichen Festsetzung der Zugangsbedingungen ein (sog. Verhandlungsprimat). Die Bestimmung sieht weiter vor, dass die ComCom erst angerufen werden kann, wenn sich die beteiligten Anbieterinnen nicht innerhalb von drei Monaten über die Bedingungen einig werden konnten. Bei dieser Dreimonatsfrist handelt es sich um eine eigenständige, spezialgesetzliche Prozess- und Eintretensvoraussetzung (BGE 2A.276/2006 vom 12. Juli 2006, E. 2.3). Die Gesuchstellerin teilte der Gesuchsgegnerin mit Schreiben vom 14. März 2007 mit, sie verlange die Aufnahme von Verhandlungen. Die Gesuchsgegnerin lehnte dies mit dem Verweis auf das Inkrafttreten der neuen Bestimmungen des FMG per 1. April 2007 vorläufig ab. Die Gesuchstellerin wiederholte ihr Begehren am 2. April 2007. In der Folge kam es zwischen den Parteien zu Verhandlungen, welche mit dem am 5. respektive 12. Oktober 2007 unterzeichneten Vertrag abgeschlossen wurden. Das Gesuch um Festlegung der Zugangsbedingungen datiert vom 30. November 2007. Mithin kann die Frage offen gelassen werden, ob die Gesuchsgegnerin verpflichtet gewesen wäre, mit der Gesuchstellerin Verhandlungen bereits vor Inkrafttreten der neuen Gesetzesbestimmungen zu führen, da die dreimonatige Verhandlungsfrist ohnehin eingehalten worden ist.

### **E. 1.7**

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

### **E. 1.8**

Einigungsangebot Im Weiteren ist mit dem Gesuch um Erlass einer Zugangsverfügung grundsätzlich ein Angebot für eine Einigung einzureichen (Art. 70 Abs. 1 Bst. d FDV). Dieses kann gemäss Art. 70 Abs. 2 FDV allerdings auch spätestens bis zum Abschluss des Beweisverfahrens nachgereicht werden. Die Gesuchstellerin führt aus, Art. 70 Abs. 2 FDV enthalte eine Ordnungsvorschrift und nicht eine Prozessvoraussetzung. Es mache vorliegend keinen Sinn, ein Einigungsangebot zu unterbreiten, weil sie keine Angaben über die grundlegendsten Daten, insbesondere über die Preisberechnungsgrundlagen habe und damit kein sinnvolles Angebot unterbreiten könne. Entweder wäre ein Angebot der Gesuchstellerin zu hoch, so dass die Gesuchsgegnerin ohne weiteres damit einverstanden wäre und die Gesuchstellerin den Schaden zu tragen hätte, oder es wäre zu tief und dann sei eine

Einigung ausge- schlossen. Angesichts dieser Situation sei die Unterbreitung eines Angebots hinsichtlich Preises ge- radezu unsinnig beziehungsweise widerspreche den Zielsetzungen der Fernmeldegesetzgebung. Die Gesuchsgegnerin habe die geforderten Kabelkanalisationen zu kostenbasierten, transparenten und nicht diskriminierenden Bedingungen anzubieten. Dies werde letztlich die einzige akzeptierbare Grundlage für eine Einigung sein. 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 enthiel- ten. Die Gesuchstellerin sei deshalb weder im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung noch nach Ab- schluss des Beweisverfahrens selbst in der Lage gewesen, die Kostenorientierung der Preise nach Massgabe der Geschäftszahlen der Gesuchsgegnerin zu überprüfen. Es entspreche dem Regelfall, dass vor Einreichung eines Zugangsgesuchs keine Verhandlungen über ein konkretes Einigungsan- gebot zwischen den Parteien geführt würden und ein solches somit auch nicht vorgelegt werden kön- ne. Im Rahmen des Instruktionsverfahrens könne das BAKOM eine Schlichtungsverhandlung durch- führen, 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 Verord- nungsbestimmung von Art. 70 Abs. 2 FDV sei dahingehend zu verstehen, dass ein allfälliges Eini-

16/68

gungsangebot 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 vorliegend darauf verzichtete, ein Einigungsangebot einzu- reichen. Das Gesuch leidet diesbezüglich an keinem formellen Mangel.

## **E. 1.9**

Fazit Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die formellen Voraussetzungen bezüglich des Antrags auf Festlegung von Preisen für das Jahr 2007 nicht erfüllt sind und insofern auf das Gesuch nicht eingetreten werden kann (vgl. oben Ziff. 1.5). Im Übrigen sind die Eintretensvoraussetzungen erfüllt. Aus den unter Ziff. 1.4 dargelegten Gründen kann jedoch zum heutigen Zeitpunkt nicht über die Frage der Verzinsung von allfällig zu leistenden Rückzahlungen entschieden werden. Ebenso wäre es nicht opportun, über Preise zu befinden, welche aufgrund der von der ComCom vorgenommenen An- passungen tiefer als von der Gesuchsgegnerin angeboten zu liegen kommen.

## **E. 2**

KG zu qualifizieren, womit auch eine Marktbeherrschung im Sinne von Art 11 Abs. 1 FMG zu beja- hen sei.

### **E. 2.1**

Vorbemerkung Die Gesuchstellerin führt in ihrem Gesuch vom 30. November aus, die Gesuchsgegnerin beschränke in ihrem Standardvertrag zu Unrecht den Zugang auf Kabelkanalisationen, 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 die entsprechende Klausel sei deshalb aufzuheben. Die einzige zeitliche Beschränkung des Zugangs könne darin bestehen, dass allenfalls mit der Zeit die Frage der Marktbeherrschung anders zu beurteilen sei und so die Angebotspflicht dahinfallen könnte. Die Gesuchsgegnerin bestreitet in ihrer Gesuchsantwort vom 9. Januar 2008 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 Zugangsgewährung verpflichtet werden, weil das Parlament in Art. 11 Abs. 1 Bst. 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 einführt (Ziff. 2.2). Als-

17/68

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, es ein Faktum, dass die von der Gesuchsgegnerin im Rahmen ihres Standardangebots eingeführte zeitliche Begrenzung weder im FMG noch in der FDV vorgesehen sei. Dies im Gegensatz etwa zur ausdrücklich vorgesehenen Befristung bezüglich des schnellen Bitstromzugangs in Art. 11 Abs. 1 Bst. b FMG. Bei den Kabelkanalisationen statuiere das FMG eine zeitlich vollkommen unbeschränkte Pflicht der marktbeherrschenden Anbieterin, den anderen Anbieterinnen den Zugang zu gewähren. Der einzige Anknüpfungspunkt für eine Angebotspflicht im Gesetz sei der Aspekt der

Marktbeherrschung. Solange eine Anbieterin marktbeherrschend sei, spiele es keine Rolle, wann ein Infrastrukturelement gebaut worden sei. Die Gesuchsgegnerin begrenze den Zugang zu ihren Kabelkanalisationen deshalb zu Unrecht auf solche, die zum Zeitpunkt des 24. März 2006 bestanden haben. Die Gesuchsgegnerin vertritt demgegenüber in ihrer Stellungnahme vom 9. Januar 2008 die Auffassung, das Parlament habe in Art. 11 Abs. 1 Bst. 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, in rechtstheoretischer Hinsicht müsste die Argumentation der Gesuchsgegnerin mit einem qualifizierten Schweigen oder einer Gesetzeslücke operieren. Die Gesuchsgegnerin ihrerseits behauptet, es liege kein qualifiziertes Schweigen vor, sondern 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 Auslegungsmethoden 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 er-

18/68

stellt 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 Bst. 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 Bst. 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 Bst. 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 TSCHANEN/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 Bst. 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 aufgrund fehlender Kapazität weiter interpretiert werden müsste. Gemäss grammatikalischer Auslegungsmethode enthält Art. 11 Abs. 1 Bst. 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 einzige 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 Zugangsgewäh-  
19/68

zung hinsichtlich genügender Kapazität. Es wäre deshalb fraglich, warum der Gesetzgeber diese Be- grenzung explizit in den Gesetzeswortlaut aufgenommen hat, diejenige hinsichtlich zeitlicher Ein- schränkung 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 Telekommunika- tionsinfrastrukturen und deren Schutz in der parlamentarischen Debatte diskutiert wurden. Die Bera- tungen 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 9. Januar 2008 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 Investiti- onen in Glasfaserprojekte entschlossen, den Zugang zu Teilnehmeranschlussleitungen auf solche zu beschränken, die auf der Kupfertechnologie beruhen. Damit hat er jedoch keineswegs gewisse Kabel- kanalisationen von der Regulierung ausgenommen. Auch die weiteren zur Verfügung stehenden Auslegungsmethoden führen zu keinem anderen Resul- tat. 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 undiffe- renzierte 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 die ratio legis von Art. 11 Abs. 1 Bst. f FMG insbesondere darin zu sehen, dass die neuen Zugangsbestim- mungen primär ihre eigenen künftigen Investitionen schützen sollen. Sie verkennt jedoch auch an dieser Stelle, dass die von ihr beschriebene ökonomische Grundausrichtung der parlamentarischen Debatte einzig die Frage betroffen hat, ob technologieneutral reguliert werden sollte oder nicht. Der Gesetzgeber hat sich bei der letzten Revision des FMG im Hinblick auf kommende Investitionen in Glasfaserprojekte bekanntlich entschlossen, die Regulierung auf die Kupferleitungen zu beschränken damit Investitionen in neuere Technologien nicht gebremst würden. Es kann jedoch nicht ernsthaft behauptet werden, dass in der gesetzgeberischen Diskussion jemals davon die Rede war, dass es ökonomisch sinnvoll wäre, Anreize zum Bau paralleler Kabelkanalisationsnetze zu schaffen. Bei Ka- belkanalisationen ist klarerweise davon auszugehen, dass der Gesetzgeber gerade nicht wollte, dass es zu einer Verdoppelung der Infrastrukturen kommt. Auch die aktuellen

Diskussionen über den Bau von neuen Glasfasernetzen zeigt, dass die beteiligten Akteure den parallelen Bau von Kabelkanalisationen zu vermeiden versuchen. Wesentlich ist, dass die Kabelkanalisationen der Gesuchsgegnerin für alternative Anbieterinnen unabdingbar sind, wenn diese eigene Telekommunikationsnetze verlegen wollen. Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber Kabelkanalisationen von marktbeherrschenden Fernmeldediensteanbieterinnen auch der Regulierung unterworfen. Zudem 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 Kabel-

20/68

kanalisationen 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 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 Standardvertrages 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-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 Dienst-

21/68

ten 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 Fernmeldediensteanbieterinnen, welchen 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 Bereich 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 einzelfallbezo-

22/68

genen 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 Parteien haben Klausel 4.3.1 des Standardvertrags in ihren Verhandlungen wie folgt ersetzt: Swisscom Fixnet bietet im Rahmen der vorliegenden Zugangsvereinbarung grundsätzlich landesweit Zugang zu ihren Kabelkanalisationen und verzichtet bis auf Weiteres auf eine Prüfung der Marktbeherrschung im Rahmen der einzelfallspezifisch vorgenommenen Machbarkeitsabklärung für nachgefragte Kabelkanalisations-Teilstrecken. Die FDA anerkennt indessen ausdrücklich, dass mit dem vorliegenden landesweiten Angebot kein Eingeständnis von Swisscom Fixnet verbunden

ist, zum Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung im sachlich und räumlich relevanten Markt für den Zugang zu Kabelkanalisationen schweizweit über eine marktbeherrschende Stellung zu verfügen. Zu beiden Klauseln ist festzuhalten, dass diese davon ausgehen, 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 respektive 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 Weko zu konsultieren wäre. Eine projektweise Überprüfung der Marktbeherrschung – wie sie der Gesuchsgegnerin 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 Marktbeherrschung 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 Marktbeherrschung der Gesuchsgegnerin beim Zugang zu Kabelkanalisationen zu erstellen. Dem Schreiben 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.

23/68

### **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, Elektrizitäts-, Gas- oder Wasserwerken oder der SBB liegen. Nicht zum relevanten Markt zählt die Weko 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-Kanalisationsnetzen werden diejenigen Kanalisationen bezeichnet, welche ihren Anfangs- oder Endpunkt in einer Swisscom-Zentrale haben und entweder direkt bis zu einer Gebäudeeinführung 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-Kanalisationsnetze dadurch rechtfertigt, dass dieses Kabelkanalisationsnetz für alternative Anbieterinnen unvergleichbare Eigenschaften gegenüber anderen Kanalisationsnetzen aufweist. Um regulierte Leistungen der Gesuchgegnerin beziehen zu können, muss eine alternative FDA Zugang zu deren Zentralen haben. Die Swisscom-Zentralen sind jedoch nur über die Swisscom-Infrastruktur erreichbar. 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.

#### **E. 2.3.3.2**

Beurteilung der Marktbeherrschung Die Weko bemerkt, dass insbesondere Kanalisationsnetze 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 Kabelkanalisationsnetze 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 Kabelkanalisationsnetzen 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 Kabelkanalisationsnetze von Dritten mitbenutzen wollten, einen Anschluss ans eigene Netz herstellen, was unter Umständen mit erheblichen (Bau-)Kosten verbunden ist. Namentlich bei Kabelkanalisationsnetzen, welche einen Anfangs- oder Endpunkt in einer Swisscom-Zentrale hätten, gebe es für FDA keinen Zugang zu alternativen Kabelkanalisationsnetzen. Die Weko kommt sodann zum Schluss, dass Swisscom im Bereich Anschlussnetz (exkl. Swisscom-Kabelkanalisationsnetze) und im Bereich Fernnetz (exkl. Swisscom-Kabelkanalisationsnetze) keine marktbeherrschende Stellung einnehme. Im Markt für Swisscom-Kabelkanalisationsnetze wird die Frage der Marktbeherrschung für die Gesuchs-

gegnerin hingegen bejaht. Für sämtliche Swisscom-Kabelkanalisationen, unabhängig von deren Be-

24/68

schaffenheit 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 Kabelkanalisationen von Swisscom angewiesen. Weiter sei die Gesuchsgegnerin das einzige Unternehmen, welches sowohl im Anschluss- wie auch im Fernnetz über ein schweizweit flächendeckendes Netzwerk von Kabelkanalisationen verfüge, das nahezu alle Gebäude in der Schweiz erschliesse. Im Markt der Swisscom-Kabelkanalisationen sei die Gesuchsgegnerin die einzige Anbieterin, welche derartige Dienstleistungen bereitstellen könne und es bestehe deshalb kein aktueller Wettbewerb im Bereich der Kabelkanalisationen von Swisscom. Da bei den Swisscom-Kabelkanalisationen eine Duplizierung der vorhandenen Infrastruktur nicht sinnvoll und wirtschaftlich unrentabel wäre, sei auch potenzieller Wettbewerb bei den Swisscom-Kabelkanalisationen auszuschliessen. Ausserdem betont die Weko, die Frage der Marktbeherrschung sei nicht vom Zeitpunkt der Erstellung einer Kanalisation abhängig. Zusammenfassend hält die Weko fest, dass aufgrund des fehlenden aktuellen und potenziellen Wettbewerbes die Swisscom in der Lage sei, sich auf dem Markt der Swisscom-Kanalisationen von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Swisscom sei daher im Markt der Swisscom-Kabelkanalisationen als marktbeherrschendes Unternehmen gemäss Art. 4 Abs.

#### **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 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 würden und diese Ausweichmöglichkeiten von der Weko nicht berücksichtigt worden seien. Die Gesuchstellerin äussert sich in ihrer Eingabe vom 25. Juni 2009 und in ihrer Schlussstellungnahme vom 9. Oktober 2009 ebenfalls zur Begutachtung der Marktverhältnisse durch die Weko. Sie stimmt darin dem Ergebnis des Gutachtens der Weko, wonach sich die Gesuchsgegnerin praktisch bei sämtlichen ihrer

Kabelkanalisationen unabhängig verhalten könne und folglich marktbeherrschend sei, zu. Sie stellt fest, dass die Gesuchsgegnerin die Marktbeherrschung nicht grundsätzlich bestreite. Immerhin habe sie ein entsprechendes Basisangebot veröffentlicht, wozu nur marktbeherrschende Anbieterinnen verpflichtet seien. Es mache volkswirtschaftlich keinen Sinn, parallele Kanalisationssysteme (auch nur abschnittsweise) zu errichten. Genau dies habe der Gesetzgeber mit dem regulierten Zugang verhindern wollen. Die Gesuchstellerin erklärt weiter, dass ihr die Ausscheidung eines separaten Marktes für Swisscom-Kabelkanalisationen hingegen nicht zwingend erscheine und dass das Weko-Gutachten nicht schlüssig darlege, auf welchen Strecken die Gesuchsgegnerin marktbeherrschend sei. Um darüber Klarheit und mehr Rechtssicherheit zu erhalten, wäre allenfalls ein Ansatz praktikab-

25/68

ler, welcher zwischen einem im Wettbewerb stehenden Fernnetzbereich und dem Anschlussnetzbereich unterscheide. So könne vermieden werden, dass der Zugang in jedem konkreten Einzelfall durch ein Folgeverfahren erstritten werden müsse. Die Gesuchstellerin beantragt in diesem Zusammenhang, dass aus der zu erlassenden Zugangsverfügung klar ersichtlich sein soll, auf welchen Strecken die Gesuchsgegnerin Kabelkanalisationen zu regulierten Bedingungen zur Verfügung zu stellen habe. Die Gesuchstellerin erachtet es schliesslich als gerechtfertigt, dass die Weko von einer nationalen Abgrenzung des relevanten Marktes ausgeht. Die Richtigkeit dieser Betrachtungsweise werde auch dadurch unterstrichen, dass die Gesuchsgegnerin ein schweizweit einheitliches Angebot gemacht habe.

### **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 42 antwortenden Infrastrukturbetreibern wie anderen Fernmeldediensteanbieterinnen, 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,

26/68

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 schweizerweiten Netz im Fern- und Anschlussbereich der Swisscom-Kabelkanalisation verglichen werden können. Alternative Kanalisationen weisen andere Eigenschaften als Swisscom-Kanalisationen 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 Kombination „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 Mitbenutzung geeignetes alternatives Kabelkanalisationsnetz genügend nahe verläuft und dass dieses wirklich direkt zum gewünschten Endpunkt führt. Auch die Gesuchstellerin argumentiert in ihrer Eingabe vom 25. Juni 2009 in diese Richtung. Sie äussert sich insbesondere auch dahingehend, dass Geschäftskunden in den allermeisten Fällen nicht über alternative Anbieterinnen direkt angebunden werden können und sich der Bau eigener Kanalisation zur Anbindung von Kunden in den allermeisten Fällen aufgrund der hohen Kosten nicht rechnen. 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,

27/68

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 Markt- abgrenzung bei den „Swisscom-Kabelkanalisationen“ von Anfangs- respektive Endpunkten in „Swiss- com-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 Markt- abgrenzung 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 End- punkt in einer „Swisscom-Zentrale“ haben, beschränkt. Folglich ist bei der Markt- abgrenzung von den Begriffen auszugehen, welche die Weko auch bei der Beurteilung der Markt- beherrschung verwendet hat. Mithin sind unter „Swisscom-Kabelkanalisationen“ Kabelkanalisationen zu verstehen, die zur Ver- legung 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- respektive End- punkt auf die von einer FDA nachgefragten Kanalisationsabschnitte bezieht. Somit können Swisscom- Kanalisationen nicht gleichzeitig zum Markt für Kabelkanalisationen im Bereich Anschluss- respektive 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 An- schlussnetz 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.

28/68

Hinsichtlich der räumlichen Markt- abgrenzung teilt die ComCom die Meinung der Weko, dass von ei- nem 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 respektive 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 Fernmeldedienstanbieterinnen 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 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 könnten. 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 Fernmeldediensteanbieterin-

29/68

nen 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 Fernmeldediensteanbieterinnen sind grundsätzlich von der Netztypologie der Gesuchsgegnerin abhängig; sie müssen an den 18 respektive 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 Kabelkanalisationsnetz 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 Kanalisationsnetz 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 Fernmeldediensteanbieterin 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 Fernmeldediensteanbieterin gewünschten Anfangs- und Endpunkte. Vereinzelt 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 flächendeckenden, engmaschigen und zusammenhängenden Netz, welches die Netztypologie für Fernmeldedienste 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 bedeutet 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 unbegründet.

30/68

### **E. 3**

Kalkulation: Verteilung der Kosten nachfragegetrieben auf die Kostenträger.

#### **E. 3.1**

Kostennachweis in formeller Hinsicht

##### **E. 3.1.1**

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

##### **E. 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 Kabel-

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

31/68

kanalisationen 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 Mietleitungen dem BAKOM eine erneute Aktualisierung von Cosmos zukommen lassen. Die von der ComCom 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 vergleichbar sind. Die Änderungen basieren insbesondere auf einer anderen Modellierung der Gemeinkosten. Die Ressourcen sind reine Inputobjekte des Modells und besitzen einen eindeutig zugewiesenen Wert respektive Preis. Die Ressourcen werden in Unterkategorien unterschieden und können einer Kostenart zugewiesen werden. Folgende Unterkategorien werden im Modell unterschieden: – Anlageressourcen: repräsentieren die Anlagewerte der Netzplattformen sowie der Operating Support Systems und Business Support Systems (OSS/BSS) – Personalressourcen: repräsentieren die Kosten von Wholesale-Mitarbeitenden und beinhalten die Kosten der entsprechenden Organisationskostenstelle (OKST) – Plattformressourcen: beinhalten die Fremdkosten auf Plattformen (Netzplattformen und OSS/BSS) – Zuschlagsressourcen: beinhalten die Kosten, die via Zuschlagskalkulation verteilt werden (Verwaltung, Vertrieb) – Übrige Ressourcen: beinhalten die sonstigen Betriebskosten

Die Komponenten setzen sich zusammen aus Ressourcen, aus Ressourcen und Komponenten oder aus Komponenten, die aus darunter liegenden Wertschöpfungsblöcken gebildet werden. Man kann sie als "Halbfabrikate" bezeichnen. Komponenten können eindeutig einer Kostenstelle zugewiesen werden.

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

32/68

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 aus Cosmos entnommen 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

33/68

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 Consult<sup>2</sup>, S. 13). Sodann erfolgte die Überprüfung der Transformation der Investitionen in Kosten mittels Annuitäten- formel. Der manuelle Nachvollzug dieses Berechnungsschrittes zeigte, dass das Modell in dieser Hin- sicht 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 unerwarte- ten 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. Insgesamt kommt die verfügende Behörde zum Schluss, dass das Kostenmodell Cosmos grundsätz- lich ein ausreichend präzises Rechenmodell zum Nachweis der kostenorientierten Preisgestaltung der regulierten Dienste darstellt. Auch die Berechnungen in den zusätzlichen Exceltabellen für die Kos- tennachweise 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 Unter- lagen hat sie die von ihr geltend gemachten Kosten im Grundsatz in geeigneter und nachvollziehba- rer Weise dargelegt. Dies gilt sowohl hinsichtlich der einzelnen Preise wie auch hinsichtlich der Preis- struktur, 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.

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

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 Preis- elastizität der Absatzmärkte). Auf Märkten ohne wirksamen Wettbewerb müssen Preise folglich so reguliert werden, wie wenn Wettbewerb herrschen würde (Competitive Market Standard). Die Rolle des Regulators besteht darin, den fehlenden Wettbewerb zu simulieren (in loco competitio). Beim Konzept der bestreitbaren Märkte richtet sich der damit verbundene, kostenorientierte Preis so- mit nicht nach den tatsächlichen, historischen Kosten der marktbeherrschenden Anbieterin, sondern nach denjenigen einer effizienten Leistungsbereitstellung unter wirksamem Wettbewerb (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 langfristi- gen, zukunftsgerichteten Betrachtungsweise der zugangsbedingten Zusatzkosten (sog. inkrementelle Kosten). Dem Konzept der bestreitbaren Märkte entsprechend geht das Modell von einem hypotheti- schen 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 wür- de. 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 Be- reich, so etwa in Bezug auf die in verschiedenen Städten und Regionen ergriffenen Ausbauinitiativen in Glasfasernetze, wird in den kommenden Jahren deshalb von einer Technologieablösung auszuge- hen sein. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass für die Berechnung von kostenorientierten Preisen für Kabelkanalisationen die Frage, ob ein Kupfer- oder Glasfasernetz modelliert wird, keine entschei- dende Rolle spielt. Die Kanten des Netzes sind in beiden Fällen dieselben.

### **E. 3.2.3**

Berechnung der Kosten auf aktueller Basis (Forward Looking) Grundsätzlich ist bei der Überprüfung des Kostennachweises eine zukunftsbezogene Sichtweise ein- zunehmen (Forward Looking). Das bedeutet, dass ein gemäss LRIC-Methodik anzunehmender hypo- thetischer Markteintreter in kürzester Zeit die gesamte benötigte Infrastruktur effizient aufbaut und effizient betreibt. Die Gesuchstellerin bezweifelt in ihrem Gesuch vom 30. November 2007, dass die Gesuchsgegnerin bei ihren Kostenberechnungen korrekt vorgegangen sei. Sie bringt insbesondere vor, die zukunftsbe- zogene Sichtweise solle verhindern, dass vergangenheitsbezogene Restriktionen und so genannte Altlasten berücksichtigt werden und sicherstellen, dass das Kostenniveau durch modernste Technolo- gien bestimmt werde und dass es demjenigen einer effizienten Anbieterin auf einem bestreitbaren Markt entspreche. Es gehe folglich darum, dass keine unzulässigen Kosten aus der Vergangenheit in die Preisbestimmung einfließen und daher werde bei der Kostenberechnung angenommen, dass eine hypothetische neue Marktteilnehmerin ihr Netz mit modernster Technologie aufbaue. Vergan- genheitsbezogene Restriktionen und historisch bedingte Kosten sollen ausgeschlossen sein. Das Forward Looking lasse jedoch nicht den Umkehrschluss zu, dass vergangenheitsbezogene Vorteile ebenfalls ausgeschlossen seien beziehungsweise heutige Verteuerungsfaktoren als theoretische Kos- ten einberechnet werden dürften. Die neuen Anbieterinnen wären deutlich benachteiligt und

die markt- beherrschende Anbieterin könnte aus der ihr mitgegebenen Infrastruktur ungerechtfertigt Kapital schlagen, wenn die historischen Vorteile in der Kostenberechnung nicht korrigierend berücksichtigt würden. Das Konzept der bestreitbaren Märkte (Contestable Markets) gehe von der Hypothese aus, dass keine Markteintrittsbarrieren bestehen und jederzeit mit neuen Konkurrentinnen zu rechnen sei. Durch das bewusste Ausblenden der Baukostenvorteile der Gesuchsgegnerin in der Vergangenheit entstehe eine unüberwindbare Markteintrittsbarriere, weil neue Marktteilnehmerinnen diesen Kosten-

36/68

vorteil in keiner Weise aufholen könnten. Die zukunftsbezogene Sichtweise dürfe keinesfalls dazu führen, dass die Gesuchsgegnerin rein fiktive Kosten geltend machen dürfe, die keinen oder wenig Bezug zum wirklichen Kostenaufwand haben. Bei diesem sei zu berücksichtigen, dass das An- schlussnetz der Gesuchsgegnerin längst und wohl mehrfach abgeschrieben sei. In ihrer Schlussstel- lungnahme vom 9. Oktober 2009 führt die Gesuchstellerin weiter aus, es gehe ihr bei der Kritik betref- fend die Wiederbewertung von bereits abgeschriebenen Anlagen keineswegs darum, bei der Preisre- gulierung eine rein historische Kostenbetrachtung einzunehmen. Der Ansatz der aktuellen Kostenbe- trachtung sei im Vordergrund und auch die Gesuchstellerin stehe hinter dem gesetzlich vorgesehenen MEA-Ansatz. Allerdings habe sie in der Vergangenheit bereits verschiedentlich darauf hingewiesen, dass es bei der Preisregulierung auch unter Anwendung der aktuellen Kostenbetrachtung zu verhin- dern gelte, dass ungerechtfertigte Kosten einflössen, welche der Gesuchsgegnerin nicht entstehen und im Ergebnis nichts anderes als eine staatlich verordnete Monopolrente darstellen würden. Solche Übergewinne seien mit den Grundsätzen der Nichtdiskriminierung und der Kostenorientiertheit von Art. 11 Abs. 1 FMG nicht vereinbar und widersprächen letztlich auch dem Zweck der Fernmeldgesetz- gebung, welche in Art. 1 FMG preiswerte Fernmeldedienste basierend auf wirksamem Wettbewerb verlange. Eine gesetzeskonforme Anwendung der LRIC-Methode schliesse folglich aus, dass abge- schriebene Anlagen vollständig neu bewertet würden. Massgeblich dürften nicht der Wiederbeschaf- fungsneuwert respektive die Brutto-Wiederbeschaffungskosten sein, sondern vielmehr der Wiederbe- schaffungsrestwert (auch als Wiederbeschaffungszeitwert bezeichnet) respektive die um bereits er- folgte Abschreibungen reduzierten Netto-Wiederbeschaffungskosten. Bereits der Begriff „Modern E- quivalent Assets“ verdeutliche, dass es zur Bewertung eines äquivalenten Netzes kommen müsse. Die Gesuchstellerin bemerkt, dass auf diesen Punkt bereits ein Gutachten von Prof. Klaus Spremann im Jahr 2002 hingewiesen habe und sich auch die EU der Problematik bewusst sei, weshalb sie emp- fehle, entsprechende Korrekturen vorzunehmen, was etwa die britische Regulierungsbehörde ge- macht habe. Im Weiteren teile auch der Preisüberwacher die von ihr vertretene Auffassung. In ihrer Schlussstellungnahme vom 9. Oktober 2009 verweist die Gesuchstellerin weiter auf einen Vorabent- scheid des EuGH vom 24. April 2007, welcher ihre Argumentation stütze. Abschliessend bringt sie vor, für eine Anpassung der Praxis in dem von ihr beschriebenen Sinne wäre weder eine Verordnungs- noch eine Gesetzesrevision erforderlich. Die Gesuchsgegnerin führt in ihrer Stellungnahme vom 9. Januar 2008 dazu aus, die LRIC-Methode sei vom Gesetz- und vom Verordnungsgeber 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 Infra- struktur zu investieren. Würde man den Kriterien von Art. 54 FDV nur insofern Rechnung tragen, als dies zu Preisnachlässen zugunsten der alternativen Fernmeldediensteanbieterinnen 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 Who- lesale-Kunden eine Verteuerung oder eine Verbilligung ergebe. Aus dem Konzept der bestreitbaren Märkte könne die Gesuchstellerin nichts zu ihren Gunsten ableiten. Der mit Blick auf das simulierte Marktergebnis bei wirksamem Wettbewerb wesentliche kostenorientierte Preis richte sich nicht nach den tatsächlichen historischen Kosten, sondern nach denjenigen einer effizienten Leistungserstellung unter Wettbewerbsbedingungen. Es sei von einer neuen Anbieterin auszugehen, die ihre Anlagen nach Wiederbeschaffungspreisen bewerte. Eine Berücksichtigung historischer Vorteile sei daher aus- geschlossen. Weiter bringt die Gesuchsgegnerin vor, sie mache nicht fiktive Kosten geltend, die kei- nen 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.

37/68

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 Wi- derspruch 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 rechtsanwende 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 Folgen- den 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 Gesuchstel- lerin, wonach das so genannte Forward Looking vergangenheitsbezogene Restriktionen und histo- risch bedingte Kosten ausschliessen solle, umgekehrt aber vergangenheitsbezogene Vorteile beacht- lich 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 Marktein- treter besitzt vor seinem Markteintritt keine Anlagegüter, die er zu einem früheren Zeitpunkt zu histori- schen 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 glei- chen 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 fiel deren Restnutzungsdauer deut- lich 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 Wiederbe- schaffungsrestwerten gleich sind wie diejenigen, die sich aus den Wiederbeschaffungsneuwerten er- geben. 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 eintreten- de Anbieterin keine abgeschriebenen Anlagen beschaffen kann. Abgesehen davon ist jedoch ent- scheidend, dass im vorgegebenen Modellrahmen zur Berechnung der Preise so genannt ökonomi- sche Abschreibungen herangezogen werden. Buchhalterische Betrachtungen, die in erster Linie auf die Optimierung der Steuerbelastung ausgerichtet sind, können keine Rolle spielen. Die von der

38/68

ComCom bereits in einem früheren Verfahren vorgenommene Auslegung der unbestimmten Rechts- begriffe aus Art. 45 aFDV (heute Art 54 FDV) wurde vom Bundesgericht in BGE 132 II 257 geschützt. Soweit die Gesuchstellerin vorbringt, eine gesetzeskonforme Anwendung von Art. 54 Abs. 2 Satz 2 FDV führe dazu, dass die von ihr propagierte Bewertungsmethode relevant sein müsse, ist dem Fol- gendes entgegenzuhalten: Einerseits wurde im vorangehenden Abschnitt gezeigt, dass es im Modell der bestreitbaren Märkte keine abgeschriebenen Anlagen gibt, respektive kein Markt für solche Anla- gen bestehen kann. Es widerspricht ökonomischer Logik, dass eine Unternehmung ihre Anlagen un- entgeltlich an eine Dritte abtreten würde, wenn sie damit noch wirtschaftlich tätig sein könnte, ohne Verluste zu machen. Andererseits spricht Art. 54 Abs. 2 Satz 3 klar von Wiederbeschaffungskosten hergeleitet über Modern Equivalent Assets. Damit werden die von der Gesuchstellerin genannten Konzepte „Net Realisable Value“ und „Economic Value“ praktisch ausgeschlossen, da die MEA- Methode eng mit den Nettowiederbeschaffungskosten verknüpft ist. Sie geht davon aus, dass beste- hende Anlagen durch moderne funktionsäquivalente 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 bestreitbaren Märkte durchaus sinnvoll. Gemäss Punkt 100 des Rahmens der International Financial Reporting Standards (IFRS Framework)<sup>3</sup> 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 Nettowiederbeschaffungskosten abzustellen. Wie zuvor dargelegt ist davon auszugehen, dass die Nettowiederbeschaffungskosten vorliegend gerade den Bruttowiederbeschaffungskosten entsprechen. Diesem Umstand hat die ComCom bei der Beurteilung der Nutzungsdauern der Anlagegüter auch Rechnung getragen.

#### **E. 3.2.4**

Beurteilung des Kostennachweises in materieller Hinsicht Nach Überprüfung des Kostennachweises in materieller Hinsicht hat die ComCom in einigen Bereichen Anpassungsbedarf ermittelt. Im nachfolgenden Kapitel wird aufgezeigt, wo sich die Gesuchsgegnerin bei der materiellen Erbringung des Kostennachweises nicht an die Vorgaben von Gesetz und Verordnung gehalten hat und die ComCom entsprechende Korrekturen an der Modellierung der Kosten vorzunehmen hat. Mit den nachfolgend aufgeführten Anpassungen im Kostennachweis der Gesuchsgegnerin wird das Modell der bestreitbaren Märkte unter Anwendung des Massstabs einer effizienten Anbieterin umgesetzt. 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 Modellspezifikation, respektive an den Modellinputparametern der Gesuchsgegnerin und dessen Hintergründe aufgezeigt. 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 bedenken, dass zur Überprüfung des Kostennachweises eine hypothetische effiziente Markteintreterin heranzuziehen und nicht das Unternehmen der Gesuchsgegnerin zu modellieren ist. Weil die Umsetzung des effizienten Verhaltens der Modellunternehmung bei der Überprüfung der Kostenorientiertheit

<sup>3</sup> Abrufbar unter

[http://www.ifrs-portal.com/Texte\\_deutsch/Framework/Framework\\_08.htm](http://www.ifrs-portal.com/Texte_deutsch/Framework/Framework_08.htm)

39/68

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 Annuitätenformel<sup>4</sup>, in welche die Höhe der Investitionen, der Preiszerfall, die Nutzungsdauer und der Kapitalkostensatz (Weighted Average Cost of Capital; WACC) einfließen. Die Höhe der Investitionen wiederum wird durch die verwendeten Preise und das Mengengerüst, welches bottom-up durch das Modell dimensioniert wird, bestimmt. Die Betriebskosten umfassen beispielsweise Kosten für Unterhalt, Serviceprozesse und Gemeinkosten (sog. Overhead). Alle relevanten Inputparameter an denen Anpassungen vorgenommen wurden, werden nachfolgend in eigenständigen Unterkapiteln abgehandelt. Die Anpassungen erfolgen in erster Linie zur Umsetzung der von Art. 54 Abs. 2 FDV geforderten Effizienz, zur Harmonisierung der Berechnung verschiedener Parameter und zur Berücksichtigung der veränderten Ausgangssituation. 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 erstellt) Aufzeichnungen, die geeignet seien, einer Behörde als Grundlage für ihren Entscheid 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 Klassie-

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

Nutzungsdauer steht.

40/68

Die ComCom hat die Verfügung über 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 Entscheidgrundlagen. 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, entscheidungsrelevant sind oder sein könnten; um den Umfang des Akteneinsichtsrechts zu bestimmen, kommt es auf die Bedeutung eines Aktenstücks für die verwaltungswesentliche 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). 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

41/68

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.

#### **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 errechnet 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 Gesuchsgegnerin nur auf oben genannten Bereich beziehen soll und die reinen Verbindungsstrecken nicht berücksichtigt werden sollen, da die Marktbeherrschung der Gesuchsgegnerin nicht nur diesen Bereich betrifft. Somit unterliegt die Gesuchsgegnerin der Verpflichtung, auch Kapazitäten im Verbindungsnetz 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 Leerkapazitäten, die anderen FDAs zur Mitbenutzung angeboten werden können. Weiter besteht eine Unstimmigkeit 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 Modell der Gesuchsgegnerin als Komponente und nicht als Kostenträger behandelt. Dadurch bleibt unberücksichtigt, dass auch das Produkt Kabelkanalisationen Investitionen in Grabarbeiten tragen muss.

42/68

Da die Gesuchsgegnerin ihre Kabelkanalisationen auch vermieten kann, kommt es auf den vermieteten Strecken zu einer ungerechtfertigten doppelten Abgeltung der Investitionen, weil diese Investitionen bereits auf die anderen regulierten Produkte verteilt worden sind. Es ist allerdings anzumerken, dass Kabelkanalisationen Kostenträger als auch Komponenten darstellen können. Fliesst die Kabelkanalisation 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 müssen unter Berücksichtigung der Dimensionierungsregeln Linientechnik im Kostenmodell der Gesuchsgegnerin zusätzliche Leerrohre verlegt sein, damit überhaupt Kapazitäten bestehen, um Kabelkanalisationen vermieten zu können. Aus diesem Grund sind im Umfang der erwarteten nachgefragten Kabelkanalisationsmeter 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 ver-

schiedenen 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 Annullierung 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 Gesuchstellerin bringt in ihrer Schlussstellungnahme vom 9. Oktober 2009 vor, die LRIC-Methode liefere nur dann einen sinnvollen Referenzpreis, wenn die Mengen im Bereich der langfristigen Nachfrage lägen und schlägt in diesem Sinne für die Menge an nachgefragten Kabelkanalisationen einen Wert von 20'000 km vor. Dabei verkennt sie jedoch, dass die LRIC-Methode die Preise für ein bestimmtes Jahr unter Berücksichtigung der Nachfrage in diesem Jahr berechnet. Das von ihr vorgeschlagene Vorgehen bedeutete zudem eine grundsätzliche Änderung der Methodik und müsste auch auf alle anderen regulierten Produkte angewendet werden. Folglich wäre nicht nur im Bereich der vorliegend interessierenden Kabelkanalisationen, sondern beispielsweise auch für die Teilnehmeranschlussleitung die langfristige Nachfrage aufgrund von Prognosen festzustellen. Bereits die mit einer langfristigen Prognose einhergehenden Unsicherheitsfaktoren lassen den von der Gesuchstellerin vorgeschlagenen Ansatz als unbrauchbar erscheinen. 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.

43/68

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 Cosmos 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  $\text{Trassemeter} * \text{Preis} * (1 - \text{Beilauf}) * (1 + \text{Honorarsatz})$  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 Gesuchsgegnerin 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 Kana-

44/68

lisation\_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-Kanalisationsarten keinen Beilauf enthalten). Über alle Kanalisationsarten summiert, ergeben sich somit die Zusatzinvestitionen für die

Leerrohre. Aus der Summe der Zusatzinvestitionen und der Investitionen des Mengengerüstes 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 Rohrmetern (inkl. Leerrohre) dividiert. Die Gesamtanzahl an Rohrmetern wird berechnet, indem die Trasslänge 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.

### **E. 4.3**

Anpassungen am Kostennachweis 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 Preise 2008 verwiesen.

45/68

#### **E. 4.3.1**

Anpassungen im Rahmen der Verfahren IC / TAL / KOL

ComCom 2008 WACC 6.22% Abschreibungsdauern Kabelkanalisationen und Schächte 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 und das Jahr 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 im Kostennachweis 2008 einen gewichteten Teuerungszuschlag ein (Werkleitungsbau 80%, Belagsbau 20%, wobei sich das Verhältnis mit abnehmender Kanalisationsgrösse verschiebt). Bei der Berechnung der durchschnittlichen Kosten pro 46/68

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 für das Jahr 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 aus erkannt und hat im Kostennachweis 2009 diese Methodik für die genauere Bestimmung des Delta-P für Kabelkanalisationen angewendet. Im Kostennachweis 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 Preisänderungsrate für 2008 für Kabelkanäle erhöht sich deshalb 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 zugewiesenem Delta-P zu multiplizieren und diese einzelnen Werte sind sodann zu addieren. Für das Jahr 2008 hat die Gesuchsgegnerin die Preise für Kabelkanalisationen ausserhalb von Cosmos in einer Excel-Tabelle hergeleitet. In dieser Excel-Tabelle ist der Wert 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 Jahren 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

47/68

verfügbaren 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 festzusetzen. Diese Anpassungen haben insofern Einfluss auf die vorliegend zu verfügbaren 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 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 Markteintreterin 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.

48/68

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. 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 Gesuchsgeg-

49/68

nerin 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-Anschlüssen 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 berücksichtigt 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 Prognosemethodik 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

50/68

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 erkennt 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 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 respektive 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 respektive vernachlässigbar. Die ComCom geht aber davon aus, dass die Gesuchsgegnerin in künftigen Preisberechnungen diesem Umstand Rechnung tragen wird.

51/68

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 Zuschlagssatzes 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, wie die Gesuchstellerin festhält, 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 gleichem Masse VVGK tragen und durch allfällig zu unterschiedlichen Zeitpunkten getroffene Regulierungsentscheide keine Ungleichbehandlung der Kostenträger entsteht. Ausserdem bleiben die VVGK pro Stück unabhängig von der nachgefragten Menge. Da die ComCom insbesondere diesen Tatsachen grossen Wert beimisst, überwiegen für die ComCom die Vorteile eines extern hergeleiteten Zuschlagssatzes für die VVGK gegenüber der bisherigen Methodik. Das von der Gesuchsgegnerin gewählte 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 unterschiedliche 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 anspruchsvoller 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 anzupassen. 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 relevanten 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 Zuschlagssatzes 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 nachvollziehbar 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.

52/68

Die Parteien äussern in ihren Schlussstellungen vom 9. Oktober 2009 zum VVGK-Zuschlag unterschiedliche Meinungen und kritisieren teilweise das vorgeschlagene Vorgehen der Instruktionsbehörde. Aus ihren Argumenten geht jedoch nichts hervor, was die ComCom veranlassen könnte, die vom BAKOM in der Orientierung an den Preisüberwacher vorgeschlagene Vorgehensweise zu überdenken. Insbesondere 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 Interkonnektionspreise 2004-2006 betreffenden Verfahren und in den Verfahren IC/TAL/KOL 2007-2008 auf

zehn respektive auf fünf Jahre festgesetzt. Zur Festlegung der Nutzungsdauer hatte die Instruktionsbehörde damals bei vierzehn nationalen Regulierungsbehörden eine Umfrage 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). 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 Ziff. 4.3.2.3 für den Kostennachweis 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.

53/68

#### **E. 4.5**

Serviceprozesse Kabelkanalisationen (2008, 2009) Das „Handbuch Preise“ enthält im Zusammenhang mit der Mitbenutzung von Kabelkanalisationen Service Prozesse, die nach Aufwand verrechnet werden. Entsprechend führt das Handbuch Stundensätze auf. Die Gesuchstellerin bestreitet sowohl diese Stundensätze wie auch die Preisstruktur der Service Prozesse. Bei Ersteren sind insbesondere 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 Die VVGK sind in den Kostennachweisen 2008 und 2009 bereits Bestandteil der OSS/BSS-Kosten. Die Gesuchsgegnerin schlägt bei der Berechnung der Stundensätze jedoch 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-Zuschlagsatz berücksichtigt wurden. Folglich muss dieser Stundensatz nach folgendem Prinzip berechnet werden, um eine doppelte 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.

54/68

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 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 KK\_OTC\_Vorleistung\_Machbarkeit, KK\_OTC\_Vorleistung\_Projektierung sowie 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 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 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 Zuschlagsatz 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. 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. 2008 OSS/BSS-Z. 2009 Swisscom 18% 18% BAKOM 15.9% 15.8%

55/68

Konkrete Anpassungen am Kostennachweis 2008: In Cosmos sind im Rahmen der Objektmodellanalyse bei den Inputobjekten die Anlageressourcen 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 verlangt in ihrem Gesuch vom 30. November 2007 eine Überprüfung der strittigen Preise auf Einhaltung der Kostenorientierung im Hinblick auf deren Höhe und Preisstruktur. In ihrer Schlussstellungnahme vom 9. Oktober 2009 äussert sie diesbezüglich die Forderung, es sei für die nach Aufwand verrechnete Projektierung eine Pauschale respektive Limitierung festzusetzen. Die Frage der Zulässigkeit einer Verrechnung nach Aufwand beschlägt die Frage der Preisstruktur und somit den Verfahrensgegenstand. 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.

##### **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, Informatio-

56/68

nen 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 Alternativvorschlag, 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 verpflichtet, 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 Schlussstellungnahme ausführte, dass die Informationen zwar dezentral vorliegen würden, sie aber nur mit grossem Aufwand zusammengetragen und in digitaler und georeferenzierter Weise bereitgestellt werden könnten. 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 ebenfalls 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 hypothetische Anbieterin von Beginn weg ein entsprechendes Inventar aufbauen würde, kann davon ausgegangen 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 Inventarisierungssystem 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 Berücksichtigung der zwei redundanten Systeme (PTA und Map-LN) auch aufgrund der oben erwähnten Problematik die Kosten des deutlich teureren System PTA im Kostennachweis belässt und das kostengünstigere System Map-LN streicht. Somit sind genügend Investitionen in OSS/BSS im Kostennachweis enthalten, damit ein entsprechendes Inventar durch eine hypothetische Anbieterin aufgebaut werden 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 Fernmeldediensteanbieterin im Rahmen der Projektierung die notwendigen Abklärungen und erstellt die Unterlagen, 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 äussert in ihrer Schlussstellungnahme vom 9. Oktober 2009 Bedenken darüber, dass die Gesuchsgegnerin bei regulierten Produkten immer mehr Dienstleistungen nach Aufwand verrechnet würden. Dadurch könne die Preisregulierung zumindest teilweise ausgehebelt werden. Sie

57/68

fordert deshalb auch für die Projektierung im Bereich der Kabelkanalisationen eine Pauschalisierung respektive Limitierung der Preise. 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 einen Höchstpreis festzusetzen. Immerhin erstellt die Gesuchsgegnerin nach erfolgter Machbarkeitsabklärung einen Kostenvoranschlag für die Projektierung und die nachfragende Fernmeldediensteanbieterin 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 Fernmeldediensteanbieterin 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 Fernmeldediensteanbieterinnen deshalb nicht in Rechnung gestellt werden.  
4.5.2.4.2 **Wechsel von Objektverträgen** Bei der Übertragung des Eigentums eines in der Kanalisation der Gesuchsgegnerin liegenden Kabels zwischen zwei Fernmeldediensteanbieterinnen 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 darstellen, sondern dass die Betriebskosten aus einem 10%-igen Kostenaufschlag resultieren. Die Herlei-

tung 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 respektive 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 Begründung und/oder eine Verifizierung vor Ort anfordern. Die anfallenden Kosten werden gemäss Gesuchsgegnerin nach Aufwand in Rechnung gestellt. 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.

5 Preisfestsetzung Der unter vorangehender Ziff. 4 beschriebene Anpassungsbedarf an den Kostennachweisen der Ge- suchsgegnerin 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 be- rücksichtigt hat.

Einmalige Preise in CHF (Stundensätze für Service Prozesse)

Einheit Preis/Einheit [CHF]

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

Einheit Preis/Einheit [CHF]

2008 2009 Machbarkeitsabklärung inkl. Kostenvoranschlag Projektierungsauftrag h 151.7  
152.7 Projektierung inkl. Kabelverlegungsplan plus Objektvertrag h 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

60/68

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

6 Weitere Anträge In ihrem Gesuch vom 30. November 2007 beantragt die Gesuchstellerin, die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, ein effizientes und kostengünstiges Online-System anzubieten, aus dem neben dem Ka- nalisationsverlauf und den Standorten der Schächte insbesondere auch die genutzten und die noch verfügbaren Kapazitäten der Kabelkanalisationen abgelesen werden können. Zur Begründung dieses Antrags verweist die Gesuchstellerin auf Art. 53 Abs. 3 FDV, nach welchem die marktbeherrschende Anbieterin die für die einzelnen Zugangsformen und deren Kollokation notwendigen Informationen den anderen Anbieterinnen online aktualisiert zur Verfügung zu stellen habe. Weiter führt sie Art. 63 Abs. 2 FDV an, welcher speziell für die Kabelkanalisationen bestimme, dass das Online-System der markt- beherrschenden Anbieterin den anderen Anbieterinnen insbesondere Informationen über den Verlauf der Kabelkanalisationen, welche bestimmte geografische Punkte verbinden, und soweit bekannt, über die genutzten und die noch verfügbaren Kapazitäten sowie über die Standorte der Zugangsschächte zu bieten habe. Die Gesuchstellerin ist der Meinung, dass das von der Gesuchsgegnerin unter Ziffer

## **E. 5**

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

### **E. 5.2**

der Vertragsurkunde angebotene Tool „Maponline“ die Grundanforderungen von Art. 63 Abs. 2 FDV nicht erfülle, weil es insbesondere keinerlei Angaben zu den in den ausgewiesenen Kabelkanali- sationen jeweils vorhandenen Kapazitäten enthalte. Solange

alternative Anbieterinnen keinen Zugriff auf die massgeblichen Daten des Kabelkanalisationsnetzes der Gesuchsgegnerin hätten, sei ihnen eine Planung ihrer Kollokationsanbindung via Kabelkanalisation schlicht unmöglich. Daraus folge, dass das Angebot eines die erforderlichen Informationen zur Verfügung stellenden Online-

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

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

61/68

Informationssystems massgebliche Voraussetzung dafür sei, dass der vom Gesetzgeber vorgesehene Zugangsdienst effektiv auch genutzt werden könne. Es sei wenig glaubhaft, wenn die Gesuchsgegnerin ihre ablehnende Haltung damit begründe, es sei ihr nicht bekannt, welche Kapazitäten in den Kabelkanalisationen jeweils noch vorhanden seien. Auch das Argument, die vorhandenen Daten in ein Online-Tool einzubringen sei derart arbeitsintensiv, dass sich die Verpflichtung unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit nicht rechtfertigen lasse und zu einer massiven Verteuerung führe, überzeuge nicht. Gestützt auf standardisierte GIS-Formate würden weltweit entsprechende Daten zwischen verschiedenen Systemen transferiert. Es sei somit ohne weiteres möglich, die Kabelkanalisationen der Gesuchsgegnerin aus dem GIS von ihr in dasjenige der Gesuchstellerin zu übertragen. Die Gesuchsgegnerin hält dem in ihrer Gesuchsantwort vom 9. Januar 2008 entgegen, sie offeriere im Rahmen ihres Basisangebots sämtlichen Fernmeldediensteanbieterinnen diskriminierungsfrei Zugang zur Online-Applikation „Maponline“, einem Informations- und Abfragetool zu ihrer bestehenden Festnetzinfrastruktur. Auch die Gesuchstellerin habe demnach die Möglichkeit, zwecks Vorabklärung und Evaluation möglicher Kabelkanalisationsstrecken leitungsrelevante Informationen und raumrelevante Daten über bestehende Kabelkanalisationen (Verlauf; Standort der Zugangsschächte) online abzurufen. Ihr stünden damit in transparenter Weise die für die Kabelkanalisationen notwendigen Basisinformationen und Plangrundlagen zur Verfügung. Maponline erfülle die Anforderungen von Art. 63 Abs. 2 Bst. a und c FDV. Strittig könnten im Rahmen des vorliegenden Zugangsverfahrens entsprechend nur Informationen zu den genutzten und verfügbaren Kapazitäten sein (Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV). Die Gesuchsgegnerin führt aus, sie sei von Gesetzes wegen nur verpflichtet, Informationen über Kapazitäten zur Verfügung zu stellen, die ihr auch bekannt seien. Das System „Maponline“ basiere auf raumrelevanten Daten, welche gleichzeitig die gesetzliche Verpflichtung der Gesuchsgegnerin zur Führung eines betrieblichen (Werk-)Leitungskatasters erfülle. Im Wesentlichen zeige das System die Trasseführung sowie die Standorte der Einstiegsschächte. Die Belegung der Kabelkanalisationen und

damit Informationen über genutzte und verfügbare Kapazitäten ergäben sich hingegen nicht aus „Maponline“ sondern aus so genannten Schemaplänen. Diese seien nicht georeferenziert, hätten also keine automatische Verknüpfung zu räumlich relevanten und aus „Maponline“ ersichtlichen Kabelkanalisationsstrecken. Zudem liessen sich auch den Schemaplänen nicht immer alle erforderlichen Informationen entnehmen; teilweise sei eine Begehung vor Ort erforderlich. Einem Online-Zugriff auf belegungsrelevante Informationen stünden im Weiteren berechnete Geheimhaltungsinteressen entgegen. Diesbezüglich wäre eine Filterung der Information aufgrund der Datenmenge nicht möglich und ein integraler Zugriff auf die Schemapläne würde eine weitgehende Einsicht in die Netzarchitektur, die Planung sowie die strategische Ausrichtung des „Fibre to the Home“-Netzausbaus ermöglichen. Die Gesuchsgegnerin erklärt, aus diesen Gründen habe sie ihr Basisangebot so ausgestaltet, dass die Ermittlung verfügbarer Kapazitäten im Rahmen von Machbarkeitsabklärungen durch die Gesuchsgegnerin im Einzelfall vorgenommen werde. Im Ergebnis könne festgehalten werden, dass kein gesetzlicher Anspruch auf einen einfachen Zugang zu den für ihre Planung und Strategie massgeblichen Informationen und auch keine vom Gesetzgeber statuierte Pflicht für die Bereitstellung eines Online-Zugangssystems bestehe. Eine mögliche Anspruchsgrundlage fände sich lediglich auf Verordnungsebene. Das offerierte Basisangebot erfülle die Vorgaben von Art. 63 FDV an ein Online-Informationssystem und für eine Erweiterung von „Maponline“ mit Angaben zu genutzten und verfügbaren Kapazitäten bestünde keine ausreichende gesetzliche Grundlage. Der Vorwurf, sie verweigere Informationen, weist die Gesuchsgegnerin als unhaltbar zurück. Sie führt aus, die Informationen zum Verlauf der Kabelkanalisationen und zu den Standorten der Zugangsschächte seien online verfügbar und die Informationen zur Rohrbelegung würden der Gesuchstellerin im Rahmen der Machbarkeitsabklärung erteilt. Diese stelle eine valable, angemessene, wirtschaftlich und sachlich gerechtfertigte Möglichkeit zur Beschaffung von Informationen über bestehende Kapazitäten in den Kabelkanalisationen dar.

62/68

Zwischen den Parteien ist strittig, ob die Gesuchsgegnerin mit dem von ihr zur Verfügung gestellten Online-Informationssystem „Maponline“ die gesetzlichen Vorgaben erfüllt. Die massgebende Bestimmung von Art. 63 Abs. 2 FDV lautet folgendermassen: Das Online-System der marktbeherrschenden Anbieterin bietet der anderen Anbieterin insbesondere folgende Informationen: a. den Verlauf der Kabelkanalisationen, die bestimmte geografische Punkte verbinden; b. soweit bekannt, die genutzten und die noch verfügbaren Kapazitäten; c. die Standorte der Zugangsschächte.

Die Gesuchstellerin beantragt, die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, ein effizientes und kostengünstiges Online-System zu führen, aus dem insbesondere auch die genutzten und die noch verfügbaren Kapazitäten der Kabelkanalisationen abgelesen werden können. Aus der Begründung dieses Antrags ergibt sich sodann, dass die Gesuchstellerin Bst. b von Art. 63 Abs. 2 FDV als verletzt sieht. Dass aus dem von der Gesuchsgegnerin zur Verfügung gestellten Online-Tool der Verlauf der Kabelkanalisationen (Art. 63 Abs. 2 Bst. a FDV) und die Standorte von Schächten (Art. 63 Abs. 2 Bst. c FDV) nicht ersichtlich seien, macht die Gesuchstellerin zu Recht nicht geltend. Im vorliegenden Verfahren geht es folglich nur um die Frage des Bereitstellens von Informationen über die genutzten respektive freien Kapazitäten. Die grundsätzliche Anwendbarkeit von Art. 63 Abs. 2 FDV wird auch von der Gesuchsgegnerin nicht in Zweifel gezogen. Diese ist jedoch aus verschiedenen Gründen der

Auffassung, Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV sei für sie nicht verpflichtend. Dabei stellt sie nicht in Abrede, dass sie über die fraglichen Informationen verfügt respektive diese erhältlich machen kann. Sie behauptet jedoch, die Daten seien weder über „Maponline“ noch über ein anderes Online-System verfügbar und die Kosten für die Einführung eines Online-Systems seien unverhältnismässig hoch. Zum Informationssystem „Maponline“ ist vorab festzuhalten, dass dieses nicht aufgrund der Zugangsgewährung gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. f FMG und somit gestützt auf Art. 54 oder 63 FDV eingeführt wurde. Das System besteht schon länger und es ist auch nicht in erster Linie darauf ausgerichtet, dass alternative Anbieterinnen Zugang zu den Kabelkanalisationen der Gesuchsgegnerin nachfragen. Das Web-Interface steht vielmehr allen interessierten Kreisen, wozu auch Privatpersonen gehören, offen. Wäre das System für die vorliegend interessierenden Zwecke ausreichend, so wäre Art. 63 FDV obsolet respektive sein Wortlaut hätte sich mit einem Verweis auf das bestehende Online-System begnügen können. Es ist deshalb offensichtlich, dass sich Art. 63 Abs. 2 FDV nicht auf das bestehende Informationssystem der Gesuchsgegnerin bezieht und insofern spielt es auch keine Rolle, ob dieses die von der Verordnung vorgesehenen Informationen enthält oder nicht. Der Wortlaut von Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV ist klar und nicht weiter auslegungsbedürftig. Die Gesuchsgegnerin ist als marktbeherrschende Anbieterin verpflichtet, die Informationen über die Kapazitäten in ihren Kabelkanalisationen online zugänglich zu machen, soweit diese bekannt sind. Die Gesuchsgegnerin bestreitet nicht, dass ihr die Informationen nicht bekannt seien. Sie bringt aber vor, diese seien dezentral verteilt und es würde ihr ein unverhältnismässiger Aufwand entstehen, wenn sie diese, wie von Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV gefordert, zentral auf einer Online-Plattform zur Verfügung stellen müsste. Aus diesem Grund will sie die Informationen über bestehende Kapazitäten lediglich im Rahmen der für den Einzelfall vorgesehenen Machbarkeitsabklärung zur Verfügung stellen. Sie ist der Meinung, dieses Vorgehen stelle eine valable, angemessene, wirtschaftlich und sachlich gerechtfertigte Möglichkeit zur Beschaffung von Informationen über bestehende Kapazitäten in den Kabelkanalisationen dar. Dem ist entgegenzuhalten, dass es der Gesuchsgegnerin als marktbeherrschender und angebotspflichtiger Anbieterin grundsätzlich verwehrt ist, Verordnungsbestimmungen als nicht an-

63/68

wendbar zu erklären respektive entgegen dem klaren Wortlaut einer Norm den nachfragenden FDA eine andere Vorgehensweise vertraglich aufzuzwingen zu versuchen. Der Umstand, dass die Gesuchstellerin die fragliche Klausel der ComCom zur Beurteilung unterbreitet hat, zeigt gerade, dass nicht alle Beteiligten den durch die Gesuchsgegnerin vertraglich festgesetzten Weg als „valable, angemessene, wirtschaftlich und sachlich gerechtfertigte Möglichkeit zur Beschaffung von Informationen über bestehende Kapazitäten in den Kabelkanalisationen“ betrachten. Ob die verpflichtete Anbieterin die vom Ordnungsgeber gewählte Vorgehensweise als gelungen betrachtet oder nicht, kann nicht relevant sein. Schliesslich ist auch die Regulierungsbehörde an die gesetzlichen Bestimmungen gebunden und sie kann deren Anwendung nur versagen, wenn sie feststellt, dass diese rechtswidrig sind. Wie nachfolgende Ausführungen zeigen, ist dies aber nicht der Fall. Die Gesuchsgegnerin macht geltend, es fehle an einer genügenden gesetzlichen Grundlage für eine Erweiterung von „Maponline“ mit Angaben zu genutzten und verfügbaren Kapazitäten, da es sich bei Art. 63 FDV lediglich um eine Verordnungsbestimmung handle. Wie bereits ausgeführt, besteht zwischen der in Art. 63

FDV festgehaltenen Verpflichtung, ein Online-Informationssystem zu führen und dem bestehenden System „Maponline“ kein direkter Zusammenhang. Es kann deshalb auch nicht davon gesprochen werden, Art. 63 FDV verlange eine unzulässige Erweiterung von „Maponline“. Die Frage, die sich stellt, ist mithin jene, ob die Gesuchsgegnerin gestützt auf eine Verordnungsbestimmung verpflichtet werden kann, in einem Online-System über bestehende Kapazitäten zu informieren respektive zumindest den nachfragenden Anbieterinnen online diejenigen Informationen zugänglich zu machen, die der Gesuchsgegnerin selber zur Verfügung stehen. Es ist nicht ersichtlich, warum dem nicht so sein sollte. Wenn notwendig, muss die Gesuchsgegnerin auch das am Instruktionstreffen vom 8. Juli 2009 genannte Excel-Tool, welches in Abstimmung mit den im Handbuch Technik aufgeführten Reservevorschriften die theoretisch verfügbare Kapazität in Kabelkanalisationen bestimmt, zur Verfügung stellen. Praktisch bedeutet dies, dass die nachfragenden Anbieterinnen mindestens befähigt werden sollen, mit den ihr zugänglich gemachten Informationen Machbarkeitsabklärungen selbst durchzuführen. Sofern die Gesuchsgegnerin das Fehlen einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage moniert, scheint sie grundrechtliche Ansprüche geltend zu machen, da sich die Frage der Normstufe in diesem Bereich stellt. Unabhängig davon, ob die Gesuchsgegnerin im Bereich der Zugangsgewährung überhaupt Trägerin von Grundrechten sein kann (vgl. BGE 132 II 13 E. 6.4.1; PHILIPP HÄSLER, Geltung der Grundrechte für öffentliche Unternehmen, Diss., Bern 2005, S. 169; MATTHIAS AMGWERT, Netzzugang in der Telekommunikation, Diss., Zürich 2008, S. 222) ist vorliegend festzuhalten, dass die FDV ohnehin eine genügende gesetzliche Grundlage bilden würde für die Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit, die der Gesuchsgegnerin gestützt auf die Bestimmungen von Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV erwachsen würden. Die Verfassung verlangt nur für schwerwiegende Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit eine formell-gesetzliche Grundlage. Leichtere Eingriffe sind bereits durch die Normstufe der Verordnung gedeckt (vgl. REGINA KIENER/WALTER KÄLIN, Grundrechte, Bern 2007, S. 89). Als schwerwiegenden Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit hat das Bundesgericht etwa das Verbot einer Erwerbs- oder Geschäftstätigkeit respektive die Einführung einer entsprechenden Bewilligungspflicht (BGE 125 I 335 E. 2b) bezeichnet. Die Verpflichtung, die der Gesuchsgegnerin durch die Bestimmung von Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV auferlegt wird, kann demgegenüber schon deshalb als leichter Eingriff qualifiziert werden, weil die Gesuchsgegnerin kostenorientierte Preise für den Zugang zu ihrer Infrastruktur und ihren Diensten verlangen kann. Die zusätzlichen Kosten für ein Online-Informationssystem können ebenso wie alle anderen Kosten in die verlangten Preise eingerechnet werden. Dabei gilt es jedoch zu betonen, dass nur die zusätzlichen Kosten für die Realisierung des Online-Tools den nachfragenden Anbieterinnen im Rahmen von Kapazitätsabfragen weiter verrechnet werden können, nicht aber diejenigen Kosten für Systeme, die die Gesuchsgegnerin ohnehin für ihre eigenen Zwecke braucht respektive die bereits in die Kosten anderer regulierter Produkte einfließen. Zudem ist einmal mehr darauf hinzuweisen, dass die Gesuchsgegnerin als marktbeherrschende Anbieterin in Art. 11 Abs. 1 FMG formell-gesetzlich

64/68

verpflichtet ist, den nachfragenden FDA diskriminierungsfrei Zugang zu gewähren. Das bedeutet nicht nur, dass sie diesen allen zu denselben Bedingungen anbieten muss, sondern auch, dass sie sie gleich zu behandeln hat, wie sie sich oder ihre Tochtergesellschaften behandelt. Hinsichtlich das Zur-Verfügung-stellen von Informationen bedeutet dies, dass

die Gesuchsgegnerin im regulierten Bereich dafür zu sorgen hat, dass ihre Konkurrentinnen über die gleichen Informationen und über den Zugang zu denselben Systemen verfügen, wie sie es selbst tut. Insofern ist die Gesuchsgegnerin auch aufgrund einer formellen gesetzlichen Verpflichtung gehalten, der Gesuchstellerin alle vorhandenen Daten online anzubieten, wenn sie selber die Möglichkeit hat, diese elektronisch abzurufen. Anlässlich des Instruktionstreffens vom 8. Juli 2009 führte die Gesuchsgegnerin vor, wie sie anhand ihrer Schemapläne die Kapazitäten der Kabelkanalisationen überprüft. Die Belegungspläne werden bei der Gesuchsgegnerin von einem System namens „Map-LN“ verwaltet, welches auch die topographischen Pläne beinhaltet. Auf letztere kann – wie bereits ausgeführt – mittels des Web-Interface „Maponline“ öffentlich zugegriffen werden. Es ergab sich, dass die Schemapläne lediglich die Kapazitäten in den einzelnen Kabelkanalisationen und die Kanaltypen aufzeigen jedoch weder die Art der Leitungen noch die Eigentums- oder Besitzverhältnisse in ihnen abgebildet sind. Die Vorbringen der Gesuchsgegnerin hinsichtlich allfälliger Geheimhaltungsinteressen sind vor diesem Hintergrund nicht zu hören. Die Gesuchsgegnerin gab des Weiteren zu Protokoll, dass sie ein neues System (PTA) in Auftrag gegeben habe, welches „Map-LN“ ablösen und die Verfügbarkeit von Informationen zu ihrer Infrastruktur verbessern werde. In diesem werden sowohl die topographischen wie auch die Belegungspläne integriert sein. PTA werde gebietsweise aufgebaut. Neue Kabelkanalisationen würden in PTA abgebildet, wenn sie sich in einem Gebiet befänden, welches bereits von PTA abgedeckt sei. Die Gesuchsgegnerin rechnet damit, dass das neue System Mitte 2010 fertig gestellt sein wird. Es kann somit davon ausgegangen werden, dass die Gesuchsgegnerin im nächsten Jahr über ein neues Informationssystem bezüglich ihrer Kabelkanalisationen verfügen wird, aus welchem die von Art. 63 Abs. 2 FDV geforderten Informationen weitgehend hervorgehen. Dieses System dient der Gesuchsgegnerin zur Gewinnung der Informationen über freie Kapazitäten in den Kabelkanalisationen und es ist nicht ersichtlich, warum die Gesuchsgegnerin dieses Systems im Rahmen eines gesetzlich statuierten diskriminierungsfreien Netzzugangs den nachfragenden alternativen Fernmeldediensteanbieterinnen nicht zur Verfügung stellen müsste. Dieses System kann den Konkurrentinnen der Gesuchsgegnerin zur Abfrage vorhandener Kapazitäten dienen respektive sie dazu befähigen, selbst Machbarkeitabklärungen durchzuführen. Somit wird die Machbarkeitsabklärung durch die Gesuchsgegnerin obsolet. Mit dem Wegfall der Machbarkeitsabklärung durch die Gesuchsgegnerin ist sodann verbunden, dass die Gesuchsgegnerin nicht mehr bereits in einem sehr frühen Stadium Kenntnisse über die geplanten Projekte ihrer Konkurrenz haben wird, was deren Stellung im Wettbewerb ohne Zweifel verbessern wird. Da die Gesuchsgegnerin mit PTA ein neues Informationssystem aufbaut, welches sie auch den anderen Anbieterinnen online zur Verfügung zu stellen hat, erscheint es der ComCom angemessen, die Verpflichtung zur Öffnung des neuen Systems für die alternativen Anbieterinnen und damit den Wegfall der so genannten Machbarkeitsabklärung durch die Gesuchsgegnerin per 1. Januar 2011 zu verfügen. Bis zu diesem Zeitpunkt ist es der Gesuchsgegnerin somit erlaubt, die Kapazitäten in ihren Kabelkanalisationen weiterhin anhand von Machbarkeitsabklärungen hinsichtlich einzelner Projekte abzuklären. Für deren geltend zu machenden Kosten gelten die Ausführungen unter Ziff. 4.5.2.2.

65/68

III Kosten [...]

66/68

Aus diesen Gründen wird verfügt:

1. Auf das Gesuchsbegehren 1 wird nicht eingetreten, sofern mit diesem die Festlegung von Preisen für das Jahr 2007 beantragt wird.
2. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, die nachfolgenden Dienstleistungen im Zusammenhang mit Kabelkanalisationen für die Jahre 2008 und 2009 zu den folgenden Preisen anzubieten re- spektive 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]

2008 2009 Monatlicher Preis für die Mitbenutzung von Kabelkanalisationen 1 Meter 0.206  
\_\*

Einheit Preis/Einheit [CHF]

2008 2009 Machbarkeitsabklärung inkl. Kostenvoranschlag Projektierungsauftrag h 151.7  
152.7 Projektierung inkl. Kabelverlegungsplan plus Objektvertrag h 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

67/68

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

3. 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.
4. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, alternativen Anbieterinnen im Rahmen des Bezugs von Kabelkanalisationen ab dem 1. Januar 2011 uneingeschränkten Zugang zu den gleichen Informa- tionen und denselben Systemen bezüglich Belegung von Kabelkanalisationen zu gewähren, die ihr selber auch zur Verfügung stehen.
5. [...]
6. 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 Gesuchsgegnerin entsprechend verhalten hat, kann die Gesuchsgegnerin die angefallenen Kosten für die Verifizierung vor Ort nicht geltend machen.

Einheit Verrechnung

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

68/68

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. 6**

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

#### **E. 10**

Jahre Beilauf 25% Skaleneffekt auf Werkleitungs- und Belagbau 10% Regieanteilzuschlag 0% Ingenieurhonorarzuschlag 5% Verwaltungs- und Gemeinkostenzuschlag 6.0% Delta-P für Kupfer 33.54% Durchschnittliche Preisänderungsrate für Tiefbauleistungen (Schächte, Installation und Zuschlag für Unabwägbarkeiten) 2.5% Kupferpreis pro Tonne 7'857.56 Lawful Interception 0 CHF Umbau- und Abbruch-Dienstleistungskosten 0 CHF Projektkosten 0 CHF Schächte Einstiegschächte durch Klein- einstiegsschächte ersetzen Profil für Kanalisationen in der Wiese

Beton durch Sand ersetzen Tabelle 2: Anpassungen in den Verfügungen IC / TAL / KOL 2008

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