

COMCOM interkonnektion-ic-zugang-zur-teilnehmeranschlussleitung-tal-kollokation-kol-kab-2016-12-16-b25fd9 vom 16. Dezember 2016

ComCom, 2016-12-16, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/comcom_interkonnektion-ic-zugang-zur-teilnehmeranschlussleitung-tal-kollokation-kol-kab-2016-12-16-b25fd9

FR: COMCOM interkonnektion-ic-zugang-zur-teilnehmeranschlussleitung-tal-kollokation-kol-kab-2016-12-16-b25fd9 du 16 décembre 2016

IT: COMCOM interkonnektion-ic-zugang-zur-teilnehmeranschlussleitung-tal-kollokation-kol-kab-2016-12-16-b25fd9 del 16 dicembre 2016

Erwägungen

E. 1

Verfahrensvoraussetzungen 4

E. 1.00

0.47 0.50

Swisscom Fix Zugang zu FDA INA*-, +800 Mehrwertdiensten (*INA Mehrwertnummern: 0800, 084x, 0878, 090x, 18xy) 2012

E. 1.1

Allgemein Als Verwaltungsverfahren vor einer Bundesbehörde sind die Zugangsverfahren nach Art. 11a des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (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. 1.02

47.80 0.51

37/41 Nutzungsabhängige Interkonnektionspreise Regional [in Rp.] Dienst Jahr

Peak OffPeak

Setup Dura- tion Setup Dura- tion

Swisscom Fix Terminierung 2012 0.77 0.81 0.39 0.41

Swisscom Notruf Terminierung 2012 0.59 9.02

Swisscom Terminierung zu 1145 2012 0.59 191.41

Swisscom Fix Zugang zu ausgewählte FDA 2012 0.80 0.82 0.40 0.41

Swisscom Fix Zugang zu FDA 058 Mehr- wertdiensten 2012 0.80 0.82 0.40 0.41

Swisscom Fix Zugang zu FDA 0869 Mehr- wertdiensten 2012 0.77 0.81 0.39 0.41

Swisscom Fix Zugang zu FDA INA*-, +800 Mehrwertdiensten (*INA Mehrwertnummern: 0800, 084x, 0878, 090x, 18xy) 2012 2.81 0.82 1.41 0.41

Swisscom Publifon® zu FDA 0800 Mehrwertdiensten (exkl. Mehrwertabwicklung),
Option B 2012 49.11 0.82 47.71 0.41

38/41 Nutzungsabhängige Interkonnectionspreise Transit [in Rp.] Dienst Jahr

Peak OffPeak

Setup Duration Setup Duration

Swisscom Transitzugang von FDA Fix für ausgewählte FDA, Transit 2012 0.39 0.28 0.19
0.14

Swisscom Transitzugang von FDA Fix zu FDA 0800- und +800 Mehrwertdiensten, Transit
2012 0.39 0.28 0.19 0.14

Swisscom Transitzugang von FDA Fix zu FDA 0869 Mehrwertdiensten, Transit 2012 0.39
0.28 0.19 0.14

Swisscom Transitzugang von FDA zu FDA 090x-, 084x-, 0878- und 18xy- Mehr-
wertdiensten, Transit 2012 0.39 0.28 0.19 0.14

Swisscom Transitzugang von Orange Communications für ausgewählte FDA / zu FDA
0800-, +800- und 0869 Mehrwert- diensten, Transit 2012 0.39 0.28 0.19 0.14

Swisscom Transitzugang von Swisscom Mobile für ausgewählte FDA / zu FDA 0800-,
+800- und 0869- Mehrwertdiens- ten, Transit 2012 0.39 0.28 0.19 0.14

Swisscom Transitzugang von Internatio- nal ankommend zu FDA 0800-, +800- und 0869
Mehrwertdiensten, Transit 2012 0.39 0.28 0.19 0.14

Swisscom Transitzugang von Lycamo- bile für ausgewählte FDA / zu FDA 0800-, +800-
und 0869 Mehrwertdiensten, Tran- sit 2012 0.39 0.28 0.19 0.14

39/41 Nutzungsunabhängige Interkonnectionspreise [in CHF] Dienst 2012

2.1.1 Netzverbindungen (inkl. Signalisierungsverbindungen) Gebäudeinterne
Netzverbindung Implementierung Netzverbindung-E1 (2'048 Kbit/s) Implementierung

2.1.3 Implementierung von Nummernbereichen Nummernbereich Implementierung
1620.00 Zusätzlicher Nummernbereich Implementierung 232.80 Nummernbereiche ganze
Schweiz Implementierung 5237.00

2.1.5 Implementierung von FDA Kennungen Carrier Selection Code (CSC)
Implementierung 2044.00

2.2.1 Nummernportierung Portierung einer Mehrwertnummer ausserhalb der Bürozeit
31.40 Portierung einer Mehrwertnummer innerhalb der Bürozeit 25.30 Portierung eines
Durchwahlnummernbereiches (DDI) ausserhalb der Bürozeit 353.20 Portierung eines
Durchwahlnummernbereiches (DDI) innerhalb der Bürozeit 282.70 Portierung von
Einzelnummer(n) ausserhalb der Bürozeit 13.90 Portierung von Einzelnummer(n) innerhalb
der Bürozeit 11.20 Portierung von Einzelnummern für ONP-oA 43.30

2.3.2 Carrier Preselection CPS CPS Aktivierung 12.20 CPS Modifikation 13.90

2.3.4 Zusatzdienste CPS und VTA Liste Aktiver Endkunden, je Liste bei > 30'000
Teilnehmeranschlüssen 328.30 Anschlusskündigungsreport, je Monat; monatliche
Zustellung 71.60 Deaktivierungsreport, je Monat; monatliche, wöchentliche, tägliche
Zustellung 71.60

2.3.5 Zusatzdienste nur CPS Liste der Anschlussübernahmen, je Monat; monatliche, wöchentliche, tägliche Zustellung 71.60

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 dessen Bedingungen. Streitigkeiten aus Vereinbarungen und Verfügungen über den Zugang werden hingegen durch die Zivilgerichte beurteilt (Art. 11b FMG).

5/41 Vorliegend sind sich die Parteien in ihren Vertragsverhandlungen über verschiedene Preise nicht einig geworden. 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, sodass die ComCom für die Behandlung des Gesuchs vom 5. März 2012 zuständig ist.

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, 2004, S. 52). Mit Gesuch vom 5. März 2012 verlangte die Gesuchstellerin die Überprüfung und Festsetzung der strittigen Preise aus den damals gültigen Preishandbüchern bezüglich der Preise für das Jahr 2012. Es entspricht der konstanten Praxis der ComCom, als Verfahrensgegenstand die Zugangsbedingungen für die gesamte Dauer des Verfahrens bis zum Entscheiddatum zu betrachten. Mit Verfügung vom 18. Dezember 2013 entschied die ComCom folglich über die Preise 2012 und 2013. Mit Urteil vom 18. Januar 2016 hiess das Bundesverwaltungsgericht die dagegen erhobene Beschwerde der Gesuchstellerin im Sinne der Erwägungen teilweise gut und wies sie im Übrigen ab. Die Angelegenheit hat es im Sinne der Erwägungen zur Neu Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen. Weil das BAKOM am 25. Februar 2016 die formelle Trennung der Verfahren für die Jahre 2012 und 2013 verfügt hat, bilden vorliegend einzig die bestrittenen Preise 2012 Gegenstand des Verfahrens. Die Preisfestsetzung 2013 wird im Verfahren 1000368099 beurteilt. Die Überprüfung der Preise 2012 durch die ComCom beschränkt sich auf diejenigen Aspekte, bei denen das Gericht in teilweiser Gutheissung der Beschwerde eine Neu Beurteilung verfügt hat. Konkret werden folgende Punkte neu beurteilt: Grenzbetrag pro Teilnehmeranschlussleitung (Urteil des BVGer vom 18. Januar 2016, E. 13), Dimensionierung des Netzes (Urteil des BVGer vom 18. Januar 2016, E. 14) sowie Netzstrukturanpassungen (Urteil des BVGer vom 18. Januar 2016, E. 16).

6/41

E. 1.4

Rechtsschutzinteresse Der Anspruch auf Erlass einer Verfügung setzt ein schutzwürdiges Interesse voraus. Dies gilt nicht nur für den in Art. 25 VwVG explizit erwähnten Fall der Feststellungsverfügung, sondern analog auch für Gestaltungs- und Leistungsverfügungen (vgl. BGE 120 Ib 351 E. 3a 5. 355, PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. Bern 2014, § 30 Rz. 29). Das schutzwürdige Interesse muss nicht zwingend ein rechtliches sein; auch ein bloss tatsächliches kann genügen. Das geforderte Interesse muss aber grundsätzlich aktueller und praktischer Natur sein. Dieses Erfordernis soll sicherstellen, dass das Gericht konkrete und nicht bloss theoretische Fragen entscheidet, und es dient damit der Prozessökonomie (vgl. BGE 114 Ia 131). Die Gesuchstellerin hat nur insofern ein schutzwürdiges Interesse an der Festlegung der strittigen Preise, als sie die entsprechenden Dienstleistungen überhaupt bezogen hat. Die Parteien äusserten sich dazu mit Eingaben vom 13. März 2013. Bezüglich strittiger Preise für Dienste, die in den Jahren 2012 von der Gesuchstellerin gar nicht bezogen wurden, ist das Verfahren als gegenstandslos abzuschreiben.

E. 1.5

Fazit Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die formellen Voraussetzungen grundsätzlich erfüllt sind und auf das Gesuch vom 5. März 2012 einzutreten ist. Überprüft werden die Preise, die den Verfahrensgegenstand bilden (vgl. Ziff. 1.3) und im massgeblichen Jahr 2012 bezogen worden sind, wobei sich die Überprüfung auf diejenigen Aspekte beschränkt, bezüglich derer das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde der Gesuchstellerin vom 31. Januar 2013 gutgeheissen hat. 2 Pflicht zur Gewährung des Zugangs, Marktbeherrschung Nach Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG müssen nur marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen auf transparente und nicht diskriminierende Weise sowie zu kostenorientierten Preisen Netzzugang in den gesetzlich vorgesehenen Formen gewähren. Voraussetzung für eine kostenorientierte Preisgestaltung im Sinne von Art. 11 Abs. 1 FMG ist somit das Vorliegen von Marktbeherrschung im relevanten Markt. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz, KG; SR 251]). Die Marktbeherrschung der Gesuchsgegnerin ist im vorliegenden Verfahren unbestritten. Die Gesuchsgegnerin ist somit verpflichtet, die entsprechenden Dienstleistungen zu kostenorientierten Preisen zu gewähren.

7/41 3 Nachweis kostenorientierter Preise Als marktbeherrschende Anbieterin hat die Gesuchsgegnerin den Nachweis zu erbringen, dass die von ihr geltend gemachten Zugangspreise im Sinne des Gesetzes kostenorientiert sind und damit den fernmelderechtlichen Anforderungen entsprechen. Kann sie diesen Nachweis nicht erbringen, verfügt die ComCom aufgrund von markt- und branchenüblichen Vergleichswerten. Die ComCom kann die Preise auch gestützt auf eigene Preis- und Kostenmodellierungen oder anderer geeigneter Methoden verfügen, insbesondere wenn keine geeigneten Vergleichswerte verfügbar sind (Art. 74 Abs. 3 der Verordnung über Fernmeldedienste vom 9. März 2007 [FDV, SR 784.101.1]). Gestützt auf Art. 11a Abs. 4 FMG hat die ComCom in Anhang 3 zur Verordnung der Eidgenössischen Kommunikationskommission betreffend das FMG (SR 784.101.112/3) die Anforderungen

an den von einer marktbeherrschenden Anbieterin zu erbringenden Kosten- nachweis festgelegt. Wie eingangs erwähnt, sind vorliegend Produkte und Dienstleistungen der Kategorien IC, TAL, KOL, KKF und VTA Gegenstand der Preisfestsetzung. Hierbei handelt es sich sowohl um monatlich wiederkehrende, als auch um einmalig anfallende Preise beziehungsweise - im Falle der Interkonnektion - um nutzungsabhängige und -unabhängige Dienste. Generell ist festzuhalten, dass alle der vorliegend bestrittenen Preise bereits in der Vergangenheit Gegenstand von Zugangsverfahren waren und es sich daher nicht um erstmalige Beurteilungen durch die ComCom handelt. Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist bei der vorliegenden Preisbeurteilung berücksichtigt. Im Rahmen des Beweisverfahrens erhielt die Gesuchsgegnerin Gelegenheit, den Nachweis zu erbringen, dass die in Frage stehenden Preise den gesetzlichen Anforderungen der Kostenorientierung entsprechen. Die ComCom hat diesen Kostennachweis geprüft und in ihrer Verfügung vom 18. Dezember 2013 in einigen Bereichen Anpassungen vorgenommen. Gegen verschiedene dieser Anpassungen hat die Gesuchstellerin beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde erhoben. Das Bundesverwaltungsgericht hiess die Beschwerde teilweise gut und hat die Angelegenheit zur Neuregelung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen. Nachfolgend werden die Anpassungen für das Jahr 2012 gemäss den verbindlichen Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts vorgenommen. Wie erwähnt, sind einzig die bestrittenen Preise des Jahres 2012 Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Die Überprüfung dieser Preise durch die ComCom beschränkt sich auf diejenigen Aspekte, bei denen das Gericht in teilweiser Gutheissung der Beschwerde eine Neubeurteilung verfügt hat. Die nachfolgenden Ausführungen haben somit zum Gegenstand: - den Grenzbetrag pro Teilnehmeranschlussleitung (BVGE, E. 13); - die Dimensionierung des Netzes (BVGE, E. 14) sowie - Netzstrukturanpassungen (BVGE, E. 16).

8/41

E. 2

Pflicht zur Gewährung des Zugangs, Marktbeherrschung 6

E. 3

Nachweis kostenorientierter Preise 7

E. 3.1

Grenzbetrag pro Teilnehmeranschlussleitung

E. 3.1.1

Netzverbindungen (inkl. Signalisierungsverbindungen) Übertragungssystem 370.90
 Übertragungssystem Distanz 154.10 Netzverbindung 32.20 Signalisierungsverbindung
 39.70 Signalisierwegset 32.20

40/41 Teilnehmeranschlussleitung (TAL) [in CHF] Dienst 2012

Monatlich wiederkehrende Entgelte Überlassung der Teilnehmeranschlussleitung 15.50

Einmalige Entgelte Analyse der TAL Ablehnung, detaillierte Begründung und sofern

möglich Ausarbeiten einer Alternative 70.00 Annullierung einer TAL Bestellung nach

Status ‚Accepted‘ 18.40 Neuschaltung TAL auf einer zuvor aktiven Leitung 44.80

Neuschaltung TAL auf einer zuvor inaktiven Leitung 40.40 Störungsbehebung einer TAL

326.70

Kollokation (KOL) und Zutritt [in CHF] Dienst 2012 Monatlich wiederkehrende Entgelte Fläche (Mindestbezug Raum 10 m² / Fläche 2 m²) 78.50 Zutritt zu Standorten 7.60 Einmalige Entgelte Bereitstellung Kollokation FDV 2591.00 Auftrag Zutrittsmittel 68.50 Einrichtung Zutritt elektronisches Zutrittssystem 30.10 Freischaltung Zutritt akkreditierte Swisscom Lieferanten 10.10

Kabelkanalisationen (KKF) [in CHF] Dienst 2012 Monatlich wiederkehrende Entgelte Monatlich Wiederkehrender Preis für KK FMG 0.194

Verrechnung des Teilnehmeranschlusses (VTA) [in CHF] Dienst 2012 Monatlich wiederkehrende Entgelte Änderung des monatlichen Endkundenpreises -1.36 Einmalige Entgelte VTA Aktivierung 10.70 VTA Deaktivierung 14.30 VTA Modifikation 11.30

41/41

3. [...]

E. 3.1.2

Würdigung Die Gesuchsgegnerin hat aufgezeigt, dass die Berücksichtigung des Grenzbetrages bei der Kostenberechnung möglich ist. Gleichzeitig hat sie dargestellt, dass trotz Art. 2 der UVEK- Verordnung in der Praxis noch nie Zahlungen zu ihren Gunsten geflossen sind. In Ausnahmefällen sind einzig Eigenleistungen des Auftraggebers, welche gemäss Aussagen der Gesuchsgegnerin weder in Anzahl noch in Umfang bezifferbar seien, geleistet worden. Der Umstand, dass Leistungen von Auftraggebern, welche Ausnahmefälle darstellen, nicht beziffert werden können, erscheint plausibel. Damit können die Minderkosten der Grundversorgungskonzessionärin in der Realität nicht beziffert werden. Da jedoch zusätzlich bei den wenigen Anwendungsfällen von Art. 2 der UVEK-Verordnung von Auftraggebern üblicherweise eher Leistungseinschränkungen in Kauf als Beteiligungen übernommen werden, können diese Minderkosten nur gering sein. Die Gesuchsgegnerin hat weiter aufgezeigt, dass in der Modellwelt die hypothetischen Minderkosten aufgrund der UVEK-Verordnung hergeleitet werden können und dass diese Minderkosten mittels Korrekturfaktor in die Preisberechnung einfließen könnten. Zudem hat

12/41 sie gezeigt, dass der Einfluss einer Berücksichtigung des Grenzbetrages auf den Preis einer Teilnehmeranschlussleitung sehr gering resp. vernachlässigbar wäre, wenn ihrer Auslegung der UVEK-Verordnung gefolgt würde. Sollte jedoch der Auslegung der Gesuchstellerin gefolgt werden, könnte der Grenzbetrag allenfalls einen nicht zu vernachlässigenden Einfluss auf die regulierten Preise entfalten. Um die Frage der Relevanz beurteilen zu können, hat die ComCom deshalb insbesondere die Fragen zu beantworten, ob modellierte Anschlüsse, welche Investitionen von mehr als 20'000 CHF verursachen, als ineffizient zu bewerten sind oder ob die in der UVEK-Verordnung aufgeführten Anwendungskriterien „ausserhalb des Siedlungsgebietes“ sowie „fernmeldetechnisch nicht erschlossene Standorte“ relevant sind und wie sie gegebenenfalls im Rahmen der Überprüfung der Preise für den Netzzugang auszulegen wären.

E. 3.1.2.1

Ineffiziente Modellierung Die in ihrer Eingabe vom 29. April 2016 geäußerte Annahme der Gesuchstellerin, wonach in der Praxis die Investitionen für einen Teilnehmeranschluss den Grenzbetrag von CHF 20'000 in der Regel nicht übersteigen würden, ist nicht belegt. Sie vermutet, dass in der Praxis bei teuren Anschlüssen eine kostengünstige Erschliessungsvariante mittels Mobilfunktechnologie gewählt werde. Sie übersieht in ihrer

Argumentation jedoch, dass mit Mobilfunk- oder Richtfunktechnologie erschlossene Standorte und somit auch deren Kosten keine Berücksichtigung im (Festnetz-)Modell finden. Bei der Kostenberechnung können damit real existierende Teilnehmeranschlussleitungen nicht durch alternative, nicht drahtgebundene Anschlüsse ersetzt werden, da sie sonst nicht mehr im (Festnetz-)Modell berücksichtigt würden. Dies würde dem in der Kostenmodellierung in verschiedenen Bereichen angewendeten „Scorched Node“-Ansatz, wonach zwar auf der grünen Wiese gebaut, jedoch die Lage der Knoten des Netzes der Gesuchsgegnerin den Massstab für die Modellanbieterin darstellen, widersprechen. Das Ersetzen von Festnetzanschlüssen der Gesuchsgegnerin, etwa mit Mobilfunkanschlüssen im Netz der modellierten Anbieterin, ist vor diesem Hintergrund nicht statthaft und nicht mit der bisherigen Praxis der ComCom vereinbar. Sehr abgelegene Anschlüsse wie Berghütten werden in der Realität von der Gesuchsgegnerin mittels Richtfunk erschlossen; diese nicht festnetzbasierten Anschlüsse und deren Kosten finden dem Modellierungs-Ansatz folgend im Modell keine Berücksichtigung. Überdies können die Modellkosten der hypothetisch effizienten Anbieterin nicht ohne Weiteres mit den realen Kosten der Gesuchsgegnerin vermischt werden. Bei der Modellierung sind die Kosten einer hypothetisch effizienten Markteintreterin, welche mit der neusten verfügbaren Technologie die Nachfrage nach Festnetzanschlüssen der Gesuchsgegnerin befriedigt, massgeblich. Bei der Grundversorgung spielen hingegen die historischen oder gegenwärtigen Kosten der Gesuchsgegnerin eine Rolle (vgl. auch Ziffer 3.1.2.5). Im Unterschied zum hypothetischen Netz deckt das Netz der Gesuchsgegnerin nicht nur die nachgefragten aktiven Anschlüsse ab, sondern es besteht aus sämtlichen in der Realität jemals gebauten Anschlüssen. Das Netz der hypothetisch effizienten Anbieterin kann sich auch deshalb erheblich vom Netz, und somit auch von den Kosten der Gesuchsgegnerin, insbesondere auch in Bezug auf die Kosten einzelner Teilnehmeranschlussleitungen, unterscheiden. Vor diesem Hintergrund ist es denn auch irrelevant, wenn einzelne Anschlüsse heute

13/41 bei einem Neubau ein Mehrfaches der Kosten verursachen würde, als dies zum Zeitpunkt ihrer Erstellung der Fall war oder dass damals andererseits möglicherweise noch gar keine kostengünstigeren alternativen Anschlussstechnologien zur Verfügung standen. Die Forderung der Gesuchstellerin, wonach im Modell kein Anschluss Investitionen von mehr als CHF 20'000 verursachen dürfe, unabhängig davon, ob der Anschluss in den Anwendungsbereich von Art. 2 der UVEK-Verordnung entfällt, ist nicht nachvollziehbar und wird von ihr in ihrer Eingabe vom 29. April 2016 auch nicht überzeugend begründet. Die Gesuchstellerin verkennt damit die Anwendungskriterien von Art. 2 der UVEK-Verordnung. Es kann auch nicht angenommen werden, dass Anschlüsse, welche Investitionen von mehr als CHF 20'000 verursachen, ineffizient modellierte oder nicht der Norm entsprechende Anschlüsse darstellen würden. Die Effizienz des Modells bezieht sich auf die Erschliessung der vorgegebenen Anschlüsse. Die im Modell hinterlegten Dimensionierungsregeln stellen eine effiziente Erschliessung aller Anschlüsse ohne Pfadabhängigkeit resp. „Altlasten“ sicher. Die Effizienz der Modellierung kann sich jedoch nicht auf die Lage eines Anschlusses beziehen, weil diese durch die Nachfrage der Kundschaft der Gesuchsgegnerin exogen vorgegeben werden. Ausserdem betragen im Modell des Jahres 2012 die durchschnittlichen Investitionen pro Anschluss rund CHF 3'200. Dieser Betrag liegt in der unteren Hälfte der gemäss Gesuchstellerin in ihrer Eingabe vom 14. November 2016 durchschnittlich erwarteten Investitionen von zwischen CHF 3'000 und CHF 4'000 pro Anschluss. Das Modell liefert damit durchaus Durchschnittsinvestitionen und -kosten in der Höhe, welche im Resultat auch die

Gesuchstellerin erwartet. Es ist widersprüchlich, den Grenzbetrag der UVEK-Verordnung als Kostendach implementieren zu wollen und gleichzeitig den Kriterien, welche die Anwendung eben dieser Verordnung bestimmen, zu ignorieren. Art. 2 der UVEK-Verordnung gilt explizit nur für „fernmeldetechnisch nicht erschlossene Standorte“. Für die Erschliessung von Anschlüssen ausserhalb des Siedlungsgebiets an fernmeldetechnisch erschlossenen Orten kann die Grundversorgungskonzessionärin gemäss Art. 1 der UVEK-Verordnung keinen Grenzbetrag geltend machen und keine Kostenbeteiligung oder Eigenleistungen des Auftraggebers verlangen. Der Grenzbetrag ist folglich von den Anwendungskriterien in Art. 2 der UVEK-Verordnung entkoppelt und die Deckelung der Investitionskosten pro Anschluss in der Höhe von CHF 20'000 entbehrt in der Folge jeglicher Grundlage. Die Gesuchstellerin argumentiert in ihrer Schlussstellungnahme vom 14. November 2016 weiter, dass Art. 3 der UVEK-Verordnung vorsehe, dass die Grundversorgungskonzessionärin eine Mindestvertragsdauer vorschreiben könne, falls die Kosten eines Netzanschlusses ausserhalb des Siedlungsgebietes den Grenzbetrag überschreite, was einer Kostenbeteiligung in Raten gleichkomme. Dieser Investitionsschutz, welcher auf Endkundenebene geregelt wird, verringert zwar das Risiko einer Investition, hat aber keinen Einfluss auf die Netzausbaukosten. Wie die Gesuchstellerin aus Art. 3 der UVEK-Verordnung ableitet, dass der Grenzbetrag – auch für die Kostenmodellierung – ungeachtet von der fernmeldetechnischen Erschliessung eines Standortes generell eine kritische Investitionsschwelle für einen Netzanschluss ausserhalb des Siedlungsgebietes darstellen soll, wird nicht ersichtlich. Denn Art. 2 der UVEK-Verordnung gilt unmissverständlich für Anschlüsse ausserhalb des 14/41 Siedlungsgebiets an fernmeldetechnisch nicht erschlossenen Orten, wie dies bereits im Titel proklamiert wird. Zusammenfassend ist es nicht sachgerecht, bei der Kostenmodellierung eine generelle Investitionsschwelle von CHF 20'000 pro Anschluss unabhängig von den Anwendungskriterien von Art. 2 der UVEK-Verordnung vorzugeben. Art. 2 der UVEK-Verordnung gilt für Anschlüsse ausserhalb des Siedlungsgebiets an fernmeldetechnisch nicht erschlossenen Orten. Es gilt deshalb im Folgenden zu prüfen, welche Anschlüsse diese Anwendungskriterien erfüllen würden und wie sich dies auf den Preis einer Teilnehmeranschlussleitung auswirken würde.

E. 3.1.2.2

Begriff Siedlungsgebiet Sofern sich eine umfassende Prüfung aller Anschlüsse als impraktikabel erweisen sollte, schlägt die Gesuchstellerin in ihrer Eingabe vom 29. April 2016 vor, den Begriff „ausserhalb des Siedlungsgebietes“ mittels den Dichteklassen „dünn besiedelte Gebiete“ und „ländliche Gebiete“ zu definieren. In ihrer Schlussstellungnahme schlägt die Gesuchstellerin eine Verbesserung resp. Verfeinerung ihres ursprünglich vorgeschlagenen Vorgehens vor, wonach die rund 500 Gemeinden mit einem Siedlungsflächenanteil von weniger als 5% an der Gesamtfläche als ausserhalb des Siedlungsgebietes und als fernmeldetechnisch nicht erschlossen zu betrachten seien. Die ursprüngliche Idee der Gesuchstellerin, wonach alle Gebiete der Dichteklassen „dünn besiedelte Gebiete“ und „ländliche Gebiete“ als ausserhalb des Siedlungsgebietes zu betrachten seien, ist zu stark vereinfachend. Bei diesem Ansatz fehlt der Bezug zum massgeblichen Begriff Siedlungsgebiet und es mutet seltsam an, wenn diese Gebiete flächendeckend als ausserhalb des Siedlungsgebietes definiert werden sollen. Auch der mit der Schlussstellungnahme ins Spiel gebrachte Zusammenhang zwischen Anteil der Siedlungsfläche mit der Bevölkerungsdichte und der Verfeinerung ihres Vorgehens, wobei rund 500

Gemeinden sowohl als ausserhalb des Siedlungsgebietes als auch als fernmeldetechnisch nicht erschlossen zu betrachten seien, vermag nicht zu überzeugen. Gemäss der von der Gesuchstellerin zitierten Standardnomenklatur NOAS04 des Bundesamts für Statistik wird der Begriff Siedlungsfläche so definiert, dass jedes einzelne Gebäude mit seiner Umgebung zur Siedlungsfläche gehört. Das heisst, gemäss dieser Definition der Siedlungsfläche gehören alle Haushalte in der Schweiz zur Siedlungsfläche. Auf Basis dieser Definition kann damit nicht abgeleitet werden, dass 560'000 Personen in der Schweiz ausserhalb des Siedlungsgebietes wohnen würden. Auch unabhängig von der dieser Statistik zugrunde liegenden Definition der Siedlungsfläche können ganze Gemeinden mit einem relativ tiefen Siedlungsflächenanteil sicherlich nicht integral als ausserhalb des Siedlungsgebietes und folglich auch gleich als fernmeldetechnisch nicht erschlossen betrachtet werden. Gemeinden mit einem Ballungszentrum und einem grossen mehrheitlich unbewohnten Gebiet würden dadurch als ausserhalb des Siedlungsgebiets und als fernmeldetechnisch nicht erschlossen gelten. Das würde bedeuten, dass in diesen 500 Gemeinden 100% der Haushalte ausserhalb des Siedlungsgebietes stehen würden. Beispielsweise würde die Gemeinde Naters mit einem Siedlungsflächenanteil von nur 1.8% aber mit einer

15/41 Einwohnerzahl von fast 10'000 als ausserhalb des Siedlungsgebiet und als fernmeldetechnisch nicht erschlossen gelten, obwohl ein Grossteil der Einwohner von Naters im Rhonetal unmittelbar neben dem wirtschaftlichen Zentrum des Oberwallis Brig wohnt. Ausserdem besteht bei Gemeinden mit insgesamt tiefem Siedlungsanteil kein direkter und schlüssiger Zusammenhang zur fernmeldetechnischen Erschliessung. Im Weiteren ist die Argumentation der Gesuchstellerin auch widersprüchlich. Die Gesuchstellerin geht davon aus, dass sich in Gebieten mit geringem Siedlungsflächenanteil die fernmeldetechnische Erschliessung vorwiegend auf das Siedlungsgebiet beschränke, woraus sich der Schluss ergebe, dass diese Gebiete ausserhalb des Siedlungsgebietes fernmeldetechnisch als nicht erschlossen zu betrachten seien. Dabei handle es sich im Wesentlichen um Gebiete mit einem tiefen Siedlungsflächenanteil. Gleichzeitig geht sie im selben Zusammenhang davon aus, dass Gemeinden mit einem relativ geringen Siedlungsflächenanteil als ausserhalb des Siedlungsgebietes und als fernmeldetechnisch nicht erschlossen zu betrachten seien. In Gebieten mit geringem Siedlungsflächenanteil soll sich die fernmeldetechnische Erschliessung auf das Siedlungsgebiet beschränken, während Gemeinden mit geringem Siedlungsflächenanteil flächendeckend als ausserhalb des Siedlungsgebietes gelten sollen. Das ist widersprüchlich. Obiger Argumentation folgend, können auch die im Modell enthaltenen Dichteklassen ländliche und dünnbesiedelte Gebiete nicht integral als ausserhalb des Siedlungsgebietes und als fernmeldetechnisch nicht erschlossen erklärt werden. Implizit geht die Gesuchstellerin in Ziff. 15 ihrer Schlussstellungnahme ausserdem davon aus, dass auch städtische Gebiete und Agglomerationen ausserhalb des Siedlungsgebietes liegen können, was die Fehlerhaftigkeit der Interpretation der Gesuchstellerin für den Begriff des Siedlungsgebietes ebenfalls zeigt. Insgesamt wird der Begriff Siedlungsgebiet von der Gesuchstellerin eben gerade nicht, wie von ihr behauptet, in Anlehnung an die raumplanungsrechtliche Grundordnung ausgelegt. Vielmehr ist den Ausführungen der Gesuchsgegnerin beizupflichten, wonach der Begriff Siedlungsgebiet in einer Einzelfallbetrachtung in Anlehnung an die raumplanungsrechtliche Grundordnung auszulegen sei und im Resultat dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung Rechnung getragen wird. Die Gesuchstellerin kritisiert in ihrer Stellungnahme vom 29. April 2016, dass die Gesuchsgegnerin bei ihren Berechnungen in der Eingabe vom 8. April 2016 der Definition des Sied-

lungsgebietes keine Beachtung schenke. Tatsächlich setzt sich die Gesuchstellerin in der genannten Eingabe nur relativ kurz mit dem Begriff Siedlungsgebiet auseinander. Dies ist jedoch insofern nachvollziehbar, als dass der Anwendungsbereich von Art. 2 UVEK-Verordnung bereits massgeblich durch das Kriterium der fernmeldetechnischen Erschliessung stark limitiert wird. Die Berücksichtigung des Kriteriums „ausserhalb des Siedlungsgebietes“ würde den Anwendungsbereich von Art. 2 UVEK-Verordnung und eine damit allfällig ein- hergehende Kostenreduktion lediglich noch zusätzlich einschränken, woran letztlich auch die Gesuchstellerin kein Interesse haben kann.

16/41

E. 3.1.2.3

Begriff der fernmeldetechnischen Erschliessung Während die Gesuchstellerin in ihrer Eingabe vom 29. April 2016 kaum auf das Anwendungskriterium von Art. 2 der UVEK-Verordnung eingeht, äussert sie sich in ihrer Schluss- stellungnahme ausführlich dazu. Einerseits geht sie dabei davon aus, dass es im Rahmen der Kostenmodellierung keine fernmeldetechnisch erschlossenen Standorte gibt. Anderer- seits geht sie an anderer Stelle davon aus, dass die Festnetzabdeckung als Kriterium für die fernmeldetechnische Erschliessung zu verwenden sei. Konkret leitet die Gesuchstellerin in ihrer Schlussstellungnahme vom 14. November 2016 aus dem „Scorched Node“-Ansatz ab, dass es im Rahmen der Modellierung keine bereits fernmeldetechnisch erschlossenen Standorte gebe. Vielmehr würde jeder Standort „über Nacht“ erschlossen werden. Der Grenzbetrag von CHF 20'000 gelte somit für jede An- schlussleitung im Kostenmodell. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Der „Scorched Node“- Ansatz besagt ein- zig, dass die Kanalisation unter Effizienz Gesichtspunkten, unabhängig vom Verlauf der Ka- nalisation der marktbeherrschenden Anbieterin, aber unter Berücksichtigung der Standorte der Hauptverteiler und der Endkunden der marktbeherrschenden Anbieterin zu modellieren sei. Beim „Scorched Earth“-Ansatz hingegen würden auch die Netzknoten der Gesuchs- gegnerin nicht berücksichtigt, sondern völlig unabhängig von der realen Netzstruktur die exogen vorgegebenen Teilnehmeranschlüsse kosteneffizient erschlossen. Der Modellie- rungs-Ansatz bestimmt folglich einzig, wie stark vom realen Netz der Gesuchsgegnerin zu abstrahieren ist resp. wie stark die Netzstruktur optimiert werden soll. Ziel des Ansatzes ist es, die Kosten eines effizienten Netzes zu modellieren, ohne dabei die unter heutiger Be- trachtung pfadabhängigen Kosten resp. „Altlasten“ der marktbeherrschenden Anbieterin zu berücksichtigen. Es lässt sich aber nicht grundsätzlich ableiten, dass das Netz der markt- beherrschenden Anbieterin „verbrannt“ (scorched) wird, so dass die hypothetisch effiziente Anbieterin die erste Anbieterin ist, welche alle Endkunden erschliesst und damit das Krite- rium der fehlenden fernmeldetechnischen Erschliessung für alle Anschlüsse erfüllt wird. Ausserdem betrifft der „Scorched Node“-Ansatz nicht die exogen vorgegebene Lage der Teilnehmer, welche jedoch für die fernmeldetechnische Erschliessung in erster Linie aus- schlaggebend ist. Damit der Argumentation der Gesuchstellerin gefolgt werden könnte, müsste ausserdem davon ausgegangen werden, dass auch das Mobilfunknetz der marktbeherrschenden An- bieterin resp. konsequenterweise aller Netzbetreiber „verbrannt“ wird. Der „Scorched Node“-Ansatz im Rahmen der Kostenmodellierung eines Festnetzes bestimmt jedoch nur die Struktur des Festnetzes, die Mobilfunknetze bleiben unberücksichtigt. Der Ansatz liefert insofern lediglich einen Massstab, in welchem Ausmass auf die Struktur des Festnetzes der Gesuchsgegnerin abgestellt resp. wie stark das real existierende Netz bei der Kostenmo- dellierung optimiert werden soll. Die

Gesuchstellerin kritisiert in ihrer Schlussstellungnahme die Auslegung des Begriffs der fernmeldetechnischen Erschliessung durch die Gesuchsgegnerin, wonach fernmeldetechnisch nicht erschlossene Standorte ausserhalb des Siedlungsgebietes zu denjenigen Gebieten gehören, welche weder mit zellularem Mobilfunk noch mit leitergebundenen Festnetzanschlüssen erschlossen seien. Konkret kritisiert sie, dass über Mobilfunkanschlüsse nicht dieselben Dienste wie über Festnetzanschlüsse angeboten werden können und dass leistungsmässig keine funktionelle Äquivalenz bestehe. Weiter definiere die Mobilfunkabdeckung ein viel zu grosses Gebiet, womit praktisch an jedem Standort in der Schweiz ein Anschluss nach Wahl des Teilnehmers nach Art. 16 Abs. 2 FDV zu erstellen wäre. Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Grundversorgungskonzessionärin in diesem Gebiet ein Glasfaseranschluss ohne Auflagen bereitstellen müsste. In dünnbesiedelten Gebieten werde eine effiziente Anbieterin resp. die Gesuchsgegnerin auf absehbare Zeit keine Glasfaseranschlüsse bereitstellen. Da die Mobilfunkabdeckung in den letzten Jahren stark zugenommen habe, eigne sich dieses Kriterium für fernmeldetechnisch erschlossene Gebiete nicht (mehr). Ausserdem würden viele Standorte in einem Gebiet mit Mobilfunkabdeckung liegen. Da sie sich in einem Empfangsloch befänden, herrsche jedoch nur ein schlechter Mobilfunkempfang. Die Gesuchstellerin ist der Meinung, dass die Festnetzabdeckung als Kriterium für die fernmeldetechnische Erschliessung zu verwenden ist und geht davon aus, dass in ländlichen und dünn besiedelten Gebieten gar keine oder keine flächendeckende Festnetzabdeckung ausserhalb des Siedlungsgebietes bestehe. Die Argumentation der Gesuchstellerin überzeugt nicht. Sie äussert einerseits die Meinung, dass bei der Modellierung alle Anschlüsse als fernmeldetechnisch nicht erschlossen gelten. Andererseits stellt sie sich andernorts auf den Standpunkt, dass die Festnetzabdeckung als Massstab gelten solle. Dabei geht sie bei Letzterem unbelegt davon aus, dass in weiten Gebieten der Schweiz keine Festnetzabdeckung ausserhalb des Siedlungsgebietes bestehe. Sie geht dabei auch davon aus, dass in städtischen Gebieten und Agglomerationen ausserhalb des Siedlungsgebietes damit gerechnet werden könne, dass ebenfalls eine Festnetzabdeckung bestehe. Bei der Auseinandersetzung mit dem Begriff Siedlungsgebiet nimmt sie hingegen an, dass die Gebiete ausserhalb des Siedlungsgebietes in etwa deckungsgleich mit den Gebieten ohne fernmeldetechnische Erschliessung seien. Insgesamt versucht die Gesuchstellerin den Begriff der fernmeldetechnischen Erschliessung in mehrfacher, nicht miteinander vereinbar, Weise auszulegen. Es ist unerheblich, ob über das Fest- und das Mobilfunknetz dieselben Dienste angeboten werden resp. dass allenfalls keine funktionelle Äquivalenz zwischen den beiden Netzen bestehe. Der Anspruch eines Anschlusses nach Wahl in Art. 16 Abs. 2 FDV betrifft die drei dort genannten Anschlüsse der Grundversorgung, wobei der leistungsfähigste dieser Anschlüsse eine Übertragungsrate von 2000/200 kbit/s vorschreibt, was keinen Glasfaseranschluss voraussetzt. Die Wahl der einzusetzenden Technologie für die Erschliessung des Gebäudeeinführungspunktes obliegt der Konzessionärin. Sie wird dabei im Einzelfall die aus technischer und ökonomischer Sicht geeignetste Technologie wählen oder eine Mischform verschiedener Technologien einsetzen. Vor diesem Hintergrund ist auch die Aussage der Gesuchstellerin, wonach nicht davon ausgegangen werden könne, dass die Grundver-

18/41 sorgungskonzessionärin in weiten Gebieten einen Glasfaseranschluss ohne Auflagen bereitstellen habe, irrelevant. Sie zeigt jedoch exemplarisch, dass die Grundversorgungskonzession nicht mit dem Modellnetz einer hypothetisch effizienten

Markteintreterin mit aktuellster Technologie vereinbar ist (vgl. Ziffer 3.1.2.5). Die ComCom erachtet die von der Gesuchsgegnerin vorgebrachte Auslegung des Begriffs der fernmeldetechnischen Erschliessung, welche sich auf eine entsprechende Antwort des BAKOM vom 15. Dezember 2006 auf Fragen zur öffentlichen Ausschreibung für die Erteilung der Grundversorgungskonzession stützt, als überzeugend. Die Gesuchsgegnerin berücksichtigt damit den einzigen Anhaltspunkt für den Begriff der fernmeldetechnischen Erschliessung. Die Auslegung der Behörden bestimmt schliesslich auch die Anwendungsfälle von Art. 2 der UVEK-Verordnung. Das BAKOM hat mit seiner Konkretisierung im Rahmen der öffentlichen Ausschreibung der Grundversorgungskonzession den Begriff für die laufende Grundversorgungskonzession definiert. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern diese Begriffsdefinition heute nicht mehr gelten sollte. Das Mobilfunknetz ist ein guter Massstab für die Bestimmung der fernmeldetechnischen Erschliessung, da in den meisten Fällen die Dienste der Grundversorgung auch über das Mobilfunknetz angeboten werden können. Dabei braucht es leistungsmässig keine funktionelle Äquivalenz zwischen Festnetz- und Mobilfunknetz, sondern es müssen nur die Grundversorgungsdienste erbracht werden können. Grundsätzlich sind die heute geltenden Ausbaubedingungen relevant. Wo heute eine ausreichende Mobilfunkabdeckung vorhanden ist, besteht für die Grundversorgungskonzessionärin die Möglichkeit, einen neuen Grundversorgungsanschluss in Absprache mit der Kundschaft mittels Mobilfunk anstatt mittels Festnetz anzubieten. Das heisst aber nicht, dass im Modell die bestehenden Festnetzanschlüsse der Gesuchsgegnerin durch Mobilfunkanschlüsse ersetzt werden könnten. In Einzelfällen wird die Bereitstellung eines neuen Anschlusses über Mobilfunklösungen zwar nicht möglich sein, da es, wie die Gesuchstellerin argumentiert, auch „Empfangslöcher“ gibt. Es können jedoch nicht ganze Gebiete resp. Gemeinden als Funkloch betrachtet werden, wie dies die Gesuchstellerin vorschlägt. So kann beispielsweise beim Ort Naters, welcher in einem Gemeindegebiet mit einem sehr tiefen Siedlungsflächenanteil liegt, nicht von einem Funkloch die Rede sein. Funklöcher betreffen Einzelfälle und rechtfertigen keine grundlegende Ablehnung der Massgabe für fernmeldetechnisch erschlossene Gebiete. Weiter sehen Art. 16 Abs. 2 Bst. c FDV für die Bereitstellung eines Breitband-Internetzugangs und Art. 18 Abs. 1 FDV allgemein vor, dass der Leistungsumfang eines Anschlusses in Ausnahmefällen reduziert werden kann, wenn dies aus technischen oder ökonomischen Gründen angezeigt ist. Weiter kann die Grundversorgungskonzessionärin die Grundversorgung auch mit weiteren Technologie wie beispielsweise Satellitendienste erbringen. Die Tatsache, dass die Gesuchsgegnerin in der Realität keine Zahlungen für Beträge über dem Grenzbetrag erhält und nur in Ausnahmefällen Eigenleistungen von den Endkunden erbracht werden, spricht ebenfalls dafür, dass das fernmeldetechnisch erschlossene Gebiet der Mobilfunkabdeckung der Gesuchsgegnerin entsprechen kann und insofern entsprechend gross ist.

19/41

E. 3.1.2.4

Zwischenfazit Da die ComCom der Argumentation der Gesuchsgegnerin in Bezug auf die Anwendungskriterien von Art. 2 der UVEK-Verordnung folgt, sind die in der Eingabe vom 8. April 2016 berechneten Minderkosten der Gesuchsgegnerin massgebend. Die Berücksichtigung der Grenzbetragsregelung für den Fall, dass die hypothetisch effiziente Markteintreterin auch Grundversorgungskonzessionärin sein könnte, würde den monatlichen Preis einer Teilnehmeranschlussleitung für das Jahr 2012 damit um rund 1.3

Rappen oder um weniger als ein Promille senken. Aufgrund der Rundung von Frankenbeträgen auf eine Dezimalstelle würde sich der Preis der Teilnehmeranschlussleitung ceteris paribus nicht ändern. Die Gesuchstellerin kritisiert zwar in ihrer Schlussstellungnahme den der Berechnung der Gesuchsgegnerin zugrunde gelegten durchschnittlichen Preis zur Erschliessung der fern- meldetechnisch nicht erschlossenen Anschlüsse ausserhalb des Siedlungsgebietes in der Höhe von CHF 72. Der durchschnittliche Preis für einen Meter Kanalisation betrage im Jahr 2012 CHF 127.94 und für die vorliegenden Berechnungen sei ein Meterpreis von mindestens CHF 140 zu verwenden. Wie die Gesuchstellerin richtigerweise kritisiert, ist die Höhe des von der Gesuchsgegnerin angewendeten Meterpreises nicht nachvollziehbar hergeleitet. Da es sich bei den in die Berechnung einflussenden Anschlüssen um einzelne, abgelegene Anschlüsse handelt, ist es naheliegend, dass die entsprechenden Kosten unter den Durchschnittskosten der gesamten Anschlussnetzkanalisation liegen. Denn im Vergleich zur Durchschnittskanalisation des Anschlussnetzes enthalten die hier betroffenen Kanalisationen mehrheitlich nur ein Rohr und können aufgrund ihrer Abgelegenheit überdurchschnittlich oft über Wiesenland verlaufen. Damit entstehen bei der Erschliessung von abgelegenen Anschlüssen weniger Aushub- und Auffüllarbeiten und es fallen nur wenige teure Strassenbelagsarbeiten an. Der Preis für einen Meter Kanalisation mit einem Rohr über Kulturland beträgt zwar gemäss Herleitungsdokumenten der Gesuchsgegnerin knapp CHF 92; bei den fraglichen Anschlüssen ausserhalb des Siedlungsgebietes könnte jedoch überdurchschnittlich oft auf die kostengünstigeren Freileitungen gesetzt werden. Würde gleichwohl mit einem Meterpreis von CHF 92 gerechnet, würde der Abzug auf dem Preis für eine Teilnehmeranschlussleitung nur geringfügig von 1.34 Rappen auf 1.65 Rappen steigen und der Preis einer Teilnehmeranschlussleitung würde infolge der Rundung faktisch weiterhin unverändert bleiben. Da der Argumentation der Gesuchstellerin in Bezug auf die Auslegung der Anwendungskriterien von Art. 2 der UVEK-Verordnung nicht gefolgt werden kann, erübrigt sich eine weitgehende Abklärung zur Frage der Anzahl Anschlüsse in dünnbesiedelten und ländlichen Gebieten, die den Grenzbetrag von CHF 20'000 überschreiten.

E. 3.1.2.5

Grundsatzfrage Die grundsätzliche Frage, ob die Rechte und Pflichten der Grundversorgungskonzessionärin auch für die hypothetisch effiziente Markteintreterin massgeblich sind, ist damit noch nicht beantwortet. Die Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts, die Eingaben der Verfahrensparteien wie die erneute Auseinandersetzung der ComCom geben indes keinen Anlass, um von der bereits in der Verfügung vom 18. Dezember 2013 dargelegten Haltung

20/41 abzuweichen. Infolgedessen hält die ComCom an ihren Ausführungen im Rahmen des Verfügungs- und des Beschwerdeverfahrens fest. Zu den teilweise neuen Vorbringen der Gesuchstellerin geht sie im Folgenden ein. Die ComCom hat im Verfügungs- und Beschwerdeverfahren bereits ausgeführt, dass die Anwendung der Grundversorgungskonzession mit allen ihren Rechten und Pflichten für die hypothetisch effiziente Markteintreterin im Modell nicht mit dem Konzept der bestreitbaren Märkte vereinbar ist. Der theoretischen Grundlage und der bisherigen Praxis der ComCom folgend, sind die Kosten einer hypothetisch effizienten Markteintreterin zu berechnen, welche die Nachfrage nach aktiven drahtgebundenen Anschlüssen der Gesuchsgegnerin zu bedienen hat, grundsätzlich unabhängig von den Investitionskosten oder der Rentabilität eines

Anschlusses. Die hypothetisch effiziente Anbieterin in einem bestreitbaren Markt ist ein Konzept um Wettbewerbsbedingungen und eine effiziente Leistungsbereitstellung zu simulieren. Der Anwendungsgrund dieses Konzepts ist die Sicherstellung einer effizienten Ressourcenallokation resp. die Berechnung von effizienten Vorleistungskosten einer exogen vorgegebenen Nachfrage. Das Konzept der bestreitbaren Märkte kann jedoch nicht mit der Grundversorgungskonzession erweitert werden. Die Grundversorgung verfolgt versorgungspolitische Ziele, welche nicht mit der Wettbewerbssimulation vermischt werden können. Weiter wäre es nicht zu rechtfertigen, ein einzelnes Recht der Grundversorgungskonzessionärin in der Modellrechnung zu berücksichtigen, während andere Rahmenbedingungen der Grundversorgung ignoriert werden. Wie nachfolgend gezeigt wird, ist das Gesamtkonzept der Grundversorgungskonzession nicht mit der Kostenmodellierung, deren Konzepten und deren Praxis zu vereinbaren. Wie die Gesuchsgegnerin zu Recht vorbringt, regelt die Grundversorgungskonzession Verhältnisse der Gesuchsgegnerin mit Endkunden. Diese Regelungen für den Endkundenmarkt sind nicht mit der Berechnung kostenorientierter Preise auf dem Vorleistungsmarkt kombinierbar, da unterschiedliche Märkte betroffen sind. Zur Grundversorgungskonzession gehören auch Preisvorschriften für die Endkunden, welche gemäss Art. 2a der UVEK-Verordnung explizit auch für die dort in Art. 1 und 2 genannten Anschlüsse gelten. Diese zur Grundversorgungskonzession zugehörigen Preisvorschriften für Endkunden können ebenfalls nicht in die Modell-Berechnung kostenorientierter Preise für Grosshandelskunden einfließen. Die ComCom hat bereits in ihrer Verfügung vom 9. Oktober 2008 einen Zusammenhang der im Rahmen der Grundversorgung geltenden Preisvorschriften gemäss Art. 22 FDV und dem monatlichen Vorleistungspreis für eine Teilnehmeranschlussleitung neigt. Die Unvereinbarkeit der Kostenmodellierung und der Bedingungen der Grundversorgungskonzession zeigt sich weiter in den unterschiedlichen Berechnungen der Kosten. Während die Kostenmodellierung gemäss Art. 54 FDV auf langfristigen inkrementellen Wiederbeschaffungskosten von modernen, funktionsäquivalenten Anlagen beruht, basiert die Berechnung der Kosten der Grundversorgung auf historischen Kosten der Gesuchsgegnerin zur Erbringung der Grundversorgungsdienste, wobei die Netzkosten gestützt auf Buchwerte zu berechnen sind (Art. 15 FDV).

21/41 Die Gesuchstellerin äussert in ihrer Schlussstellungnahme richtigerweise die Meinung, dass die Gesuchsgegnerin bzw. die Grundversorgungskonzessionärin nicht überall dort, wo ihr Mobilfunknetz eine Abdeckung bietet, bei Bedarf eines Endkunden einen Glasfaseranschluss bereitstellen muss (vgl. Ziffer 3.1.2.3). Die Grundversorgungskonzessionären muss nur Anschlüsse gemäss Art. 16 FDV und damit keine Glasfaseranschlüsse bereitstellen. Die effiziente Modellanbieterin erschliesst hingegen alle mit Kabel erschlossenen Kunden mit Glasfaseranschlüssen. Die unterschiedlichen Rollen der hypothetisch effizienten Anbieterin, der Gesuchsgegnerin und der Grundversorgungskonzessionärin zeigen ebenfalls, dass der Grundversorgungsauftrag nicht konsistent in die Kostenmodellierung integriert werden kann. Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen wird ersichtlich, dass die Bestreitbarkeit des Marktes im Rahmen der Modellierung unabhängig vom Gesamtpaket der Rechte und Pflichten der Grundversorgungskonzessionärin zu analysieren ist. Infolgedessen ist die Annahme der Gesuchstellerin, wonach das Konzept der bestreitbaren Märkte auseinanderbräche, wenn nicht die gleichen Investitionsbedingungen für die marktmächtige Anbieterin und die neu eintretende hypothetisch effiziente Anbieterin angenommen würden, für die Beurteilung nicht relevant. Die Gesuchstellerin äussert in ihrer Schlussstellungnahme schliesslich die

Meinung, dass das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil über die Grundsatzfrage, ob die gesetzli- chen Rahmenbedingungen der Grundversorgungskonzessionärin auch für die der Kosten- modellierung zugrundeliegende hypothetische Markteintreterin gelte, abschliessend ent- schieden habe. Sie interpretiert dies aus der Aussage des Gerichts, wonach das Kosten- modell grundsätzlich als unvollständig zu erachten sei, soweit es die genannte gesetzliche Rahmenbedingung des Schweizer Fernmeldemarktes aussen vor lässt. Das Gericht hat sich zur Grundsatzfrage des Einbezugs der Rechte und Pflichten der Grundversorgungskonzessionärin für die hypothetisch effiziente Markteintreterin nicht ex- plizit geäussert. Vielmehr hat sie die Vorinstanz angewiesen, in grundsätzlicher Hinsicht über den Einbezug der gesetzlichen Vorgaben weitere Abklärungen vorzunehmen und diese im Rahmen einer Gesamtbetrachtung zu würdigen. So ist den Ausführungen des Ge- richts zufolge das Kostenmodell eben nur grundsätzlich – mithin nicht ausnahmslos – als unvollständig zu erachten, sofern es die genannte gesetzliche Rahmenbedingung des Schweizer Fernmeldemarktes aussen vor lässt. Das Urteil des BVGer vom 18. Januar 2016 führt in dieser Hinsicht weiter aus, dass es für einen abschliessenden Entscheid in dieser Sache weiterer Abklärungen bedürfe. So habe die Vorinstanz als Fachbehörde die genannten Abklärungen zu treffen und anschliessend über den Einbezug des Grenzbetrages in das Kostenmodell unter Berücksichtigung der vorstehenden Erwägungen neu zu befinden. Diesen Vorgaben ist die Vorinstanz mit den erneuten, ausführlichen Abklärungen nachgekommen. Schliesslich ist die von der Gesuch- stellerin in ihrer Schlussstellungnahme zitierte Passage aus dem Urteil im Gesamtzusam- menhang und im Kontext der vollständigen Ausführungen des Gerichts auszulegen. Vor diesem Hintergrund ist es offensichtlich, dass das Bundesverwaltungsgericht einen derart

22/41 grundlegenden Entscheid – der das Verhältnis der Rechte und Pflichten der Grundversor- gungskonzessionärin zur hypothetisch effizienten Markteintreterin regelt – nicht nur indirekt, sondern explizit und unmissverständlich formuliert hätte, wäre es seine Absicht gewesen.

E. 3.1.3

Fazit Das Bundesverwaltungsgericht hat die Grundsatzfrage, ob die Grundversorgungskonzes- sion bei der Kostenmodellierung zu berücksichtigen sei, weitgehend offen gelassen und die Sache zur Neu Beurteilung an die ComCom zurückgewiesen. Die ComCom kommt nach nochmaliger Auseinandersetzung erneut zum Ergebnis, dass die Grundversorgungskon- zession als Gesamtheit von Rechten und Pflichten im Verhältnis zu den Endkunden im Rahmen der Kostenmodellierung nicht konsistent berücksichtigt werden kann. Eine grund- legende Änderung der Praxis der ComCom würde sich aufgrund des hergeleiteten vernach- lässigbaren Effekts der Anwendung von Art. 2 der UVEK-Verordnung auf die Preise auch nicht rechtfertigen. Das Bundesverwaltungsgericht stellt in seinem Urteil die Frage, ob im Kostenmodell dem Umstand Rechnung zu tragen sei, dass die Grundversorgungskonzessionärin nur einen Teil der Kosten für die Erstellung von Anschlüssen ausserhalb des Siedlungsgebietes selbst zu tragen habe. Da sich gezeigt hat, dass die Gesuchsgegnerin in der Realität keine Investitionskosten an Dritte in Rechnung stellt und höchstens in Ausnahmefällen Eigenleis- tungen von Kunden erbracht werden, erübrigt sich eine weitergehende Prüfung dieser Frage. In Bezug auf die Kostenmodellierungspraxis bei der Parzellenerschliessung besteht kein Widerspruch zur Nichtberücksichtigung des Grenzbetrages. Die Kosten der Parzellener- schliessung resp. deren Übernahme durch die Grundeigentümer sind

branchenübliche Praxis und unabhängig von der Grundversorgungskonzession. Jede Fernmeldediensteanbieterin und somit auch die hypothetisch effiziente Anbieterin könnte diese Kosten auf die Grundeigentümer abwälzen.

23/41

E. 3.2

Netzdimensionierung: Schächte und Spleissungen im Verbindungsnetz

E. 3.2.1

Ausgangslage Die Gesuchstellerin machte vor Bundesverwaltungsgericht Unregelmässigkeiten bezüglich Schachtabstand und Spleissungen im Verbindungsnetz geltend und bemängelte, der rechtserhebliche Sachverhalt sei von der ComCom ungenügend abgeklärt worden. Aufgrund ihrer Auswertung komme sie zum Schluss, dass eine fehlerhafte Dimensionierung der Schächte und Spleissungen erfolgt und zudem die Netzdimensionierungsregeln in diesem Bereich fehlerhaft seien. In ihrer Stellungnahme im Beschwerdeverfahren vom 16. Juni 2014 sah sie sich in ihrer Annahme bestätigt und argumentierte, dass die kritisierte Verkürzung des Schachtabstandes gestützt auf die Ausführungen der Gesuchsgegnerin erweisenermassen durch den Ausbau des Anschlussnetzes getrieben sei. Sie forderte, die Dimensionierungsregeln seien so zu modifizieren, dass nur so viele Schächte dem Verbindungsnetz zugerechnet werden, wie von diesem aus technischer Sicht benötigt würden. Das Bundesverwaltungsgericht kam zum Schluss, dass die Vorinstanz erneut abzuklären habe, ob die zugrunde liegende Dimensionierungsregel für den Schachtabstand des Verbindungsnetzes in vom Anschluss- und Verbindungsnetz gemeinsam genutzten Kanalisationen korrekt umgesetzt worden sei. In diesem Sinne sei sicherzustellen, dass das Modell nicht zu viele Schächte und damit auch keine überflüssigen Spleissungen enthalte. In ihrer Eingabe vom 24. März 2016 erklärt die Gesuchsgegnerin die Vorgehensweise eingehend auf drei Seiten; sowohl für exklusiv vom Verbindungsnetz genutzte Kanalisationen als auch für solche, die vom Anschluss- und Verbindungsnetz gemeinsam genutzt werden. Auf exklusiv vom Verbindungsnetz genutzten Strecken sei der Spleissabstand von 1'000 Meter fest im Modell codiert (die Gesuchsgegnerin verwendet anstelle des Begriffs Schachtabstand den Begriff Spleissabstand, weil – entsprechend der nachfolgenden Erklärung der Gesuchsgegnerin – im Modell zuerst die Spleisspunkte bestimmt werden). Ausgehend vom Streckenmittelpunkt zwischen zwei Anschlusszentralen werde dann nach jeweils 1'000 Meter auf dem Strassengraph beim nächsten Hilfspunkt ein Spleisspunkt definiert. Bei jedem Spleisspunkt werde sodann ein Schacht dimensioniert. Die Gesuchsgegnerin erklärt sodann, sie habe jeweils bei den Streckenmittelpunkten zwischen zwei Anschlussnetzen fälschlicherweise keinen Spleisspunkt festgelegt, so dass auf exklusiv vom Verbindungsnetz genutzten Kanalisationsstrecken jeweils ein Spleisspunkt- abstand grösser als 2'000 Meter und mehrere Abstände grösser als 1'000 Meter resultieren würden. Bezüglich der vom Anschluss- und Verbindungsnetz gemeinsam genutzten Kanalisationsabschnitte führt die Gesuchsgegnerin in ihrer Eingabe vom 24. März 2016 im Weiteren aus, dass jeweils jeder vierte Schacht zur Hälfte dem Verbindungsnetz zugeschlüsselt werde. Die Umsetzung dieser Regel erfolge in COSMOS durch den Parameter „Spleissung_Core“. Die Spleisspunkte würden demgegenüber ausgehend von den Zentralen in jedem vierten Schacht festgelegt. Aus diesem Vorgehen resultiere auf diesen Netzstrecken ein mittlerer

24/41 Spleissabstand von 1'026 Meter, welcher ebenfalls über der Modellvorgabe von 1'000 Me- ter liege. Sodann erklärt die Gesuchsgegnerin zur Anzahl der Spleissungen, dass bei jedem Spleiss- punkt pro Verbindungsnetz-kabel eine Spleissung dimensioniert werde. Schliesslich veran- schaulicht die Gesuchsgegnerin die Zusammenhänge noch grafisch und leitet die berech- neten mittleren Spleissabstände für die verschiedenen Netzbereiche mathematisch her. Die Gesuchstellerin erklärt in ihrer Stellungnahme vom 29. April 2016, die Antwort der Ge- suchsgegnerin vermöge in verschiedenen Belangen nicht zu überzeugen. Es handelt sich um folgende drei Kritikpunkte: Kritikpunkt 1 (Mehr Spleissungen als Schächte): Aufgrund der Ausführungen bleibe weiter- hin unklar, wie im Kostenmodell die Spleiss- und Schachtdimensionierungsregeln zusam- menspielten. Gemäss Gesuchsgegnerin werde bei jedem Spleisspunkt ein Schacht dimen- sioniert. Dieser Regel zufolge sollte aus Sicht der Gesuchstellerin im Verbindungsnetz die Zahl der Spleisspunkte mit der Anzahl Schächte übereinstimmen. Im Kostenmodell für das Jahr 2012 seien dem Verbindungsnetz insgesamt 7'903 Schächte zugeordnet. Demgegen- über würden jedoch gemäss Kenngrössenbericht KONA12-B02.02 9'577 Spleissungen im Verbindungsnetz dimensioniert. Das bedeute, dass sich das Ergebnis im Kostenmodell nicht mit der von der Gesuchsgegnerin postulierten Regel decke. Es sei deshalb davon auszugehen, dass entweder die vorgenannte Regel nicht stimme, oder deren Programmie- rung im Kostenmodell fehlerhaft sei. Kritikpunkt 2 (Rolle der Hilfspunkte): Sodann führt die Gesuchstellerin aus, dass eine wei- tere Fehlerquelle bei der Wahl der Hilfspunkte zu liegen scheine, welche nach Angaben der Gesuchsgegnerin durch die Streckenabschnitte festgelegt würden, welche sich aus dem verwendeten Strassennetz von Swisstopo ergäben. Diese Angaben stellten für die Gesuch- stellerin neue Erkenntnisse bezüglich der Kostenmodellierung dar. Unklar sei für die Ge- suchstellerin, in welchen Bereichen und in welcher Form die Hilfspunkte überall im Kosten- modell eine Rolle spielten und ob zum Beispiel die bestehenden Hilfspunkte im Verlauf der Modellierung verändert oder mit neuen Hilfspunkten ergänzt würden. Sie fordert, dass die Rolle der Hilfspunkte und die Auswirkung von Messfehlern auf die Kosten vorliegend näher untersucht werden solle. Kritikpunkt 3 (Anzahl der Spleissungen): Schliesslich hält die Gesuchstellerin dem Argu- ment der Gesuchsgegnerin, es seien im Verbindungsnetz zu wenig Schächte und Spleis- sungen dimensioniert worden, entgegen, dass diese Auffassung in keiner Form den Stand der etablierten Technik im Netzbau berücksichtige. Durch moderne Kabelverlegemethoden könne die Anzahl der benötigten Spleissungen im Verbindungsnetz erheblich reduziert wer- den. Aufgrund der technischen Möglichkeiten sollte aus Sicht der Gesuchstellerin in einem nach effizienten Kriterien gebauten Verbindungsnetz der Schachtabstand deshalb zwi- schen 1'500 und 2'000 Meter betragen und das Glasfaserkabel sollte ungefähr alle 8 Kilo- meter eine Verbindungsspleissung aufweisen.

25/41 Im Orientierungsschreiben an den Preisüberwacher vom 13. September 2016 legt die In- struktionsbehörde zunächst dar, weshalb im Kostenmodell ohne Weiteres mehr Spleissun- gen als Schächte resultieren können und welche Rolle die Hilfspunkte spielen. Sodann zeigt sie auf, dass der Aufwand unverhältnismässig wäre, der nun zu betreiben wäre um zu be- stimmen, ob sich die Spleiss- und Schachtkosten genügend stark verändern würden, damit sich eine reduzierte Anzahl von Spleissungen – zumindest im vorliegenden Verfahren – bemerkbar auf die zu verfügbaren Preise auswirken würde. In ihrer Eingabe vom 26. Oktober 2016 führt die Gesuchsgegnerin aus, dass sie mit den Schlussfolgerungen der Instruktionsbehörde einverstanden sei und sich eine weiterge- hende Stellungnahme deshalb erübrige. Die Gesuchstellerin hält in ihrer Eingabe vom 14. November 2016

einerseits fest, dass die zusätzlichen Ausführungen der Instruktionsbehörde ihre Fragen beantworteten. Andererseits nimmt sie zur Kenntnis, dass ihre Einwände betreffend Spleissabstand von der Instruktionsbehörde grundsätzlich gutgeheissen wurden und eine Überprüfung in anderen Verfahren in Aussicht gestellt wurde.

E. 3.2.2

Fazit Die ComCom sieht sich aufgrund der zusätzlichen Instruktionsmassnahmen in ihrem Entscheid vom 18. Dezember 2013 bestätigt und schliesst aufgrund der beiden Schlussstellungen der Parteien, dass es bezüglich der Schächte und Spleissungen im Verbundnetz im Kostennachweis des Jahres 2012 weiterhin keinen Anpassungsbedarf gibt.

E. 3.3

Netzstrukturanpassung

E. 3.3.1

Ausgangslage Die Gesuchstellerin hat im Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht argumentiert, dass es system- und praxiswidrig wäre, wenn erkanntes Effizienzpotential von den Behörden nicht umgesetzt werde. Die im Kostennachweis für die Preise des Jahres 2013 von der Gesuchsgegnerin vorgenommene Netzstrukturanpassung sei auch bei der Berechnung der Preise für das Jahr 2012 zu berücksichtigen. Die fragliche Netzstrukturanpassung sei nicht erst aufgrund neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse oder technischer Erfindungen ermöglicht worden. Bei der Erstellung des Kostennachweises sei auf den allgemeinen Wissensstand abzustellen; der Kenntnisstand einer einzelnen Lieferantin könne nicht massgebend sein. Die Gesuchstellerin vertrat deshalb die Auffassung, dass sämtliche neuen Erkenntnisse, die im Verlauf eines Verfahrens gewonnen werden, bei der Festlegung der streitigen Preise zu berücksichtigen seien. Des Weiteren sei gerade von einer neuen bzw. hypothetisch effizienten Anbieterin zu erwarten, dass diese für einen effizienten Markteintritt sämtliche technischen Möglichkeiten ausschöpfe bzw. in Erwägung ziehe. Der Entscheid der Regulierungsbehörde stehe also im Widerspruch zu den massgeblichen Bestimmungen der Fernmeldeordnung. Die Gesuchsgegnerin erklärte im Beschwerdeverfahren, sie habe Änderungen und Erkenntnisse, die sich aus den jeweils für den Kostennachweis eingeholten Offerten ergaben,

26/41 bei der Berechnung der regulierten Preise stets umgehend berücksichtigt. Es könne von ihr nicht erwartet werden, dass sie das Know-how aller ihrer Lieferanten und die Weiterentwicklung ihrer Angebote in der Berechnung der regulierten Preise quasi hellseherisch vorwegnehme, bevor die Lieferanten sie darüber in ihren für den Kostennachweis eingeholten Offerten informiert hätten, bloss weil eine Verbesserung angeblich dem „allgemeinen technischen Wissenstand“ entsprechen solle. Zudem brachte Sie vor, dass es der ComCom gemäss Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts gar verwehrt sei, Anpassungen für ein Jahr X unbesehen auf das Jahr X-1 zu übertragen. Die Netzstrukturanpassung sei von der Gesuchsgegnerin selbst vorgenommen worden; es gehe nicht um eine behördliche Anpassung am Kostennachweis 2013, welche auch für frühere Jahre vorzunehmen wäre. Die Regulierungsbehörde hatte sich im Beschwerdeverfahren auf den Standpunkt gestellt, dass sich die Frage des Kenntnisstands in der Regel nur dann stelle, wenn die Preise mehrerer Jahre Verfahrensgegenstand seien. Bei der Beurteilung des Kostennachweises eines früheren Jahres sei auf den damaligen Wissensstand abzustellen.

Massgebend sei dabei nicht einzig das Verhalten der Gesuchsgegnerin, sondern dasjenige einer theoretisch effizienten Anbieterin. Wie die Gesuchstellerin zu Recht festhalte, sei sodann von einem allgemeinen und objektiv gegebenen Kenntnisstand auszugehen. So fänden neu gewonnene Erkenntnisse aus jüngeren Kostennachweisen durchaus auch Anwendung auf frühere, noch pendente Jahre. Dies setze allerdings voraus, dass die relevante Information, auf welche sich die bessere Erkenntnis beziehe, zum früheren Zeitpunkt bereits vorlag und von der Gesuchsgegnerin zur Erstellung ihres Kostennachweises hätte erkannt und verwendet werden können. In der bisherigen Praxis habe es sich bei der rückwirkenden Berücksichtigung späterer Erkenntnisse folglich meist um Anpassungen in methodischer Hinsicht gehandelt. Bezüglich der Netzstrukturanpassung hatte die ComCom eine Beweiswürdigung vorgenommen. Sie war dabei zum Schluss gekommen, dass die Gesuchsgegnerin erst im Verlaufe des Jahres 2012 Kenntnis über die mögliche Netzstrukturanpassung erlangt habe. Aus den Ausführungen der Gesuchsgegnerin folgte die Regulierungsbehörde, dass auch eine theoretisch effiziente Anbieterin ihr Netz für das Jahr 2012 in Unkenntnis der möglichen Netzstrukturanpassung erstellt hätte, da zum Zeitpunkt der Offertanfrage diese Möglichkeit noch nicht bekannt gewesen sei. Zudem bleibe zu berücksichtigen, dass die errechneten Kosten für 2013 nicht unbesehen auf das Jahr 2012 angewandt werden könnten. Vielmehr hätte eine rückwirkende Berücksichtigung der Strukturanpassungen für 2012 zur Folge, dass nachträglich die zutreffenden Preise für 2012 bei den Systemlieferanten nachgefragt werden müssten. Das Bundesverwaltungsgericht führte in seinem Urteil aus, dass es in rechtlicher Hinsicht mit der Gesuchstellerin und der Regulierungsbehörde einig gehe, dass der Kenntnisstand einer effizienten Fernmeldedienstanbieterin im Sinne von aArt. 54 Abs. 2 FDV im Jahr 2012 massgebend sei. Des Weiteren sei aber im Einzelnen nicht nachvollziehbar, wie die Regulierungsbehörde zur Einschätzung komme, dass auch die theoretisch effiziente Anbieterin im Jahr 2012 ihr Netz in Unkenntnis der möglichen Netzstrukturanpassung erstellt hätte. Die Sachverhaltsabklärung resp. Begründung sei daher in diesem Punkt mangelhaft und an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Regulierungsbehörde habe demnach in einem ers-

27/41 ten Schritt zu eruieren, sowie auch angemessen zu begründen, wie es sich mit der Netzstrukturanpassung verhalte und ab welchem Zeitpunkt diese einer effizienten Anbieterin hätte bekannt sein dürfen. Sollte dies bereits für das Jahr 2012 der Fall gewesen sein, habe die Vorinstanz in einem zweiten Schritt zu klären, wie die Netzstrukturanpassung gemäss den rechtlichen Vorgaben in den Kostennachweis des Jahres 2012 einzubeziehen sei. Hierbei habe sie namentlich zu prüfen, ob eine neue Preisanfrage bei der Systemlieferantin einzuholen oder ob stattdessen – im Hinblick auf die Mehrkosten einer solchen Preisanfrage – eine approximative Methode zu wählen sei, so wie es die Gesuchstellerin vorschläge. Um besser beurteilen zu können, ob die Gesuchsgegnerin resp. eine hypothetisch effiziente Netzbetreiberin bereits im Jahr 2011 Kenntnis von der Netzstrukturanpassung hätte haben können, wurde die Gesuchsgegnerin von der Instruktionsbehörde aufgefordert, die Korrespondenz mit der Systemlieferantin zwecks Informationsbeschaffung bezüglich der Dimensionierung der Vermittlungstechnik einzureichen. Für den Fall dass derartige Unterlagen nicht mehr vorhanden seien, ist die Gesuchsgegnerin aufgefordert worden, eine Kontaktperson bei der Systemlieferantin anzugeben. In der Eingabe vom 24. März 2016 führte die Gesuchsgegnerin aus, dass Unterlagen Dritter zur Dimensionierung der gesamten Netzstruktur (inkl. Vermittlungstechnik) nicht existierten. Bisher habe sie bei jeder Wiederbewertung die

Funktionen des Netzes analysiert, die Änderungen gegenüber dem Vorjahr identifiziert und deren Auswirkungen auf das Kostenmodell aufgezeigt. Die Analyse der Funktionen, die Identifikation von Änderungen und die Bestimmung der Auswirkungen auf die massgeblichen Kosten seien jeweils im Rahmen von Treffen mit der Systemlieferantin erfolgt. Spezifische Korrespondenzen seien dazu nicht geführt und die Gespräche an den Treffen nicht protokolliert worden. Stattdessen habe die Gesuchsgegnerin die identifizierten Änderungen zeitnah in den Kostenmodellen umgesetzt und ihre Auswirkungen jeweils direkt im Kostennachweis ausgewiesen und begründet. Schliesslich hat die Gesuchsgegnerin die alternativ angeforderten Kontaktdaten der Systemlieferantin der Instruktionsbehörde bekannt gegeben. In der Folge stellte die Instruktionsbehörde der Systemlieferantin am 12. April 2016 einen Fragekatalog zu. Die Systemlieferantin reichte ihre Antworten am 3. Mai 2016 ein. Am 29. April 2016 nahm die Gesuchstellerin zur Eingabe der Gesuchsgegnerin vom 24. März 2016 Stellung. Bezüglich der Netzstrukturanpassung brachte die Gesuchstellerin keine weitergehende Argumentation vor. Sie beantragte indes, dass der Systemlieferantin fünf Fragen zu unterbreiten seien, welche aus ihrer Sicht zusätzliche Klarheit liefern würden über den zeitlichen Wissensstand der Parteien betreffend Netzstrukturanpassung sowie über den wirtschaftlichen Anreiz, eine derartige Anpassung vorzunehmen. Mit Schreiben vom 16. August 2016 nahm die Systemlieferantin auf die Fragen der Gesuchstellerin Bezug und reichte zudem eine Version der Antworten zum Fragekatalog der Instruktionsbehörde ein, deren Abdeckung der Passagen mit Geschäftsheimnissen weniger weit reicht als im Schreiben vom 3. Mai 2016.

28/41 Am 7. September 2016 nahm die Gesuchstellerin Stellung zu den Antworten der Systemlieferantin. In ihrem Schreiben kam sie zum Schluss, dass die Möglichkeiten der Netzstrukturanpassung einer effizienten Anbieterin hätten bekannt sein müssen und die Netzstrukturanpassung folglich bereits im Kostenmodell für das Jahr 2012 hätte umgesetzt werden sollen. Zu dieser Schlussfolgerung gelangt sie, weil die Systemlieferantin aus ihrer Sicht indirekt bestätige, dass die Möglichkeit der Netzstrukturanpassung bereits im Jahr 2011 als allgemein bekannt vorausgesetzt werden konnte. Die Gesuchstellerin erblickt zudem einen Widerspruch in der Argumentation der Systemlieferantin: Diese sollte als Lieferantin der Systeme aus naheliegenden Gründen über sämtliche dimensionierungsrelevanten Informationen zum Netz der Gesuchsgegnerin verfügen. Andernfalls wäre es für sie überhaupt nicht möglich, das reale Netz der Gesuchsgegnerin zu dimensionieren. Das Nichtbeantworten resp. die unzureichende Beantwortung der Frage zum Netzaufbau einer effizienten Anbieterin sei insofern widersprüchlich. Die Gesuchsgegnerin reichte am 26. Oktober 2016 ihre Schlussstellungnahme ein und führte darin aus, dass sie mit den Schlussfolgerungen der Instruktionsbehörde einverstanden sei. Eine weitergehende Stellungnahme erübrige sich deshalb. Mit Schreiben vom 14. November 2016 nahm auch die Gesuchstellerin abschliessend Stellung bezüglich Netzstrukturanpassung. Sie führte aus, dass sie die Einschätzung der Instruktionsbehörde im Orientierungsschreiben an den Preisüberwacher vom 13. September 2016 nicht teile und die Netzstrukturanpassung auch im Kostennachweis für das Jahr 2012 zur Anwendung gelangen solle. Sie machte geltend, dass die Schlussfolgerungen der Instruktionsbehörde gestützt auf die zusätzlichen Instruktionshandlungen wesentliche Aspekte im Zusammenhang mit der praktischen Realisierung einer Netzstrukturanpassung nicht berücksichtigten und des Weiteren die Begründung im Wesentlichen der vom Bundesverwaltungsgericht als ungenügend gerügten Argumentation entspreche. Im Kern stellt sie sich auf den Standpunkt, dass eine effiziente Anbieterin bereits für das Jahr 2012 Kennt-

nis von der Netzstrukturanpassung gehabt habe.

E. 3.3.2

Vorbemerkungen Im Orientierungsschreiben an den Preisüberwacher hat die Instruktionsbehörde aufgrund der Antworten der Systemlieferantin ausgeführt, dass die Netzstrukturanpassung aus rein technischer Sicht durchaus bereits früher möglich gewesen wäre. Dies widerspreche den bisherigen Ausführungen der Gesuchsgegnerin und führe dazu, dass auch die bisherige Argumentation der Regulierungsbehörde nur noch teilweise zutreffe. Die Frage, ob die Netzstrukturanpassung im Kostennachweis 2012 hätte berücksichtigt werden müssen, sei daher unter neuen Voraussetzungen zu beurteilen. Sie führte anschliessend aus, dass bei der Neubeurteilung folgende Aspekte wesentlich seien: ■ Die Gesuchsgegnerin ist sowohl im Jahr 2011 (relevant für den Kostennachweis 2012) als auch im Jahr 2012 (relevant für den Kostennachweis 2013) mit der gleichen Anfrage an die Systemlieferantin herangetreten. ■ Die Netzstrukturanpassung ist mit betrieblichen Einschränkungen bzw. dem Wegfall von Funktionalitäten verbunden.

29/41 ■ Die Netzstrukturanpassung wurde auf Initiative der Systemlieferantin erst in der Vorbereitung auf den Kostennachweis des Jahres 2013 thematisiert. Im Weiteren führte die Instruktionsbehörde zur neuen Ausgangslage aus, dass Überlegungen zur technischen Machbarkeit, zum betrieblichen Nutzen, zum Aufwand der Informationsbeschaffung sowie Anreize auf das Verhalten der Gesuchsgegnerin in einem Spannungsfeld zueinander stünden. Sie seien folglich gegeneinander abzuwägen und im Sinne der fernmelderechtlichen Vorschriften zu beurteilen. Bei der Frage, ob die Netzstrukturanpassung bereits im Kostenmodell 2012 hätte berücksichtigt werden müssen, seien deshalb die folgende Fragen eingehender zu prüfen: ■ Hatte die Gesuchsgegnerin bereits Kenntnis der Netzstrukturanpassung bzw. hätte sie diese Kenntnis haben sollen? ■ Hätte eine theoretisch effiziente Anbieterin Kenntnis von der Netzstrukturanpassung gehabt? ■ Hätte eine theoretisch effiziente Anbieterin im Jahr 2012 die angepasste Netzstruktur eingesetzt? ■ Welche Anreize wirken auf das Verhalten der Gesuchsgegnerin? Die ComCom kann dieser Darstellung folgen. Dass die Netzstrukturanpassung technisch bereits früher möglich war, bedeutet nicht automatisch, dass sie im Modell einer hypothetisch effizienten Markteintreterin zu berücksichtigen ist. Zu beachten ist diesbezüglich insbesondere, dass die technische Machbarkeit nicht allen Aspekten des Sachverhalts gerecht zu werden vermag. In diesem Sinne kann angesichts der neu gewonnenen Erkenntnisse der Kenntnisstand einer effizienten Anbieterin nicht mit der technischen Machbarkeit gleichgesetzt werden, wie dies die Gesuchstellerin in ihrer Eingabe vom 14. November 2016 im Grundsatz vorbringt. Der Sachverhalt stellt sich vielschichtiger dar, wobei mehrere Aspekte eingehender zu beleuchten sind. Bevor nachfolgend die einzelnen Fragen beurteilt werden, gilt es die Vorbringen der Gesuchstellerin in ihrer Eingabe vom 14. November 2016 zu würdigen, mit welchen sie der Gesuchsgegnerin eine grobe Unterlassung vorwirft und in den Antworten der Systemlieferantin einen schwerwiegenden Widerspruch erkennt.

E. 3.3.3

Würdigung

E. 3.3.3.1

Vorwurf der groben Unterlassung seitens der Gesuchsgegnerin Die Gesuchstellerin weist in ihrer Eingabe vom 14. November 2016 in Rz. 41 darauf hin, dass das Fehlen von Unterlagen, welche das Vorgehen bei der Informationsbeschaffung bezüglich der

Dimensionierung der Vermittlungsanlagen dokumentierten, eine erhebliche Lücke darstelle und als grobe Unterlassung seitens der Gesuchsgegnerin einzustufen sowie bei der Würdigung des Kostennachweises entsprechend zu berücksichtigen sei. Die nun nachträglich erhobenen Angaben besäßen nicht die gleiche Unabhängigkeit und Beweiskraft wie Informationen, welche in chronologischer Folge dokumentiert worden wären. Es kann offen bleiben, inwiefern nachträglich erhobene Angaben eine geringere Beweiskraft zukommen soll als Informationen, welche in chronologischer Folge dokumentiert worden sind. Bei der Netzstrukturanpassung handelt es sich um eine Spezifität der von der Gesuchsgegnerin gewählten Systemlieferantin, weshalb eine andere Lieferantin nicht als Informationsquelle herbeigezogen werden kann. Wie nachfolgend gezeigt wird, reichen die 30/41 eingereichten Informationen zur Klärung des Sachverhalts. Im Ergebnis genügen somit die vorliegenden Informationen. Im Gegensatz zur Gesuchstellerin kann die ComCom die Lücke im Kostennachweis nicht als grobe Unterlassung seitens der Gesuchsgegnerin qualifizieren. Die Vermittlungstechnik stellt regelmässig einen grossen Kostenblock im Kostenmodell dar. Dies gilt auch für den Kostennachweis 2012 sowie für die Kostennachweise der vorangegangenen Jahre. Die Com-Com hatte bislang nie bemängelt, dass die Gesuchsgegnerin in diesem Bereich die Ansprüche an die Dokumentation nicht erfülle. Sie konnte daher bei der Erstellung ihres Kostennachweises davon ausgehen, dass ihr bisheriges Vorgehen weiterhin in Ordnung ist. Es ist daher verfehlt, von einer groben Unterlassung seitens der Gesuchsgegnerin zu sprechen.

E. 3.3.3.2

Vorwurf des schwerwiegenden Widerspruchs Die Gesuchstellerin macht in ihrer Eingabe vom 7. September 2016 geltend, es sei ein schwerwiegender Widerspruch, dass die Systemlieferantin die Frage 5 des Schreibens der Instruktionsbehörde vom 12. April 2016 nicht beantwortet habe. In ihrer Eingabe vom 14. November 2016 führt sie aus, die Frage sei darauf ausgerichtet gewesen, zu erfahren, welche Architektur im Vermittlungsnetz eine effiziente Anbieterin im Jahr 2011 gewählt hätte, wenn sie neu in den Markt eingetreten wäre. Die Beantwortung dieser Frage sei vorliegend zentral, da sie genau jener Frage entspreche, welche nach dem Bundesverwaltungsgericht zu klären sei. Der erhebliche Widerspruch ergebe sich aus der Antwort der Systemlieferantin zu Punkt 3, wo diese angebe, sie habe jeweils nach der grössten Effizienz des Netzes anhand der Vorgaben der Gesuchsgegnerin gesucht. Die Systemlieferantin gebe somit selber an, dass sie in der Lage gewesen sei, anhand der Vorgaben der Gesuchsgegnerin ein Netz mit grösster Effizienz zu bestimmen. Gemäss Gesuchstellerin stimme somit entweder diese Antwort nicht oder, falls die Antwort korrekt sei, so genügten die Vorgaben der Gesuchsgegnerin zuhanden der Systemlieferantin, um ein Netz mit grösster Effizienz zu bestimmen, womit diese auch in der Lage sein solle, Frage 5 hinreichend zu beantworten. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Zwar trifft es zu, dass Frage 5 des Schreibens der Instruktionsbehörde vom 12. April 2016 genau jener Frage entspricht, welche nach dem Bundesverwaltungsgericht zu klären ist. Wie die Instruktionsbehörde indes im Schreiben vom 13. September 2016 an den Preisüberwacher darlegte, verfügte die Systemlieferantin nicht über die notwendigen Angaben um die gestellte Frage der Instruktionsbehörde zu beantworten. Entgegen der Interpretation der Gesuchstellerin widerspricht dies nicht der Antwort auf Frage 5. Wie die Gesuchstellerin selbst darlegt, erklärt die Systemlieferantin in der Antwort auf Frage 3, sie habe jeweils selbst nach der grössten Effizienz des Netzes an Hand der Vorgaben der Gesuchsgegnerin gesucht. Da dies der Instruktionsbehörde zum Zeitpunkt der Befragung

der Systemlieferantin nicht bekannt war, konnten die die notwendigen Vorgaben nicht in die Fragestellung aufgenommen werden. Folglich konnte die Systemlieferantin die Frage nicht beantworten. Dies ist allerdings, wie sich aus den vorliegenden Erwägungen ergibt, nicht entscheidend. Die Vorgaben zur Funktionalität des Netzes sind entscheidend, damit die Systemlieferantin nach der grössten Effizienz im Netz suchen kann. Wie aus dem Schreiben der Systemlieferantin hervorgeht, erstellt diese nicht

31/41 eine Offerte mit einem komplett dimensionierten Netz, sondern sie stellt der Gesuchsgegnerin die notwendigen Angaben bereit, damit diese ihr Netz entsprechend ihren Rahmenbedingungen selbst dimensionieren und bewerten kann. Im Ergebnis ist auch für die ComCom kein schwerwiegender Widerspruch ersichtlich und es besteht kein Grund, den Antworten der Systemlieferantin ein geringeres Gewicht beizumessen als anderen Überlegungen, die zur Entscheidungsfindung herangezogen werden.

E. 3.3.3.3

Kenntnisstand der Gesuchsgegnerin Die Gesuchstellerin argumentiert in ihrer Eingabe vom 14. November 2016 in Rz. 45, dass die Instruktionsbehörde fälschlicherweise weiterhin davon ausgehe, dass der Kenntnisstand der Gesuchsgegnerin entscheidend sei, um den Zeitpunkt einer Netzstrukturanpassung zu bestimmen. Diese Einschätzung gehe auch klar aus dem Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts hervor, weshalb die Überlegungen der Instruktionsbehörde im Orientierungsschreiben an den Preisüberwacher in den Randziffern 89 bis 92 vorliegend ohne Belang seien. Diese Auffassung verkennt die Überlegungen der Instruktionsbehörde, welche in ihrem Orientierungsschreiben an den Preisüberwacher dargelegt hat, dass der Kenntnisstand der Gesuchsgegnerin nicht entscheidend, sondern mitentscheidend sei. Davon geht auch die ComCom aus. Der Kenntnisstand der Gesuchsgegnerin ist insofern mitentscheidend, als dass die Gesuchsgegnerin die Möglichkeit haben muss, mit zumutbarem Aufwand einen Kostennachweis zu erbringen, welcher die gesetzlichen Anforderungen erfüllt. Grundsätzlich kann davon ausgegangen werden, dass alle Informationen, die der Gesuchsgegnerin vorliegen, auch der hypothetisch effizienten Markteintriterin bekannt sind. Des Weiteren sind alle dem allgemeinen und objektiven Kenntnisstand entsprechenden Informationen relevant, die von der Gesuchsgegnerin mit zumutbarem Aufwand erlangt werden können. Folglich geht es darum zu bestimmen, was die Gesuchsgegnerin gewusst hat, hätte wissen können und was sie nicht wissen konnte. Konnte sie etwas nicht wissen, ist dieser Umstand aus Sicht der Regulierungsbehörde bei der Würdigung zu berücksichtigen. Aufgrund der Abklärungen der Instruktionsbehörde ist davon auszugehen, dass es sich bei der Netzstrukturanpassung um eine Spezifität der Systemlieferantin handelt. Das Wissen über die mögliche Anpassung wird demnach stark durch die Systemlieferantin gesteuert und es erscheint plausibel, dass die Gesuchsgegnerin im fraglichen Zeitpunkt trotz technischer Machbarkeit nicht darüber informiert war, dass die Netzstrukturanpassung möglich gewesen wäre. Schliesslich kann in einer arbeitsteiligen Marktwirtschaft nicht davon ausgegangen werden, dass die Gesuchsgegnerin oder jede andere Netzbetreiberin bezüglich der möglichen Konfigurationen des Vermittlungstechniksystems über die gleichen Kenntnisse verfügt wie die Lieferantin dieses Systems. Bereits aus diesen Überlegungen liesse sich schliessen, dass die Netzstrukturanpassung nicht Teil des allgemeinen und objektiven Kenntnisstands sein kann.

32/41 Bezüglich der Bemühungen der Gesuchsgegnerin zur Informationsbeschaffung lässt sich festhalten, dass sie bei der Erstellung des Kostennachweises für das Jahr 2012 – im

Rahmen eines angemessenen Aufwands – nach bestem Wissen gehandelt hat. So geht aus dem Schreiben der Systemlieferantin hervor, dass ihr die Gesuchsgegnerin im für den Kostennachweis 2012 relevanten Vorjahr (2011) dieselbe Informationsanfrage wie für den Kostennachweis 2013 gestellt hatte, weshalb davon ausgegangen werden kann, dass die Netzstrukturanpassung nicht auf Initiative der Gesuchsgegnerin thematisiert worden ist. Es kann somit festgehalten werden, dass die weiteren Sachverhaltsabklärungen die Schlussfolgerung stützen, wonach die Gesuchsgegnerin im fraglichen Jahr keine Kenntnis von der möglichen Netzstrukturanpassung hatte. Auch hat sie sich angemessen bemüht, ihren Vorgaben entsprechende Informationen für ihr Kostenmodell einzuholen. Die von ihr formulierten Vorgaben – wie sie aus den Dimensionierungsregeln der Vermittlungstechnik und dem Schreiben der Systemlieferantin hervorgehen – erscheinen auch bezüglich einer hypothetisch effizienten Markteintreterin plausibel. Obschon bereits aufgrund dieser Überlegungen die Kritik der Gesuchstellerin ins Leere geht, wird nachfolgend noch geprüft, ob eine hypothetisch effiziente Markteintreterin nicht doch hätte Kenntnis von der Netzstrukturanpassung haben können.

E. 3.3.3.4

Kenntnisstand und Netz einer theoretisch effizienten Anbieterin Vorab ist zu bemerken, dass es grundsätzlich mehrere Varianten gibt, wie ein Vermittlungssystem aufgebaut sein kann. Je nach den berücksichtigten Funktionalitäten fällt das resultierende System unterschiedlich aus. Da in Abhängigkeit der Funktionalitäten unterschiedlich aufgebaute Vermittlungssysteme auch unterschiedliche Kosten verursachen, kann die geforderte Effizienz nicht lediglich in Bezug auf die Kosten verschiedener Konfigurationen beurteilt werden, sondern es müssen auch die Funktionalitäten berücksichtigt werden. Unterscheiden sich die Kosten, weil unterschiedliche Funktionalitäten vorliegen, kann nicht ohne Weiteres die Schlussfolgerung gezogen werden, dass die günstigere Konfiguration die effizientere sei. Entgegen dem Vorbringen der Gesuchstellerin in ihrer Eingabe vom 14. November 2016 (Rz. 47) ist der Umstand, dass mit der Netzstrukturanpassung ein Wegfall von Funktionalitäten verbunden ist, dementsprechend nicht bedeutungslos, sondern im Gegenteil sogar entscheidend. Wie bereits zuvor in Ziffer 3.3.3.3 ausgeführt, handelt es sich bei der Netzstrukturanpassung um eine Spezifität der Systemlieferantin. Es ist deshalb davon auszugehen, dass Netzbetreiberinnen nur über die möglichen Netzstrukturanpassungen informiert sein können, wenn sie diese Information von der Systemlieferantin erhalten. Das gilt demnach auch für eine hypothetisch effiziente Markteintreterin. Ob die Systemlieferantin die Netzbetreiberin über die Netzstrukturanpassung informiert, hängt entscheidend davon ab, welche Anforderungen – auch an die Funktionalitäten – eine Netzbetreiberin an das Vermittlungssystem stellt bzw. welche Vorgaben sie der Systemlieferantin macht. Der Kenntnisstand einer theoretisch effizienten Anbieterin kann gestützt auf die vorgängigen Ausführungen nicht abschliessend festgelegt werden, da er abhängig von der Reaktion

33/41 der Systemlieferantin auf die von der Netzbetreiberin gemachten Vorgaben an die Vermittlungstechnikanlagen ist. Eine theoretisch effiziente Anbieterin hatte demnach 2011 nicht in jedem Fall Kenntnis von der Netzstrukturanpassung. Womit auch nicht auf der Hand liegt, dass eine theoretisch effiziente Anbieterin im Jahr 2012 ein Netz mit angepasster Vermittlungstechnikstruktur überhaupt erstellt hätte, da der Verzicht auf eine angepasste Netzstruktur auch nicht als ineffizient bezeichnet werden kann. Diese Schlussfolgerung ergibt sich aus der bereits erwähnten Tatsache, dass die

Netzstrukturanpassung auch mit einem Wegfall von Funktionalitäten verbunden ist. Namentlich sind auf den angepassten Strecken Taxierung und Verkehrsmessung nicht mehr möglich. Diese zwei Funktionen können für eine theoretische Netzbetreiberin durchaus relevant sein und es ist nicht ausgeschlossen, dass diesen Funktionen aus betrieblicher Optik ein derart grosses Gewicht beigemessen wird, so dass deren Beibehaltung stärker gewichtet wird als die mögliche Kostenreduktion. Eine hypothetisch in den Markt eintretende Netzbetreiberin kann ihre betrieblichen Ziele unter Umständen effizienter erreichen, wenn sie sich gegen die Netzstrukturanpassung entscheidet. Jedenfalls erkennt die ComCom keine Entscheidungskriterien, welche die eine oder die andere betriebliche Entscheidung als stärker mit den fernmelderechtlichen Vorgaben vereinbar bezeichnen würde. Beide Ansätze sind gerechtfertigt und die Gesuchsgegnerin hat ein Kostenmodell präsentiert, das auch für eine theoretisch effiziente Anbieterin plausible Rahmenbedingungen mit sich bringt. Dass eine Mehrheit der Kundinnen der Systemlieferantin im Jahr 2011 keine angepasste Netzstruktur im Einsatz hatte, wertet die ComCom als Indiz dafür, dass Taxierung und Verkehrsmessung in den betrieblichen Überlegungen von Netzbetreiberinnen auch zu diesem Zeitpunkt noch eine wichtige Rolle spielten. Soweit die Gesuchstellerin diesbezüglich in ihrer Eingabe vom 14. November 2016 vorbringt, die Instruktionsbehörde habe in ihren Schlussfolgerungen wesentliche Aspekte im Zusammenhang mit der praktischen Realisierung einer Netzstrukturanpassung nicht berücksichtigt und sich gar in Widerspruch zur bisherigen Praxis der ComCom begeben, indem sie auf die historisch gewachsenen Verhältnisse gewisser Anbieterinnen abstelle, kann diesen Ausführungen nicht gefolgt werden. Zwar ist der Gesuchstellerin zuzustimmen, dass die Anpassung einer Netzstruktur mit Migrationskosten verbunden ist und eine Anbieterin je nach Umständen mit der Anpassung zuwarten wird. Allerdings sind die Migrationskosten in diesem Fall vernachlässigbar, da weiterhin die gleichen Anlagen in Betrieb sind. Lediglich in Bezug auf das Mengengerüst kommt es zu Anpassungen, weil die Leitungsausrüstungen neu konfiguriert werden müssen. Der Kern der Netzstrukturanpassung liegt in einer veränderten Verbindung der bestehenden Ausrüstungen, die softwareseitig mit einem Wegfall von Funktionen verbunden ist. Inwiefern der betriebliche Entscheid einer Netzbetreiber für oder gegen die Taxierung und Verkehrsmessung einen Zusammenhang mit der Praxis der ComCom zur „workable efficiency“ haben soll, erschliesst sich nicht. Der in jeder Hinsicht legitime betriebliche Entscheid, die Funktionalität der Verkehrsmessung und Taxierung im Vermittlungssystem vorzusehen, hat nichts mit historisch gewachsenen Verhältnissen und „workable efficiency“ zu tun. Im Ergebnis zeigt sich, dass es nicht nur eine einzige korrekte Antwort auf die Frage gibt, welche Netzstruktur im Vermittlungssystem einer hypothetisch effizienten Markteintreterin

34/41 zum Einsatz gekommen wäre. Damit ist zur Klärung des Sachverhalts einzig relevant, ob sich die Gesuchsgegnerin gesetzeskonform verhalten hat oder nicht (vgl. Ziffer 3.3.3.3). Dennoch sollen die weiteren Aspekte auch beleuchtet werden. Bevor abschliessend auf die Anreizwirkungen einer rückwirkenden Anpassung eines zum damaligen Zeitpunkt unbekanntem Sachverhalts auf die Gesuchsgegnerin eingegangen wird, wird auf das Verhalten der Systemlieferantin eingegangen.

E. 3.3.3.5

Verhalten der Systemlieferantin Es stellt sich allenfalls noch die Frage, weshalb die Systemlieferantin von sich aus der Gesuchsgegnerin die Netzstrukturanpassung erst für

den Kostennachweis 2013 vorgeschlagen hat, obwohl davon auszugehen ist, dass diese gegenüber der Systemlieferantin die mit der Netzstrukturanpassung wegfallenden Funktionalitäten nicht explizit erwähnt hat. Die Systemlieferantin war in beiden Jahren mit der gleichen Anfrage seitens der Gesuchsgegnerin konfrontiert (vgl. Ziffer 3.3.2). Wie die Systemlieferantin im Schreiben vom 3. Mai 2016 ausführt, war die Informationsbeschaffung für die Preise 2012 nicht der erste Kontakt mit der Gesuchsgegnerin im Rahmen der Kostenmodellierung. Gesuchsgegnerin und Systemlieferantin haben sich über die Jahre immer wieder ausgetauscht und es scheint sich ein Prozess eingespield zu haben, bei welchem die Systemlieferantin schrittweise nach der grössten Effizienz im verwendeten Netzansatz gesucht hat. Das erklärt noch nicht den Zeitpunkt der Kommunikation der Netzstrukturanpassung. Es scheint aber auf der Hand zu liegen, dass der Befund der Systemlieferantin zu einem grossen Teil von den sich jährlich ändernden Rahmenbedingungen (zum Beispiel sich verändernde Teilnehmerzahlen), unter welchen ihr Vermittlungssystem zum Einsatz kam, abhing. Sodann erscheint plausibel, dass der Zeitpunkt zu einem gewissen Grad auch zufällig gewählt wurde. Dies erscheint unkritisch, da die mit der Netzstrukturanpassung gewonnene Effizienz mit rund 4% Investitionsreduktion moderat ausfällt. Es erscheint im Weiteren unerheblich, wann die Systemlieferantin die Netzstrukturanpassung kommuniziert. Zumal die ComCom auch im Jahr 2013 einen Kostennachweis als mit den gesetzlichen Anforderungen in Einklang beurteilt hätte, welchen eine Anbieterin ohne Netzstrukturanpassung modelliert hätte. Die damit verbundenen Modellannahmen sind als plausibel für die Rahmenbedingungen einer hypothetisch effizienten Markteintreterin zu beurteilen und stehen damit in Einklang mit den fernmelderechtlichen Vorgaben, weshalb es letztlich unerheblich ist, wann die Systemlieferantin welche Anpassung vorgeschlagen hat.

E. 3.3.3.6

Anreizwirkungen auf die Gesuchsgegnerin Im Rahmen einer umfassenden Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts ist schliesslich auch zu prüfen, welche Anreizwirkung auf die Gesuchsgegnerin ein Entscheid der Regulierungsbehörde für oder gegen eine nachträgliche Netzstrukturanpassung hat. Die Gesuchstellerin moniert diesbezüglich, die Gesuchsgegnerin hätte keine Anreize mehr, kostensenkende Anpassungen zu machen, wenn die Regulierungsbehörde vorliegend zum Schluss käme, die Netzstrukturanpassung sei nicht rückwirkend umzusetzen. Die Gesuchsgegnerin könnte sich dann hinter der Argumentation der ComCom verstecken und würde auf Anpassungen verzichten. Auf die von der Instruktionsbehörde im Orientierungsschreiben an den

35/41 Preisüberwacher vom 13. September 2016 gemachten Überlegungen geht sie aber in ihrer Schlussstellungnahme vom 14. November 2016 nicht ein. Darin gab die Instruktionsbehörde zu bedenken, dass sich ein Entscheid über die Anordnung rückwirkender Anpassungen in Zukunft auch zu Ungunsten der Gesuchstellerin auswirken könnte, wenn die Gesuchsgegnerin dadurch Anreize erhalte, auf kostensenkende Anpassungen in laufenden Verfahren zu verzichten. Dieser Meinung ist auch die ComCom. Sie erachtet es als genauso wahrscheinlich, dass ein Entscheid für eine nachträgliche Netzstrukturanpassung dazu führen könnte, dass die Gesuchsgegnerin eher dann Anreize hat, kostensenkende Anpassungen zu unterlassen, wenn sie damit rechnen muss, dass diese rückwirkend auf bereits der Überprüfung unterliegende Kostennachweise, angewendet werden. Die Gesuchsgegnerin selbst hat mit dem vorliegend diskutierten Sachverhalt in einem Kostennachweis kostensenkende Anpassungen während einem laufenden

Verfahren vorgenommen, obwohl sie aufgrund von entsprechenden Überlegungen zum Funktionsumfang des Vermittlungssystems darauf hätte verzichten können. Sie hat denn auch in der Vergangenheit im Hinblick auf neue Kostennachweise mehrmals gezeigt, dass sie von sich aus Anpassungen vornimmt, die sich kostensenkend auswirken.

E. 3.3.4

Fazit Im Resultat ist somit festzuhalten, dass aus technischer Sicht die Netzstrukturanpassung zwar möglich gewesen wäre, die Gesuchsgegnerin im fraglichen Zeitpunkt jedoch keine Kenntnis davon haben konnte. Da es sich bei der Netzstrukturanpassung um eine Spezifität der Systemlieferantin handelt, ist unklar, welchen Kenntnisstand eine hypothetisch effizienten Markteintreterin gehabt hätte. Aus betrieblichen Überlegungen wäre aufgrund wegfallender Funktionalitäten ein Kostennachweis sowohl mit als auch ohne Netzstrukturanpassung denkbar. In beiden Fällen ist er mit den fernmelderechtlichen Vorgaben vereinbar. Da sich die Gesuchsgegnerin angemessen bemüht hat, die notwendigen Informationen einzuholen, kann ihr nicht vorgeworfen werden, sie hätte für das Jahr 2012 einen in diesem Bereich unzureichenden Kostennachweis eingereicht. Mithin ist von einer Netzstrukturanpassung im Kostennachweis 2012 abzusehen.

E. 4

Diese Verfügung wird den Parteien schriftlich gegen Rückschein eröffnet.

Eidgenössische Kommunikationskommission ComCom

Marc Furrer Präsident

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 9023 St. Gallen 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.

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