



Bern, 9. Oktober 2008

Teilverfügung

der Eidgenössischen Kommunikationskommission ComCom

Zusammensetzung Marc Furrer, Präsident, Christian Bovet, Vizepräsident,
Andreas Bühlmann, Monica Duca Widmer,
Reiner Eichenberger, Stephan Netzle

in der Sache **COLT Telecom AG**, Mürtschenstrasse 27, 8048 Zürich

Gesuchstellerin

gegen **Swisscom (Schweiz) AG**, 3050 Bern

Gesuchsgegnerin

betreffend **Bedingungen des vollständig entbündelten Zugangs zum Teilneh-
meranschluss (TAL) sowie der Kollokation (KOL)**

Hinweis: Die ComCom publiziert die Verfügungen vom 9.10.2008 in den Verfahren Sunrise bzw. Colt vs. Swisscom betreffend die Bedingungen des vollständig entbündelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss (TAL) sowie der Kollokation (KOL). Ebenfalls am 9.10.2008 hat die ComCom je einen Entscheid in den beiden Zugangsverfahren Orange bzw. Cablecom vs. Swisscom betreffend TAL und KOL gefällt. Dabei waren jedoch keine weitergehenden materiellen Rechtsfragen zu beantworten als in den publizierten Verfügungen.



Inhaltsverzeichnis

I	Prozessgeschichte	5
II	Erwägungen	9
1	Verfahrensvoraussetzungen	9
1.1	Allgemein	9
1.2	Zuständigkeit	9
1.3	Verfahrensgegenstand	9
1.4	Teilentscheid	10
1.5	Rechtsschutzinteresse	11
1.5.1	Festsetzung von Preisen für nicht bezogene Leistungen	11
1.5.2	Zeitpunkt der Wirksamkeit der Preise 2007	13
1.6	Verhandlungsfrist	14
1.7	Formular für Zugangsgesuche	14
1.8	Einigungsangebot	14
1.9	Fazit	15
2	Pflicht zur Gewährung des Zugangs	15
2.1	Marktbeherrschung	15
2.2	Pflichtige Dienste	16
2.2.1	Form der Kollokation	17
2.2.2	Weitere Verpflichtungen, gesetzliche Grundlage von Art. 56 FDV	18
2.2.2.1	Wirtschaftsfreiheit.....	19
2.2.2.2	Delegationsgrundsätze.....	20
2.2.2.3	Grundzüge und Zweck der gesetzlichen Regelung	21
3	Nachweis kostenorientierter Preise	22
3.1	Kostennachweis in formeller Hinsicht	23
3.1.1	Gesetzliche Grundlagen.....	23
3.1.2	Das Kostenmodell Cosmos der Gesuchsgegnerin	23
3.1.3	Herleitung der Preise aus Cosmos	25
3.1.4	Beurteilung des Kostennachweises in formeller Hinsicht	25
3.2	Kostennachweis in materieller Hinsicht	26
3.2.1	Gesetzliche Grundlagen.....	26
3.2.2	Modell der bestreitbaren Märkte (Contestable Markets)	27
3.2.3	Berechnung der Kosten auf aktueller Basis (Forward Looking).....	28
3.2.4	Beurteilung des Kostennachweises in materieller Hinsicht.....	29



4	Anpassungen	29
4.1	Kapitalkostensatz für das physische Festnetz	31
4.1.1	Allgemein	31
4.1.2	Berechnung der CAPM-Rendite	32
4.1.2.1	Der Risikofaktor Beta	32
4.1.2.2	Der risikolose Zinssatz	34
4.1.2.3	Die Marktrisikoprämie	34
4.1.2.4	Die durchschnittliche Marktrendite	35
4.1.2.5	Der langfristige risikolose Zinssatz	35
4.1.2.6	Ergebnis	36
4.1.3	Berechnung des Fremdkapitalkostensatzes	36
4.1.4	Massgebliche Steuerbelastung	37
4.1.5	Fremdfinanzierungsgrad	37
4.1.6	Ergebnis	37
4.2	Abschreibungsdauern für das physische Festnetz	38
4.3	Beilauf	41
4.4	Preisänderungsraten	43
4.4.1	Preisänderungsraten der Tiefbauleistungen	43
4.4.2	Preisänderungsraten der Kupferkabel	44
4.5	Anpassungen der Preise für Werkleitungs- und Belagbau	46
4.6	Kupferpreis und Kupferkabelpreis	47
4.7	Anpassungen NPK 233.113 und NPK 242.103	48
4.8	Anpassungen Schächte	49
4.9	Anpassung Regieanteil	49
4.10	Anpassung Ingenieurhonorar	50
4.11	Anlagen der Vermittlungstechnik (Lawful Interception)	52
4.12	Dienstleistungskosten (direkte Betriebskosten)	53
4.13	Projektkosten	53
4.14	Overhead und Corporate Overhead (Gemeinkosten)	54
4.15	Serviceprozesse	57
4.16	Anpassungen in Exceltabellen	59
4.16.1	Betreffend TAL	59
4.16.2	Betreffend KOL	60
5	Preisfestsetzung	62
5.1	Preise TAL	62
5.2	Preise KOL	62
6	Weitere Anträge	64



6.1	Verbindung mit Anlagen Dritter	64
6.2	Reziprozität	66
III	Kosten	67



I Prozessgeschichte

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

„1. **Feststellung der Preise für Zugang**

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

[...]

1.2.2 Kollokation FDV

[...]

1.2.3 Teilnehmeranschluss

[...]

2. **Verfügung von einzelnen Zugangsbedingungen**

[...]

2.2 **Kollokation FDV**

2.2.1 Reziprozität

Ziff. 6.3 der Vertragsurkunde, wonach die FDA verpflichtet ist, bei Vorliegen der Voraussetzungen Kollokation FDV zu den gleichen Konditionen wie diejenige von Swisscom Fixnet AG zu gewähren, sei zu streichen.

2.2.2 Verbindung mit anderen FDA

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

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

2.2.3 Handbuch Betrieb

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

2.3 **Teilnehmeranschluss**

2.3.1 Reziprozität

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

2.3.2 Leistungsbeschreibung

Ziff. 2 Leistungsübersicht sei durch den Zugang zum Teilabschnitt der TAL (Quartierverteilerkasten) zu ergänzen.

[...]

3. **Kostenfolge**

Unter Kostenfolgen zulasten der Gesuchsgegnerin, unabhängig vom Verfahrensausgang,

[...]



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

[...]

2. Kollokation FDV

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

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

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

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

b) Klausel 6.3 des Vertrags (Reziprozität)

„Die FDA gewährt Swisscom Fixnet bei Vorliegen der Voraussetzungen (insbesondere der Marktbeherrschung) Kollokation FDV zu den gleichen Konditionen wie diejenigen von Swisscom Fixnet.“

3. Vollständig entbundelter Zugang zum Teilnehmeranschluss

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

3.2. Die zwischen den Parteien strittige Klausel 6.3 des Vertrags betreffend vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss (Reziprozität) sei wie folgt zu verfügen:

„Die FDA gewährt Swisscom Fixnet bei Vorliegen der Voraussetzungen (insbesondere der Marktbeherrschung) den Zugang zum Teilnehmeranschluss zu den gleichen Konditionen wie diejenigen von Swisscom Fixnet.“

[...]

8. Verfahrenskosten

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

Zudem reichte die Gesuchsgegnerin am 16. November 2007 erste Dokumente betreffend Kostennachweis für TAL und KOL ein.

Am 18. Dezember 2007 gab die Gesuchsgegnerin ihr Kostenmodell Cosmos ab, mit welchem sie die Preise für ihre Dienstleistungen berechnet.

Am 16. Januar 2008 fand zwischen Vertreterinnen und Vertretern des Bundesamtes für Kommunikation (BAKOM) und der Gesuchsgegnerin eine Besprechung betreffend die Handhabung des Kostenmodells Cosmos im Rahmen der Zugangsverfahren statt, an welcher die Themen Verfügbarkeit, Zugriffsrechte, Umgang mit kommerziellen Diensten und Schulung besprochen wurden.

Mit Schreiben vom 28. Januar 2008 teilte die Gesuchstellerin der Instruktionsbehörde mit, sie beantrage ausdrücklich auch die Festlegung der Preise für das Jahr 2008, welche die Gesuchsgegnerin ihr am 19. November 2007 mitgeteilt habe.

Mit Datum vom 8. Februar 2008 reichte die Gesuchsgegnerin den Gesamtkostennachweis für die Jahre 2007 und 2008 ein.



Am 20. und am 21. Februar 2008 fanden bei der Gesuchsgegnerin die ersten Instruktionstreffen zwischen Vertreterinnen und Vertretern der instruierenden Behörden und der Gesuchsgegnerin zum Kostenmodell Cosmos statt.

Die Gesuchsgegnerin stellte mit Eingabe vom 22. Februar 2008 folgende Rechtsbegehren:

1. *„Auf das Gesuch um Festlegung der Preise der eingeklagten Leistungen sei für das Jahr 2007 nicht einzutreten, soweit die Gesuchstellerin diese Leistungen gemäss Beilage 1 nicht bezogen hat.*
2. *Die Preise der eingeklagten Leistungen seien für die Zeit ab 1. Januar 2008 gemäss Beilage 2 zu verfügen.“*

Am 27. Februar 2008 fand bei der Gesuchsgegnerin ein weiteres Instruktionstreffen zum Kostenmodell Cosmos statt.

Mit Schreiben vom 14. Februar 2008 stellte das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) den Verfahrensparteien in Aussicht, der ComCom Antrag auf Erlass vorsorglicher Massnahmen zu stellen, wonach die Gesuchsgegnerin verpflichtet würde, innert Frist ein Basisangebot für die Gewährung des Zugangs zum Teilabschnitt der Teilnehmeranschlussleitung zu veröffentlichen. Die Parteien erhielten gleichzeitig Gelegenheit, hierzu Stellung zu nehmen.

Mit Schreiben vom 29. Februar 2008 unterstützte die Gesuchstellerin ausdrücklich den vom BAKOM in Aussicht gestellten Erlass einer vorsorglichen Massnahme. Die Gesuchsgegnerin ihrerseits beantragte mit Schreiben vom 29. Februar 2008, vom Erlass vorsorglicher Massnahmen sei abzusehen.

Die Gesuchsgegnerin beantwortete am 7. März 2008 den ersten Block der vom BAKOM anlässlich der bisherigen Instruktionstreffen gestellten Fragen (sog. To-Do-Liste A)

Am 12. März 2008 fand bei der Gesuchsgegnerin ein weiteres Instruktionstreffen zum Kostenmodell Cosmos statt.

Mit Datum vom 14. März 2008 versandte die instruierende Behörde an die Gesuchstellerinnen von diversen hängigen Zugangsverfahren einen Fragebogen zum Thema Preisgerüst Tiefbau/Rohrverlegung zur Beantwortung. Dieser Fragebogen wurde auch der Gesuchstellerin zugestellt.

Der zweite Block der zuhanden des BAKOM zu beantwortenden Fragen (sog. To-Do-Liste B) wurde von der Gesuchsgegnerin am 14. März 2008 beantwortet.

Am 18. März 2008 teilte die Gesuchsgegnerin unter Bezugnahme auf eine Medienmitteilung vom 17. März 2008 zur rückwirkenden Senkung des Preises für den vollständig entbündelten Teilnehmeranschluss per 1. Januar 2008 mit, dass die der Presse gegenüber angekündigte Senkung des wiederkehrenden Preises auf Fr. 23.50 ausserhalb der hängigen Zugangsverfahren erfolgt sei und für die Verfahren, soweit andere Preise betreffend, nicht relevant sei. Der kommunizierte neue Preis sei weder in Anwendung der LRIC-Methode festgelegt, noch aufgrund einer erneuten Änderung von Parametern im Kostenmodell Cosmos bestimmt worden.

Mit Zwischenverfügung vom 19. März 2008 verpflichtete die ComCom die Gesuchsgegnerin vorsorglich, bis spätestens am 1. Juli 2008 ein Basisangebot für den Zugang zum Teilabschnitt der Teilnehmeranschlussleitung zu veröffentlichen. Die Verfügung blieb in der Folge unangefochten.

Das letzte Instruktionstreffen zum Kostenmodell Cosmos fand am 20. März 2008 statt.

Die Gesuchsgegnerin beantwortete den dritten Block der von der Instruktionsbehörde anlässlich der bisherigen Instruktionstreffen gestellten Fragen (sog. To-Do-Liste C) am 20. März 2008.



Mit Eingabe vom 11. April 2008 erklärte die Gesuchsgegnerin, sie habe beschlossen, den Preis für die vollständige Entbündelung des Teilnehmeranschlusses rückwirkend per 1. April 2007 auf Fr. 23.50 zu senken.

Am 16. April 2008 und am 25. April 2008 beantwortete die Gesuchsgegnerin von der Instruktionsbehörde anlässlich der Instruktionstreffen gestellte Zusatzfragen.

Mit Eingabe vom 7. Mai 2008 und vom 9. Mai 2008 beantwortete die Gesuchsgegnerin weitere Zusatzfragen aus den Instruktionstreffen.

Das BAKOM unterbreitete am 20. Mai 2008 dem Preisüberwacher seine vorläufige Einschätzung zur Streitsache und ersuchte diesen um seine Stellungnahme gemäss Art. 15 des Preisüberwachungsgesetzes vom 20. Dezember 1985 (PüG; SR 942.20). Mit Stellungnahme vom 18. Juni 2008 äusserte sich dieser zur vorläufigen Einschätzung des BAKOM.

Mit Schreiben vom 16. Juni 2008 äusserte sich die Gesuchstellerin zum Verfahrensgegenstand und führte aus, welche Dienste sie im Jahre 2007 bereits bezogen habe. Diesbezüglich hielt sie weiterhin an einer Festsetzung der Preise bis zum 31. Dezember 2007 fest.

Am 23. Juli 2008 setzte das BAKOM den Parteien Frist zur Einreichung einer Schlussstellungnahme zu den beiden Zugangsformen TAL und KOL.

Die Parteien reichten am 18. und 22. August 2008 ihre Schlussstellungen zu TAL und KOL ein.

Auf die konkreten Vorbringen der Parteien wird, soweit entscheiderelevant, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.



II Erwägungen

1 Verfahrensvoraussetzungen

1.1 Allgemein

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

1.2 Zuständigkeit

Gemäss Art. 11a FMG verfügt die ComCom bei Streitigkeiten über den Zugang auf Gesuch einer Partei und auf Antrag des BAKOM die Bedingungen des Zugangs. Streitigkeiten aus Vereinbarungen und Verfügungen über den Zugang werden hingegen durch die Zivilgerichte beurteilt (Art. 11b FMG). Das Verfügen von Zugangsbedingungen setzt mithin voraus, dass sich die Parteien über diese nicht vertraglich einigen konnten (sog. Verhandlungsprimat).

Vorliegend sind sich die Parteien in ihren Vertragsverhandlungen betreffend den Zugang zum vollständig entbündelten Teilnehmeranschluss sowie betreffend Kollokation nicht in allen Punkten einig geworden. Diesbezüglich haben sie in ihren Verträgen vom 6./9. Juli 2007 die Höhe der Preise für TAL und KOL offen gelassen sowie für diverse in den entsprechenden Basisangeboten der Gesuchgegnerin vorgesehene Klauseln Dissens erklärt. Für diese Punkte beantragt die Gesuchstellerin die verfügungsweise Festlegung durch die ComCom. Dabei handelt es sich um Streitigkeiten über die Bedingungen des Zugangs gemäss Art. 11a FMG und folglich ist die ComCom für die Behandlung des Gesuchs vom 28. September 2007 zuständig.

Soweit die Gesuchstellerin hingegen beantragt, dass die in Ziff. 2.2 Handbuch Betrieb Kollokation für die Dauer einer Machbarkeitserklärung vorgesehene Frist von fünfzehn auf fünf Tage zu beschränken sei, ist die ComCom aus nachfolgenden Gründen nicht zuständig.

Die Parteien haben einen Vertrag über Kollokation abgeschlossen, welcher diverse Bestandteile beinhaltet. Zu diesen zählt unter anderen auch das Handbuch Betrieb Kollokation. Die Gesuchstellerin hat bei Unterzeichnung des Vertrags Vorbehalte bei den Vertragsbestandteilen „Handbuch Preise“ und „Vertragsurkunde“ angebracht. Bei dem Vertragsbestandteil „Handbuch Betrieb“ hat sie dies unterlassen. Folglich ist von einer vertraglichen Einigung zwischen den Parteien auszugehen, wodurch es der ComCom verwehrt ist, rechtsgestaltend einzugreifen. Auf den entsprechenden Antrag der Gesuchstellerin kann deshalb nicht eingetreten werden.

1.3 Verfahrensgegenstand

Gegenstand eines Verwaltungsverfahrens sind die Rechtsbeziehungen, welche eine Behörde von Amtes wegen oder auf Begehren der beteiligten Personen regeln soll (vgl. THOMAS MERKLI/ARTHUR AESCHLIMANN/RUTH HERZOG, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 25 Rz 13). Das Zugangsverfahren gemäss den Bestimmungen des Fernmelderechts setzt ein entsprechendes Gesuch einer Partei voraus, von Amtes wegen kann es nicht angehoben werden. Folglich bestimmen auch in erster



Linie die Rechtsbegehren der gesuchstellenden Partei den Verfahrensgegenstand, was sich unter anderem auf den Umfang des festzustellenden Sachverhalts und den Umfang der Rechtsanwendung von Amtes wegen auswirkt (vgl. ULRICH ZIMMERLI/WALTER KÄLIN/REGINA KIENER, Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrechts, 1997, S. 60).

Bezüglich der Rechtsbegehren, welche die Gesuchsgegnerin in ihrer Stellungnahme vom 2. Oktober 2007 und in ihrer Eingabe vom 22. Februar 2008 stellt, ist festzuhalten, dass diese keinen Einfluss auf den Verfahrensgegenstand haben und insoweit nur für die Verlegung allfälliger Verfahrenskosten relevant sein können.

In Bezug auf den TAL-Preis „Überlassung der Teilnehmeranschlussleitung“ ist zu beachten, dass dieser in der Version 1-2 vom Handbuch Preise ab dem 1. Januar 2008 auf Fr. 31.00 lag, in der Version 1-3 aber per 1. März 2008 mit Fr. 23.50 beziffert wurde. Es könnte sich deshalb die Frage stellen, welche Preishöhe im vorliegenden Verfahren Gegenstand der Überprüfung bilden soll. Es ist allerdings zu beachten, dass die Gesuchsgegnerin der Instruktionsbehörde am 18. März 2008 mitteilte, der Preis von Fr. 23.50 sei „ausserhalb der hängigen Zugangsverfahren“ festgesetzt worden und für die Verfahren, soweit andere Preise betreffend, nicht relevant. Der kommunizierte neue Preis sei weder in Anwendung der LRIC-Methode (dazu unten Ziff. 3.2.2) festgelegt noch aufgrund einer erneuten Änderung von Parametern im Kostenmodell Cosmos bestimmt worden. Die Gesuchsgegnerin „unterziehe“ sich beim wiederkehrenden TAL-Preis einer tieferen Preisfestlegung als ursprünglich beantragt. Die Frage, ob es in einem verwaltungsrechtlichen Zugangsverfahren überhaupt möglich wäre, sich zu „unterziehen“ und welche allfälligen Konsequenzen daraus resultieren könnten, kann offen gelassen werden. Die Gesuchsgegnerin teilte explizit mit, die letzte Preisreduktion für die Überlassung der Teilnehmeranschlussleitung auf Fr. 23.50 sei ausserhalb des Verfahrens erfolgt. Sie ist für dieses deshalb auch irrelevant.

1.4 Teilentscheid

Die Gesuchstellerin stellt in ihrem Gesuch vom 28. September 2007 Rechtsbegehren nicht nur bezüglich TAL und KOL, sondern auch hinsichtlich der weiteren in Art. 11 Abs. 1 Bst. c, e und f FMG vorgesehenen Zugangsformen Kabelkanalisationen, Mietleitungen und Verrechnung von Teilnehmeranschlüssen. Im Hinblick auf die Zugangsform TAL stellte sie zudem das Rechtsbegehren, Ziff. 2 der Leistungsübersicht TAL sei durch den Zugang zum Teilabschnitt der TAL (Quartierverteilerkasten) zu ergänzen. Über diese Anträge kann zum heutigen Zeitpunkt noch nicht entschieden werden, da das Instruktionsverfahren zu ihnen nach wie vor im Gang ist.

Zu den von der Gesuchstellerin anhängig gemachten Rechtsbegehren hinsichtlich der Zugangsformen Kabelkanalisationen, Mietleitungen und Verrechnung von Teilnehmeranschlüssen waren bei der Weko gemäss Art. 11a Abs. 2 FMG Stellungnahmen einzuholen, da die Frage der Marktbeherrschung zu beurteilen war. Die drei Gutachten der Weko gingen am 3. Juni 2008, am 23. Juni 2008 und am 7. Juli 2008 beim BAKOM ein. Für diese Zugangsformen hat die Gesuchsgegnerin teilweise noch Ergänzungen zu ihrem Kostennachweis einzureichen und der Preisüberwacher wird noch Gelegenheit zur Stellungnahme gemäss Art. 15 PüG erhalten. Die Anträge sind deshalb noch nicht entscheidungsreif.

Bezüglich dem Rechtsbegehren nach Zugang zum Teilabschnitt der TAL hat die ComCom mit Zwischenverfügung vom 19. März 2008 die Gesuchsgegnerin im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme verpflichtet, bis spätestens am 1. Juli 2008 ein Basisangebot für den Zugang zum Teilabschnitt der Teilnehmeranschlussleitung zu veröffentlichen. Nachdem die Gesuchsgegnerin dieser Verpflichtung fristgerecht nachgekommen war, forderte die Instruktionsbehörde die Gesuchstellerin mit Schreiben vom 8. Juli 2008 auf, bis zum 31. Juli 2008 mitzuteilen, ob sie das veröffentlichte Angebot der Gesuchsgegnerin für einen Zugang zum Teilabschnitt (Teilabschnitt-Teilnehmeranschlussleitung [T-TAL] und Kollokation Teilabschnitt [T-KOL] in der Version 1.0 vom 1. Juli 2008) annehmen wolle. Sollte die



Gesuchstellerin eine Festsetzung einzelner Bedingungen durch die ComCom verlangen, so sei der Antrag zu begründen und namentlich auszuführen, inwiefern das Angebot nicht den gesetzlichen Vorgaben entspreche. Mit Schreiben vom 10. Juli 2008 gelangte die Gesuchsgegnerin an die Instruktionsbehörde mit dem Ersuchen, das Schreiben vom 8. Juli 2008 zurückzurufen. Die Gesuchstellerin habe ausschliesslich den Zugang zu Teilabschnitten des Teilnehmeranschlusses nachgesucht. Mit dem Angebot vom 1. Juli 2008 sei diese Forderung vollumfänglich erfüllt. Aufgrund der im Verfahren geltenden Dispositionsmaxime könne den Parteien jedoch nicht mehr oder anderes zugesprochen werden, als diese verlangten. Überdies gelte im Zugangsbereich das Verhandlungsprimat, das der Vertragsfreiheit Vorrang vor behördlichen Eingriffen einräume und es der Behörde verbiete, sich von sich aus in die Verhandlungen einzumischen und den Parteien bspw. einen verbindlichen Zeitrahmen vorzugeben. Mit Schreiben vom 14. Juli 2008 liess das BAKOM die Eingabe der Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin zukommen und hielt dazu fest, die Fristansetzung bleibe aufrechterhalten. Mit Schreiben vom 29. August 2008 stellte die Gesuchstellerin innerhalb der ihr zwischenzeitlich verlängerten Frist hinsichtlich des von der Gesuchsgegnerin per 1. Juli 2008 Basisangebots zahlreiche Rechtsbegehren, welche unter anderem auch die von der Gesuchsgegnerin verlangten Preise zu Thema haben.

Somit ist das Verfahren hinsichtlich der erwähnten Rechtsbegehren im Bereich der Zugangsformen Mietleitungen, Kabelkanalisationen, Verrechnung von Teilnehmeranschlüssen sowie T-TAL und T-KOL noch nicht entscheidungsreif. Über die übrigen im Gesuch vom 28. September 2007 anhängig gemachten Rechtsbegehren (vgl. oben Ziff. I) kann jedoch entschieden werden kann. Mit Blick auf die Interessenlage der Parteien, die an einer möglichst raschen Klärung der hängigen Rechtsfragen interessiert sein müssen, und mit Blick auf die vom Gesetzgeber auch aus diesem Grund angestrebte beförderliche Behandlung der Zugangsgesuche rechtfertigt es sich nicht zuzuwarten, bis über sämtliche Verfahrensgegenstand bildenden Rechtsbegehren entschieden werden kann. Vielmehr erweist es sich als sachgerecht, vorerst über alle entscheidungsreifen Rechtsbegehren im Rahmen einer Teilverfügung zu entscheiden und die auf die Preisfestsetzung im Zusammenhang mit dem Zugang zum Teilabschnitt zielenden Rechtsbegehren sowie diejenigen betreffend die weiteren Zugangsformen, die alle ohne weiteres unabhängig von den zum jetzigen Zeitpunkt entscheidungsreifen Anträgen beurteilt werden können, im Rahmen eines späteren Entscheids zu behandeln.

1.5 Rechtsschutzinteresse

Der Anspruch auf Erlass einer Verfügung setzt ein schutzwürdiges Interesse voraus. Dies gilt nicht nur für den in Art. 25 VwVG explizit erwähnten Fall der Feststellungsverfügung, sondern analog auch für Gestaltungs- und Leistungsverfügungen (vgl. BGE 120 Ib 351 E. 3a S. 355, PIERRE TSCHANEN/ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. Bern 2005, § 30 Rz. 29). Das schutzwürdige Interesse muss nicht zwingend ein rechtliches sein; auch ein bloss tatsächliches kann genügen. Das geforderte Interesse muss aber grundsätzlich aktueller und praktischer Natur sein. Dieses Erfordernis soll sicherstellen, dass das Gericht konkrete und nicht bloss theoretische Fragen entscheidet. Es dient damit der Prozessökonomie (vgl. BGE 114 Ia 131).

1.5.1 Festsetzung von Preisen für nicht bezogene Leistungen

Mit der letzten Revision des Fernmeldegesetzes, die am 1. April 2007 in Kraft getreten ist, hat der Gesetzgeber an der so genannten Ex-post-Regulierung festgehalten. Der ComCom als eidgenössische Regulierungsbehörde ist es im Unterschied zu den umliegenden europäischen Ländern verwehrt, von Amtes wegen die relevanten Märkte zu definieren, die Anbieterinnen zu bezeichnen, die auf diesen Märkten eine beherrschende Stellung einnehmen und diesen Anbieterinnen bestimmte Pflichten aufzuerlegen. Eine Regulierung kann lediglich auf Antrag einer Anbieterin von Fernmeldediensten (FDA) und im Rahmen der von ihr gestellten Rechtsbegehren vorgenommen werden. Hinge-



gen verlangt das Fernmelderecht für die Einreichung eines Zugangsgesuchs nicht, dass die Gesuchstellerin den fraglichen Dienst bereits bezieht, bzw. in der Vergangenheit bezogen hat oder mit der Gesuchsgegnerin einen entsprechenden Vertrag abgeschlossen hat. Eine Anbieterin kann ein durchaus legitimes Interesse daran haben, die Bedingungen und Preise für den Zugang mit der Gesuchsgegnerin vor Aufnahme der entsprechenden Geschäftstätigkeit zu kennen, um gestützt darauf die nötigen betriebswirtschaftlichen Berechnungen vorzunehmen. Ein Entscheid der ComCom beschlägt diesfalls ein allfälliges künftiges Zugangsverhältnis zwischen den Parteien, bzw. Dienste, die erst zu einem späteren Zeitpunkt bezogen werden. So besteht für eine FDA ein schutzwürdiges Interesse für die behördliche Festlegung von nach wie vor angebotenen Preisen, auch wenn sie die entsprechenden Leistungen noch nicht bezogen hat. Anders verhält es sich hingegen bei Preisen, die aktuell keine Geltung mehr beanspruchen können, weil sie durch neu angebotene Preise abgelöst wurden. Wurden Leistungen zu nicht mehr gültigen Preisen gar nicht bezogen, so besteht an deren Festsetzung lediglich ein theoretisches, nicht mehr aktuelles Interesse.

Die Gesuchstellerin beantragt in ihrem Gesuch vom 28. September 2007 die kostenorientierte Festlegung der im Gesuch aufgeführten Preise aus den Handbüchern Preise der Gesuchsgegnerin. Zum Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs offerierte die Gesuchsgegnerin zu den Preisen gemäss ihrem Handbuch Preise Teilnehmeranschlussleitung Version 1-0 vom 1. April 2007 respektive Handbuch Preise Kollokation Version 1-1 vom 5. April 2007, welches am 17. August 2007 rückwirkend per 1. April 2007 durch die Version 1-2 ersetzt wurde. Aufgrund oben stehender Ausführungen hatte die Gesuchstellerin im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung somit grundsätzlich ein schutzwürdiges Interesse an der behördlichen Festlegung aller strittigen Preise. Betreffend die Preise für Leistungen, die die Gesuchstellerin im Jahr 2007 nicht bezogen hat, fiel das erforderliche schutzwürdige Interesse am Erlass einer Verfügung hingegen mit der Ersetzung der Handbücher Preise per 1. Januar 2008 dahin, da die Gesuchstellerin diese Leistungen nicht nur nicht bezogen hat, sondern zu den damals geltenden Preisen auch nicht mehr beziehen könnte. Mit Schreiben vom 16. Juni 2007 hat die Gesuchstellerin denn auch präzisiert, welche Dienstleistungen sie 2007 tatsächlich bezogen hat und für welche sie folglich weiterhin an einer behördlichen Preisfestsetzung festhalte. Diese Darstellung blieb in der Folge unwiderrprochen.

Gestützt auf das oben Gesagte sind demnach die Preise für die folgenden Dienstleistungen TAL (Tabelle 1) und KOL (Tabelle 2) zu verfügen:

TAL	2007	2008
<i>Wiederkehrende Preise</i>		
Überlassung der Teilnehmeranschlussleitung	x	x
<i>Einmalige Preise</i>		
Neuschaltung TAL auf einer zuvor aktiven Leitung		x
Neuschaltung TAL auf einer zuvor inaktiven Leitung	x	x
Annullierung einer TAL Bestellung nach Status ‚Accepted‘		x
Technologiewechsel auf einer bestehenden TAL		x
Analyse der TAL Ablehnung, detaillierte Begründung und sofern möglich Ausarbeiten einer Alternative		x
Störungsbehebung einer TAL		x

Tabelle 1 : Zu verfügende Preise TAL



KOL	2007	2008
<i>Wiederkehrende Preise</i>		
Energie 230 V AC ab Netz		x
Energie 48 V DC (geschützt)	x	x
Fläche (Mindestbenutzung Rackplatz 2m ²)	x	x
<i>Einmalige Preise</i>		
Machbarkeitsabklärung Kollokation	x	x
Begehung nach Absage (negative Machbarkeit)		
Bereitstellung Kollokation	x	x
TAL: Kupferkablage 2-Draht zum Hauptverteiler Swisscom	x	x
MLF: Kupferkablage 2-Draht zum Hauptverteiler Swisscom		x
MLF: Kupferkablage 4-Draht zum Hauptverteiler Swisscom		x
TAL: Ausbau Kupferkablage 2-Draht zum Hauptverteiler Swisscom		x
MLF: Ausbau Kupferkablage 2-Draht zum Hauptverteiler Swisscom		x
MLF: Kupferkablage 4-Draht zum Hauptverteiler Swisscom		x
Produktwechsel IFS		x
Mutationen		x
Kündigung		x
Begeleitung Standard (Anmeldung grösser als 48 Stunden)		x
Begleitung Express (Anmeldung kleiner als 48 Stunden)		x

Tabelle 2 : Zu verfügbare Preise KOL

1.5.2 Zeitpunkt der Wirksamkeit der Preise 2007

Weiter ist auf die Frage einzugehen, ab wann die von der ComCom zu verfügbaren Preise Gültigkeit haben. Die Gesuchstellerin beantragt eine Festlegung per 1. April 2007, die Gesuchsgegnerin erachtet für die Wirksamkeit der Preise den 1. Juli 2007 als relevant. Sie bringt vor, mangels Vereinbarung habe die Gesuchstellerin von April bis Juni 2007 gar keine Zugangsdienstleistungen beziehen können und es fehle ihr deshalb an einem Rechtsschutzinteresse für die Festlegung von Preisen für diesen Zeitraum.

Die Argumentation der Gesuchsgegnerin verkennt, dass die ComCom für das ganze Kalenderjahr die Preise festlegt und nicht für einen bestimmten Zeitraum innerhalb eines Kalenderjahres. Dieses Vorgehen ist praktikabel und korreliert mit dem Umstand, dass die marktbeherrschende Anbieterin gemäss Art. 53 Abs. 1 der Verordnung über die Fernmeldedienste vom 9. März 2007 (FDV; SR 748.101.1) mindestens jährlich ein aktualisiertes Basisangebot für den Zugang zu ihren Einrichtungen und Diensten zu veröffentlichen hat. Die Preise für die Monate April bis Juni 2007 unterscheiden sich mithin nicht von denjenigen ab Juli 2007. Ob die Gesuchstellerin an der Festlegung der Preise 2007 ein schutzwürdiges Interesse hat, beurteilt sich danach, ob sie Leistungen in diesem Jahr überhaupt



bezogen hat. Hat sie dies, so hat sie die Gesuchsgegnerin nach den von der ComCom zu bestimmenden kostenorientierten Preisen dafür zu entschädigen. Jedenfalls könnte aus dem Umstand, dass die Parteien vorerst drei Monate zu verhandeln haben, bevor sie an die ComCom gelangen können, nicht geschlossen werden, dass die Gesuchstellerin während dieser Zeit allenfalls rechtswidrige Preise für bezogene Leistungen zu entrichten hätte. Da die Gesuchstellerin im Zeitraum vor Vertragschluss keine Leistungen bezogen hat, ist die Frage der Wirksamkeit der Preise für den Zeitraum vor dem 1. Juli 2007 jedoch ohnehin irrelevant.

1.6 Verhandlungsfrist

Gemäss Art. 11a Abs. 1 FMG kann die ComCom grundsätzlich erst um eine Verfügung der Zugangsbedingungen angegangen werden, wenn die beteiligten Anbieterinnen sich vorgängig nicht innerhalb von drei Monaten einigen können. Der Gesetzgeber räumt damit der rechtsgeschäftlichen Einigung der Parteien Priorität gegenüber der behördlichen Festsetzung der Zugangsbedingungen ein. Bei dieser Dreimonatsfrist handelt es sich um eine eigenständige, spezialgesetzliche Prozess- und Eintretensvoraussetzung (BGE 2A.276/2006 vom 12. Juli 2006, E. 2.3).

Am 5. April 2007 sandte die Gesuchsgegnerin die Musterverträge für die Zugangsformen TAL und KOL. In der Folge kam es zu Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien. Am 6. bzw. 9. Juli 2008 unterzeichneten die Parteien Vereinbarungen über die Zugangsformen TAL und KOL. Die dissidenten Punkte liessen sie dabei offen. Die dreimonatige Verhandlungsfrist wurde mithin eingehalten.

1.7 Formular für Zugangsgesuche

Ein Gesuch um Erlass einer Zugangsverfügung hat nebst den Anträgen und den wesentlichen Tatsachen auch das vom BAKOM bereitgestellte Formular für Zugangsgesuche zu umfassen (Art. 70 Abs. 1 Bst. c FDV). Dieses bezieht sich in erster Linie auf die Frage der Marktbeherrschung und zielt darauf ab, das Verfahren durch das möglichst frühzeitige und strukturierte Sammeln aller vorhandenen, entscheidungsrelevanten Informationen zu beschleunigen. Das Formular ist für jeden Zugangsdienst auszufüllen, der Gegenstand des Verfahrens bildet und bei dem feststeht oder absehbar ist, dass die Gesuchsgegnerin die Marktbeherrschung bestreitet. Es soll die Vorarbeiten zur Erstellung des Gutachtens über die Marktbeherrschung durch die Eidgenössische Wettbewerbskommission (Weko) beschleunigen helfen. Das Einreichen des Formulars bildet hingegen keine absolute Eintretensvoraussetzung.

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

1.8 Einigungsangebot

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

Die ComCom hat in ihrer Teilverfügung vom 14. Dezember 2007 in der Sache Verizon Switzerland AG vs. Swisscom Fixnet AG festgehalten, dass die von der Gesuchsgegnerin eingereichten Unterlagen zum Nachweis der Kostenorientierung der Preise der Gesuchstellerin in weiten Teilen nur in einer abgedeckten Version zur Kenntnis gebracht werden konnten, weil sie Geschäftsgeheimnisse enthielten. Die Gesuchstellerin sei deshalb weder im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung noch nach Abschluss des Beweisverfahrens selbst in der Lage gewesen, die Kostenorientierung der Preise nach Massgabe der Geschäftszahlen der Gesuchsgegnerin zu überprüfen. Es entspreche dem Regelfall,



dass vor Einreichung eines Zugangsgesuchs keine Verhandlungen über ein konkretes Einigungsangebot zwischen den Parteien geführt würden und ein solches somit auch nicht vorgelegt werden könne. Im Rahmen des Instruktionsverfahrens könne das BAKOM eine Schlichtungsverhandlung durchführen, was angezeigt erscheine, wenn die Parteien ihren Verhandlungswillen glaubhaft darlegten und eine Einigung unter den Parteien möglich erscheine. Auch nach Abschluss des Beweisverfahrens könne aber von einer Gesuchstellerin nur dann das Einreichen eines Einigungsangebots verlangt werden, wenn die Parteien explizit die Durchführung einer Schlichtungsverhandlung zu den Preisen verlangten. Andernfalls mache ein Einigungsangebot verfahrensrechtlich keinen Sinn. Die Verordnungsbestimmung von Art. 70 Abs. 2 FDV sei dahingehend zu verstehen, dass ein allfälliges Einigungsangebot bis spätestens nach Abschluss des Beweisverfahrens dem BAKOM einzureichen sei. Das Einreichen des Einigungsangebots bilde deshalb keine absolute Eintretensvoraussetzung.

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

1.9 Fazit

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die formellen Voraussetzungen in Bezug auf den Antrag um Festlegung einer Dauer von fünf Tagen für Machbarkeitserklärungen nicht eingetreten werden kann. Weitergehend sind die Eintretensvoraussetzungen hingegen erfüllt.

2 Pflicht zur Gewährung des Zugangs

2.1 Marktbeherrschung

Hinsichtlich TAL ist die Frage der Marktbeherrschung gänzlich unbestritten.

Im Bereich KOL bestreitet die Gesuchsgegnerin ihre Marktbeherrschung nicht grundsätzlich, sondern macht subsidiär für den Fall, dass die ComCom sie „zur Erbringung von Kollokationsdienstleistungen verpflichten wolle, die keinen direkten Zusammenhang mit der Realisierung von Zugangsdiensten haben“. Diesfalls verfüge sie auf dem Markt für die Vermietung von Fläche nicht über eine marktbeherrschende Stellung. Sie bringt weiter vor, sie behalte sich gegebenenfalls auch bezüglich der strittigen Frage der Verbindung von Standorten eine Stellungnahme zur Frage der Marktbeherrschung vor. So beantragt sie, dass im Falle eines Eintretens auf die diesbezüglichen Begehren der Gesuchstellerin im Rahmen der Instruktion zunächst die aktuellen Marktverhältnisse abzuklären wären und die Wettbewerbskommission gestützt auf Art. 11a Abs. 2 FMG zu beauftragen wäre, ein Gutachten zur Frage der Marktbeherrschung zu verfassen.

Die Gesuchstellerin äussert sich nicht einlässlich zu dieser Frage. Dem von ihr beigelegten Formular für Zugangsgesuche bezüglich KOL lässt sich jedoch entnehmen, dass nach Ansicht der Gesuchstellerin für KOL kein Wettbewerb besteht, da dieser Dienst ausschliesslich von der Gesuchsgegnerin angeboten werde.

Nach Art. 11 Abs. 1 FMG müssen grundsätzlich nur marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen auf transparente und nicht diskriminierende Weise sowie zu kostenorientierten Preisen in den explizit aufgeführten Formen Zugang zu ihren Einrichtungen und Diensten gewähren. Voraussetzung für eine kostenorientierte Preisgestaltung im Sinne von Art. 11 Abs. 1 FMG ist somit das Vorliegen von Marktbeherrschung im relevanten Markt. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig



zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz, KG; SR 251]).

Da es sich bei der Kollokation nicht um eine eigenständige Zugangsform, sondern unstreitig um die Voraussetzung zur technischen Realisierung der gesetzlich vorgesehenen Zugangsformen handelt, stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis die Kollokation zum Konzept der Marktbeherrschung gemäss Art. 11 FMG steht. Die Verpflichtung zur Gewährung von Netzzugang setzt gemäss Art. 11 FMG eine marktbeherrschende Stellung der pflichtigen Anbieterin voraus. Art. 11 FMG zählt im Weiteren die möglichen Zugangsformen abschliessend auf. Ob Zugang zu gewähren ist, beurteilt sich gemäss der Systematik der gesetzlichen Regelung danach, ob betreffend die vorgesehenen Zugangsformen eine marktbeherrschende Stellung gegeben ist oder nicht. Ist sie gegeben, so ist der Zugang zu gewähren. Damit der Zugang technisch realisiert werden kann, braucht es das Angebot der Kollokation. Mit anderen Worten hat die Gesuchsgegnerin wegen ihrer marktbeherrschenden Stellung auch die von Art. 11 FMG vorgesehenen Zugangsformen anzubieten und nicht die Kollokation. Letztere muss sie deshalb anbieten, weil diese technische Voraussetzung für die Realisierung des Rechts auf Zugangsgewährung in einer der vom Gesetz statuierten Formen ist, und nicht etwa, weil sie bezüglich der in der FDV statuierten Kollokationspflicht eine marktbeherrschende Stellung innehat. Es kann deshalb auch nicht sein, dass eine Fernmeldedienstanbieterin gestützt auf eine marktbeherrschende Stellung zur Gewährung des Zugangs in einer der in Art. 11 FMG genannten Formen verpflichtet ist, diese Verpflichtung aber mit der Behauptung, sie sei im Bereich der Kollokation nicht marktbeherrschend, vereiteln kann. Kollokation und Marktbeherrschung haben nicht den von der Gesuchsgegnerin behaupteten direkten Zusammenhang. Vielmehr kann sich die Frage der Marktbeherrschung bei der Kollokation gar nicht stellen.

Somit war die Instruktionsbehörde auch nicht verpflichtet, Marktverhältnisse abzuklären und ein Gutachten zur marktbeherrschenden Stellung bei der Weko einzuholen. Es ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass nach Art. 11a Abs. 2 FMG das BAKOM die Weko zu konsultieren hat, wenn die Frage der Marktbeherrschung zu beurteilen ist. Diese Bestimmung hat zum Zweck, eine Zersplitterung der wettbewerbsrechtlichen Rechtsprechung für gleiche Tatbestände zu verhindern (vgl. dazu die Botschaft zum revidierten Fernmeldegesetz vom 10. Juni 1996 in BBl 1996 III 1427, CLEMENS VON ZEDTWITZ, Interkonnektion von Telekommunikationsnetzen, Zürich 2007, S. 195 sowie RETO A. HEINZMANN, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, Diss. ZH 2005, S. 22). Sie bedeutet hingegen nicht, dass die Instruktionsbehörde in absolut jedem Fall, in dem eine Partei die Frage der marktbeherrschenden Stellung aufwirft, auch verpflichtet ist, die Marktverhältnisse abzuklären und bei der Weko ein Gutachten in Auftrag zu geben. Wäre dem anders, wäre es ein Leichtes, jedes Verfahren zu verschleppen, was auch angesichts der Ordnungsfrist von Art. 11a Abs. 3 FMG nicht im Sinne des Gesetzgebers sein kann. So hat die Instruktionsbehörde vorliegend angesichts der Tatsache, dass sich die Frage der Marktbeherrschung bei der Kollokation gar nicht stellen kann, zu Recht darauf verzichtet, diesbezüglich weitergehende Abklärungen zu treffen.

Gestützt auf diese Ausführungen hat die Gesuchsgegnerin grundsätzlich Kollokation in den von den fernmelderechtlichen Bestimmungen vorgesehenen Formen anzubieten.

2.2 Pflichtige Dienste

Über den Katalog der Dienste, die die Gesuchsgegnerin im Zusammenhang mit der Zugangsform TAL anzubieten hat, herrscht zwischen den Parteien Einigkeit und dieser ist auch aus regulatorischer Sicht nicht zu beanstanden. Klärungsbedarf besteht hingegen bezüglich der Frage, in welcher Form Kollokation anzubieten ist und wozu die Gesuchsgegnerin als marktbeherrschende Anbieterin im Rahmen der Kollokation gesetzlich verpflichtet ist.



2.2.1 Form der Kollokation

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

Die Gesuchstellerin äussert sich nicht zu dieser Thematik.

Art. 56 Abs. 3 FDV sieht als minimale und ausreichende Form der Kollokation die offene Kollokation vor. Die marktbeherrschende Anbieterin ist demnach verpflichtet, mindestens eine Kollokation ohne bauliche Abtrennung anzubieten. Sie kann hingegen auch Formen der Kollokation anbieten, welche über das vorgesehene Mindestmass der offenen Kollokation hinausgehen. Die Kosten für die Realisierung eines solchen Ausbaus können hingegen nicht im Rahmen eines Zugangsverfahrens festgelegt werden. Das BAKOM hat denn auch richtigerweise im Rahmen der Verfahrensinstruktion nur die entsprechenden Kosten für diese Form der Kollokation, das heisst ohne bauliche Abtrennung am Standort der marktbeherrschenden Anbieterin, als relevant erachtet und Preise für diese offene Form der Kollokation hergeleitet. Dadurch wird das Kollokationskonzept der Gesuchsgegnerin nicht in Frage gestellt. Ist es der Wille der Gesuchsgegnerin, die Kollokation räumlich abgetrennt anzubieten, steht es ihr selbstverständlich frei, dies zu tun. Sie ist einzig durch Art. 56 Abs. 3 FDV verpflichtet, mindestens die Form der offenen Kollokation anzubieten. Dies lässt sich schon dem Erläuterungsbericht zur Fernmeldeverordnung¹ entnehmen und wurde auch im Laufe des Verfahrens nie in Frage gestellt. Nicht gesagt ist durch die gesetzliche Regelung allerdings, wer die Kosten für eine baulich abgetrennte Kollokation zu tragen hat. Dabei kann wohl nach den gängigen Gepflogenheiten zwischen Vertragspartnern davon ausgegangen werden, dass diejenige Partei die Kosten für einen nicht pflichtigen Mehraufwand trägt, die ihn wünscht. Erachtet also die Gesuchsgegnerin eine baulich abgetrennte Kollokation als sinnvoll, so hat sie dafür die Mehrkosten dieser Variante zu tragen. Ist es die Gesuchstellerin, die einen über das gesetzlich geforderte Mindestangebot hinausgehenden Ausbauwunsch anbringt, so hat sie die entsprechenden Kosten zu tragen. Vorausgesetzt, dass die Gesuchsgegnerin zu einer solchen Lösung überhaupt Hand bietet. Wäre es schliesslich wegen Platzknappheit gar nicht möglich, am Standort Kollokation anzubieten, so würde die Bestimmung von Art. 57 FDV greifen.

Da es sich bei einer durch bauliche Massnahmen abgetrennten Kollokation aber um eine Dienstleistung handelt, zu welcher eine marktbeherrschende Anbieterin gesetzlich nicht verpflichtet ist, ist es der ComCom auch verwehrt, regulierend einzugreifen. Nicht pflichtige Dienste dürfen nicht reguliert werden. Es erstaunt deshalb etwas, dass gerade die Gesuchsgegnerin, welche sich in der Regel gegen jegliche Eingriffe der Regulierungsbehörde zur Wehr setzt, hier eine behördliche Festlegung von Preisen für eine Dienstleistung verlangt, zu der sie gesetzlich nicht verpflichtet ist.

In diesem Zusammenhang ist im Weiteren kurz auf das Argument der Gesuchsgegnerin, die Eintretensvoraussetzungen für eine Regulierung nur der offenen Kollokation seien nicht gegeben, einzugehen. Diese Auffassung ist nicht korrekt. Es trifft zwar zu, dass die ComCom nur regulierend eingreifen kann, wenn sich die Parteien nicht einig sind und eine Partei bei ihr ein Gesuchsverfahren anhebt.

¹ Abrufbar unter <http://www.bakom.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00512/00871/index.html>, S. 21.



Vorliegend ist diese Verfahrensvoraussetzung bezüglich der Preise für Kollokation erfüllt. Andererseits kann die ComCom aber nur für pflichtige Dienste kostenorientierte Preise verfügen und betreffend Kollokation besteht nur für die offene Form eine gesetzliche Pflicht. Mit anderen Worten kann die ComCom im Rahmen der Kollokation nur Preise für die offene Kollokation verfügen, weshalb auch nur diesbezüglich die Eintretensvoraussetzungen überhaupt gegeben sein können. Die Aussage der Gesuchsgegnerin, das geltende Recht ermächtige den Sektorregulator nicht, die Kollokation auf eine offene Kollokation zu beschränken, ist verkehrt. Das geltende Recht bestimmt das Ausmass der pflichtigen Dienste und setzt der Regulierung somit in der Hinsicht Grenzen, als die Regulierungsbehörde nicht eingreifen darf, wo keine Verpflichtung zur Zugangsgewährung besteht. Es ist also das Recht, welches das Ausmass der Regulierung bestimmt und nicht die Regulierungsbehörde. Würde Letztere auch für Dienste, welche die Gesuchsgegnerin ausserhalb dieser Pflicht anbietet, kostenorientierte Preise festlegen, würde sie ihre Kompetenzen überschreiten und das Recht verletzen.

Soweit die Gesuchsgegnerin erklärt, es fehle an einer gesetzlichen Grundlage für eine Beschränkung des regulierten Angebots auf eine offene Kollokation, kann auf die soeben gemachten und auf die nachfolgenden Ausführungen betreffend gesetzlicher Grundlage für die Verordnungsbestimmungen im Bereich der Kollokation verwiesen werden (unten Ziff. 2.2.2). Ergänzend sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass die Auslegung von Art. 56 Abs. 3 FDV zu keinem anderen Ergebnis führen kann, als dass die ComCom Preise nur für die offene Kollokation verfügen darf. Es sei in diesem Zusammenhang nochmals erwähnt, dass dadurch die Möglichkeit der Gesuchsgegnerin, eine über die gesetzliche Mindestanforderung hinausgehende Kollokation anzubieten, in keiner Weise vermindert wird. Die Kosten für solche baulichen Massnahmen können hingegen aus rechtlichen Gründen nicht im Rahmen eines Zugangsverfahrens festgelegt werden. Ob es aus tatsächlichen Gründen überhaupt möglich wäre, behördlich kostenorientierte Preise zu verfügen, kann deshalb auch offen gelassen werden. Angesichts des Umstandes, dass die jeweiligen Ausbauten wohl einen sehr stark auf die konkreten Räumlichkeiten zugeschnittenen individuellen Charakter hätten, bestehen allerdings grosse Zweifel daran. Was schliesslich nicht sein kann, ist, dass für jeden konkreten Standortausbau ein Zugangsverfahren vor der ComCom angestrengt werden soll. Die ComCom hat die Bedingungen des Zugangs festzulegen. Für Streitigkeiten aus Vereinbarungen und aus den Verfügungen über den Zugang ist der Zivilrichter verantwortlich (Art. 11b FMG).

Die Gesuchsgegnerin macht schliesslich geltend, im Verhältnis zu Anbieterinnen, welche gemäss den geltenden Verträgen geschlossene Kollokation beziehen, könnten die Preise einer offenen Kollokation nicht massgeblich sein. Dem ist zu widersprechen. Diese Preise sind in der Hinsicht relevant, als sie Mindestpreise für jeden Kollokationsbezug darstellen und insoweit auch von jeder Bezügerin zu bezahlen sind, entweder als Gesamtpreis (bei offener Kollokation) oder nur als Teilpreis (bei über offene hinausgehende Kollokation). Es ist Sache der Parteien zu bestimmen, wer im zweiten Fall den zusätzlichen Mehraufwand zu tragen hat. Die ComCom ist dafür aus den dargelegten Gründen nicht kompetent. Ob, wie die Gesuchsgegnerin vorbringt, hinsichtlich der Anbieterinnen, die gemäss Vertrag geschlossene Kollokation beziehen, davon auszugehen sei, dass die von der Gesuchsgegnerin bereitgestellten abgegrenzten Flächen deren Wunsch entsprechen und damit auch unter Berücksichtigung der Kosten baulicher Massnahmen abgegolten werden müssen, ist eine Frage des zivilrechtlich zu beurteilenden Einzelfalles und entzieht sich der Kenntnis der ComCom. Die Formulierung der Ziff. 5.2 in der Leistungsbeschreibung zum Basisangebot KOL FDV der Gesuchsgegnerin, wonach die Gesuchsgegnerin die mögliche Variante auswählt, lässt aber Zweifel daran aufkommen, dass die Wünsche der nachsuchenden Anbieterinnen im Zentrum der jeweiligen Vertragsverhandlungen stehen.

2.2.2 Weitere Verpflichtungen, gesetzliche Grundlage von Art. 56 FDV

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



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

Die Gesuchstellerin erklärt, sie verlange lediglich das, was vom Gesetzgeber vorgesehen und auf dem Verordnungsweg konkretisiert worden sei. Sie verweist auf Art. 56 Bst. d und e FDV und erklärt, das in Art. 11 Abs. 1 FMG festgelegte Nichtdiskriminierungsgebot bilde eine ausreichende gesetzliche Grundlage für diese Bestimmung.

2.2.2.1 *Wirtschaftsfreiheit*

Gemäss dem Legalitätsprinzip von Art. 5 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. Dezember 1998 (BV; SR 101) hat alles staatliche Handeln gesetzmässig zu sein. Das rechtsstaatliche Erfordernis der gesetzlichen Grundlage wird bezüglich Eingriffe in verfassungsmässig garantierte Grundrechte in Art. 36 BV konkretisiert. Steht ein Eingriff in eine grundrechtlich geschützte Position zur Debatte, so muss dieser Eingriff dann vom Gesetz selber vorgesehen sein, wenn er als schwerwiegend zu taxieren ist.

Soweit die Gesuchsgegnerin vorbringt, es fehle an einer genügenden gesetzlichen Grundlage für einen Eingriff in die von Art. 27 BV garantierte Wirtschaftsfreiheit ist Folgendes anzumerken: Vorab wäre eigentlich die Frage zu beantworten, ob sich die Gesuchsgegnerin im Bereich staatlicher Regulierung überhaupt auf dieses Grundrecht berufen kann. So eindeutig wie sie dies vorbringt, ist die Sache nicht (vgl. BGE 132 II 13 E. 6.4.1; PHILIPP HÄSLER, Geltung der Grundrechte für öffentliche Unternehmen, Diss. Bern 2005, S. 169; MATTHIAS AMGWERT, Netzzugang in der Telekommunikation, Diss. Zürich 2008, S. 222). Die Frage kann allerdings offen bleiben, da die FDV ohnehin eine genügende gesetzliche Grundlage bilden würde für die Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit, die der Gesuchsgegnerin gestützt auf die Bestimmungen von Art. 56 Abs. 2 Bst. d und e FDV durch die Kollokation erwachsen würden. Wie einleitend erwähnt, verlangt die Verfassung nur für schwerwiegende Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit eine formellgesetzliche Grundlage. Leichtere Eingriffe sind bereits durch die Normstufe der Verordnung gedeckt (vgl. REGINA KIENER/WALTER KÄLIN, Grundrechte, Bern 2007, S. 89). Als schwerwiegenden Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit hat das Bundesgericht etwa das Verbot einer Erwerbs- oder Geschäftstätigkeit respektive die Einführung einer entsprechenden Bewilligungspflicht (BGE 125 I 335 E. 2b) bezeichnet. Die Verpflichtungen, die der Gesuchsgegnerin durch die Bestimmung von Art. 56 FDV auferlegt werden, können demgegenüber allesamt als leichte Eingriffe qualifiziert werden. So ist insbesondere zu beachten, dass es bei den von der Gesuchsgegnerin als für einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit nicht ausreichend bezeichneten Bestimmungen von Art. 56 Abs. 2 Bst. e und d FDV darum geht, dass die Gesuchsgegnerin alternativen Anbieterinnen lediglich die Verbindung untereinander und den Bezug von Zugangsdienstleistungen für Dritte zu ermöglichen hat. Sollte sie dabei überhaupt selber aktiv werden müssen, so könnte die Gesuchsgegnerin kostenorientierte Preise für ihre Arbeit verlangen. Ansonsten hat sie lediglich zu dulden, dass andere Anbieterinnen Geschäftstätigkeiten vornehmen, die sie selbst auch vornehmen kann. Mithin wären die konkreten Eingriffe bezüglich Normstufe der gesetzlichen Grundlage auch dann gedeckt, wenn sich die Gesuchsgegnerin auf die Wirtschaftsfreiheit berufen könnte. Im Hinblick auf die Normdichte von Art. 56



FDV räumt die Gesuchsgegnerin selber ein, das Erfordernis der genügend präzisen Formulierung sei erfüllt, erklärt sie doch ausdrücklich, dass ihr Basisangebot von der FDV abweiche. Da Art. 56 FDV hinsichtlich Normstufe und Normdichte grundsätzlich eine genügend gesetzliche Grundlage darstellen, ist im Weiteren zu prüfen, ob die strittigen Verordnungsbestimmungen verfassungskonform erlassen respektive ob die Anforderungen an die Gesetzesdelegation gemäss Art. 164 Abs. 2 BV eingehalten wurden. Diese Prüfung wird unter Ziff. 2.2.2.2 vorgenommen. Vorab ist in gebotener Kürze auf die weiteren Eingriffsvoraussetzungen gemäss Art. 36 BV einzugehen, die für einen allfälligen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit erfüllt sein müssten. Die Gesuchsgegnerin bringt selber nicht vor, es bestehe kein öffentliches Interesse an der durch Art. 56 FDV vorgesehenen Kollokation

Das öffentliche Interesse, welches der Zugangsverpflichtung der marktbeherrschenden Anbieterin zugrunde liegt, ist ohne weiteres darin zu erblicken, dass ein wirksamer Wettbewerb beim Erbringen von Fernmeldediensten ermöglicht werden soll (Art. 1 Abs. 2 Bst. b FMG sowie ausführlich die Botschaft zur Änderung des Fernmeldegesetzes vom 12. November 2003 in BBl 2003 7951 ff.), was sich letztlich auch positiv für die Endkundinnen und -kunden auswirken soll. Wenn nun die Kollokation eine notwendige Voraussetzung für die technische Realisierung von gesetzlichen Zugangsansprüchen ist, ist sie es folgerichtig auch für den angestrebten wirksamen Wettbewerb. Ein öffentliches Interesse an der Kollokation liegt somit vor. Dies gilt nicht nur dem Grundsatz nach, sondern auch für die einzelnen in Art. 56 FDV statuierten Rechte der Konkurrentinnen der marktbeherrschenden Anbieterin. Auch diese dienen dazu, den Wettbewerb beim Erbringen von Fernmeldediensten zu fördern und auch sie liegen somit im öffentlichen Interesse. Es kann weiter nicht ernstlich behauptet werden, dass die in Art. 56 FDV vorgesehenen Massnahmen nicht geeignet wären, dem öffentlichen Interesse nach wirksamem Wettbewerb Nachachtung zu verschaffen. Die Bestimmung ist überdies erforderlich, da keine mildereren Mittel zur Verfügung stehen würden, welche dem Ziel der Schaffung von wirksamen Wettbewerbsbedingungen in gleichem Masse dienen könnten. Schliesslich kann auch die Zumutbarkeit der Massnahme ohne weiteres bejaht werden, da die Beschwerdeführerin die ihr aus Art. 56 FDV erwachsenden Pflichten, sofern diese mit Aufwendungen verbunden sind, nicht unentgeltlich realisieren muss, sondern dafür kostenorientierte Preise verlangen kann.

2.2.2.2 *Delegationsgrundsätze*

Die Verfassungsmässigkeit einer Verordnung setzt voraus, dass die Befugnis zur Rechtsetzung förmlich an den Ordnungsgeber übertragen wurde. Diesbezüglich ist zu beachten, dass die Gesetzesdelegation nicht durch die Verfassung ausgeschlossen sein darf. Weiter ist verlangt, dass die Norm, welche die Regierung zum Erlass von Verordnungsbestimmungen autorisiert, in einem Gesetz im formellen Sinn begründet liegt. Schliesslich muss sich die Delegation auf eine inhaltlich bestimmte Materie beziehen und das formelle Gesetz muss – falls die Rechtstellung des Einzelnen in schwerwiegender Weise berührt wird – die Grundzüge der Regelung selber umschreiben (vgl. REGINA KIENER/WALTER KÄLIN, a.a.O., S. 89).

Die Gesetzesdelegation wird vorliegend weder durch Art. 164 Abs. 1 BV noch durch eine andere Verfassungsbestimmung ausgeschlossen. Mit Art. 11 Abs. 3 FMG wird die Ermächtigung des Bundesrats zum Erlass von Verordnungsbestimmungen erteilt. Dass es sich dabei um eine Befugnis handelt, gesetzvertretende Bestimmungen zu erlassen, ergibt sich daraus, dass diejenige zum Erlass von reinen Vollzugsbestimmungen bereits in Art. 62 Abs. 1 FMG statuiert ist (vgl. BGE 131 II 13 E. 6.2 S. 26). Die Gesetzesdelegation wird überdies nicht allgemein erteilt, sondern sie bezieht sich auf die Gewährung des Zugangs durch die marktbeherrschende Anbieterin gemäss Art. 11 FMG. Aus den oben unter Ziff. 2.2.2.1 genannten Gründen wird die Rechtstellung der Gesuchsgegnerin durch die Bestimmungen von Art. 56 FDV nicht in schwerwiegender Weise berührt, weshalb das FMG prinzipiell auch nicht die Grundzüge der Regelung selber umschreiben müsste. Die Bestimmung von Art. 56 FDV hält somit auch ohne weiteres vor den Grundsätzen der Gesetzesdelegation stand. Angesichts der beharrlich vorgetragenen Argumentation der Gesuchsgegnerin, die Gesuchstellerin mache An-



sprüche geltend, die über das FMG hinausgingen, rechtfertigen sich nachfolgende Bemerkungen über den Inhalt der gesetzlichen Regelung.

2.2.2.3 Grundzüge und Zweck der gesetzlichen Regelung

Die Gesuchsgegnerin schliesst aus dem Umstand, dass es sich bei der Kollokation nicht um eine eigentliche Zugangsform, sondern um eine notwendige Voraussetzung für die technische Realisierung von gesetzlichen Zugangsansprüchen handelt, dass den Kollokation nachfragenden Anbieterinnen am Kollokationsstandort nur Geschäftstätigkeiten erlaubt sein sollen, welche in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der nachgefragten Zugangsform stehen. So argumentiert sie, das FMG wolle den alternativen Anbieterinnen Zugang zu kostenorientierten Bedingungen ermöglichen; die Möglichkeit der Aufteilung eines kostenorientierten Angebots auf mehrere Anbieterinnen fordere es hingegen nicht. Es sei der Wille des Gesetzgebers, dass der kostenorientierte Zugang zu bestimmten Diensten mit erheblichen Investitionen der nachfragenden Anbieterinnen verbunden sei.

Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Es stimmt zwar, dass die Kollokation nicht eine eigentliche Zugangsform ist, sondern eine notwendige Voraussetzung für den Zugang bildet. Es ist auch richtig, dass aus diesem Grund nur Kollokation beanspruchen kann, wer auch Dienste einer eigentlichen Zugangsform (insbesondere des Produkts vollständig entbundelter Teilnehmeranschluss TAL) bezieht und die Gesuchsgegnerin insoweit nicht verpflichtet werden kann, in ihren Räumlichkeiten einer Anbieterin, die keine gesetzlich vorgesehenen Zugangsdienstleistungen bezieht, Fläche zu vermieten.

Daraus zu schliessen, dass es entgegen dem Willen des Gesetzgebers wäre, wenn die eingemieteten Anbieterinnen untereinander direkt Geschäftstätigkeiten aufnehmen, ist indessen verfehlt. Aus dem Umstand, dass für den Bezug von Kollokation der Bezug von Dienstleistungen einer Zugangsform gemäss Art. 11 FMG vorausgesetzt ist, lässt sich keineswegs ableiten, dass Anbieterinnen, welche Kollokation bezogen haben, jegliche direkte Zusammenarbeit versagt sein soll. Dies lässt sich weder dem Gesetz noch seiner Entstehungsgeschichte entnehmen. Vielmehr ist vom Gegenteil auszugehen. Das FMG verpflichtet die marktbeherrschende Anbieterin zur Zugangsgewährung insbesondere auf nicht diskriminierende Weise (Art. 11 FMG). Das Gebot der Nichtdiskriminierung statuiert gemäss Art. 52 FDV das Verbot, andere Anbieterinnen schlechter als eigene Geschäftseinheiten, Tochterfirmen oder andere Partnerinnen zu stellen. Wenn es der Gesuchsgegnerin aber erlaubt ist, ihre Anlagen mit denjenigen aller anderen am Standort präsenten Anbieterinnen direkt zu verbinden, ist nicht einzusehen, warum den alternativen Anbieterinnen beispielsweise eine direkte Verbindung ihrer Anlagen untereinander nicht erlaubt sein soll (dazu unten Ziff. 6.1).

Die Gesuchsgegnerin kann denn auch nicht darlegen, warum eine direkte Zusammenarbeit ihrer am Kollokationsstandort präsenten Konkurrentinnen untereinander aus technischen oder betrieblichen Gründen nicht möglich sein sollte. Ihre Argumentation erschöpft sich in der Beanstandung der gesetzlichen Grundlage, welche bezüglich Normstufe nicht genügend sein soll, ihr weitere Verpflichtungen aufzuerlegen. Dieses Vorbringen zielt aus den bereits oben angeführten Gründen ins Leere. So ist schon fraglich, ob die Gesuchsgegnerin sich im relevanten Bereich überhaupt auf Grundrechte berufen kann. Weiter ist fraglich, ob es sich bei einer Pflicht zur Duldung von direkten Zusammenschlüssen im Rahmen der gesetzlichen Verpflichtung zur Gewährung von Kollokation überhaupt um einen Eingriff in ein Grundrecht handeln würde. Nicht fraglich ist hingegen, dass es sich dabei - wenn schon - augenscheinlich um einen leichten Eingriff handeln würde, für welchen die im Rahmen einer korrekten Gesetzesdelegation zustande gekommene Bestimmung von Art. 56 Abs. 2 Bst. d FDV ohne Zweifel eine genügende gesetzliche Grundlage bilden würde.

Soweit die Gesuchsgegnerin vorbringt, das FMG ziele mit den Zugangsansprüchen in erster Linie auf Infrastrukturwettbewerb und wirksamen Wettbewerb auf den Retailmärkten ab und weder die Zugangsansprüche noch das Diskriminierungsverbot verpflichteten sie, der Gesuchstellerin eine Whole-



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

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

3 Nachweis kostenorientierter Preise

Als marktbeherrschende Anbieterin hat die Gesuchsgegnerin den Nachweis zu erbringen, dass die von ihr geltend gemachten Zugangspreise im Sinne des Gesetzes kostenorientiert sind und damit den fernmelderechtlichen Anforderungen entsprechen. Kann sie diesen Nachweis nicht erbringen, verfügt



die ComCom auf Grund von markt- und branchenüblichen Vergleichswerten. Die ComCom kann die Preise auch gestützt auf eigene Preis- und Kostenmodellierungen oder andere geeignete Methoden verfügen, insbesondere wenn keine geeigneten Vergleichswerte verfügbar sind (Art. 74 Abs. 3 FDV).

Im Rahmen des Beweisverfahrens erhielt die Gesuchsgegnerin Gelegenheit, den Nachweis zu erbringen, dass die in Frage stehenden Preise den gesetzlichen Anforderungen der Kostenorientierung entsprechen. Zu prüfen ist nun, ob die Gesuchsgegnerin die gesetzlichen Kriterien in Art. 54 FDV bei der Kostenmodellierung eingehalten hat. Der Kostennachweis gemäss den fernmelderechtlichen Vorschriften weist zwei Komponenten auf: Einerseits hat die Gesuchsgegnerin der Regulierungsbehörde die relevanten Daten und Informationen einzureichen, welche der von ihr vorgenommenen Preisgestaltung zugrunde liegen (formeller Kostennachweis). Sodann hat Letztere zu überprüfen, ob die strittigen Preise für die Zugangsdienstleistungen von der Gesuchsgegnerin tatsächlich in Übereinstimmung mit den Vorgaben einer kostenorientierten Preisgestaltung festgesetzt wurden (materieller Kostennachweis).

3.1 Kostennachweis in formeller Hinsicht

3.1.1 Gesetzliche Grundlagen

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

3.1.2 Das Kostenmodell Cosmos der Gesuchsgegnerin

Die Gesuchsgegnerin hat dem BAKOM gestützt auf die neuen gesetzlichen Grundlagen das für ihre Preisbestimmung verwendete Kostenmodell am 18. Dezember 2007 zur Erbringung des Kostennachweises für das Jahr 2007 übergeben. Es handelt sich beim Kostenmodell um eine Software mit dem Namen Cosmos, welche von der Gesuchsgegnerin selbst entwickelt wurde. Dieses Kostenmodell ist mit Ausnahme der Berechnung des Preises für die Verrechnung des Teilnehmeranschlusses VTA gemäss Art. 60 Abs. 2 FDV für alle Zugangsformen relevant. In Cosmos wird die gesamte Struktur einer Anbieterin von Fernmeldediensten abgebildet, die ein Anschluss- und ein Verbindungsnetz betreibt. Das Kostenmodell berechnet die Kapital- und Betriebskosten, die beim Bau und Betrieb eines solchen Netzes anfallen und verteilt diese Kosten gemäss Aussage der Gesuchsgegnerin verursachergerecht auf die Produkte. Zur Erbringung des Kostennachweises für das Jahr 2008 wurde von der Gesuchsgegnerin eine neue Version der Software eingereicht. Die grundsätzliche Funktionsweise des Modells wurde nicht geändert, sondern es wurde die Software erweitert und aktualisiert.

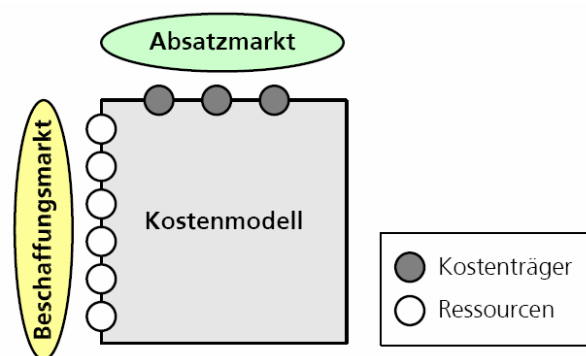
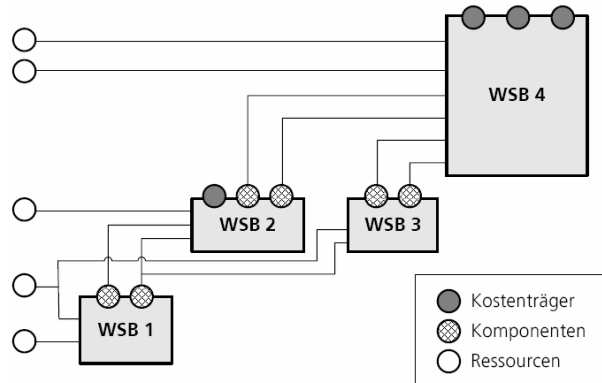


Abbildung 1 : Grundprinzip des Kostenmodells (Quelle: Eingabe Gesuchsgegnerin vom 29. Februar 2008)



Grundsätzlich definiert das Kostenmodell die mengen- und wertmässigen Zusammenhänge zwischen den ökonomischen Gütern am Beschaffungsmarkt (sog. Ressourcen oder Inputgüter) und den ökonomischen Gütern am Absatzmarkt (sog. Kostenträger oder Outputgüter) der Festnetzbetreiberin. Die Software bildet damit ab, welche Mengen von Inputgütern benötigt werden, um bestimmte Mengen



von verschiedenen Outputgütern zu produzieren. Dieses Grundprinzip des Kostenmodells der Gesuchsgegnerin ist in Abbildung 1 schematisch dargestellt.

Die grosse Menge von Ressourcen, die benötigt wird, um ein Anschluss- und Verbindungsnetz zur Erbringung von Fernmeldediensten zu bauen und zu betreiben sowie die Komplexität der Abläufe und Zusammenhänge in einem solchen Netz führen dazu, dass der geschäftliche Wertschöpfungsprozess, also die Umwandlung von Ressourcen in Kostenträger, über mehrere Zwischenstufen definiert ist. Auf diesen Zwischenstufen werden die Zwischenobjekte (sog. Komponenten) generiert, welche wiederum zu so genannten Wertschöpfungsblöcken (WSB) gruppiert werden.

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

Abbildung 2 zeigt beispielhaft die Umwandlung von fünf Ressourcen über verschiedene Wertschöpfungsstufen in insgesamt vier Kostenträger. In diesem Beispiel werden dazu vier Wertschöpfungsblöcke gebildet. Das Kostenmodell der Gesuchsgegnerin hat im Jahr 2007 insgesamt 44 und im Jahr 2008 insgesamt 48 Wertschöpfungsblöcke. Die Änderungen basieren insbesondere auf einer anderen Modellierung der Gemeinkosten.

Die Ressourcen sind reine Inputobjekte des Modells und besitzen einen eindeutig zugewiesenen Wert, respektive Preis. Die Ressourcen werden in Unterkategorien unterschieden und können einer Kostenart zugewiesen werden. Folgende Unterkategorien werden im Modell unterschieden:

- Anlageressourcen: repräsentieren die Anlagewerte der Netzplattformen sowie der Operating Support Systems und Business Support Systems (OSS/BSS)
- Personalressourcen: repräsentieren die Kosten von Wholesale-Mitarbeitenden und beinhalten die Kosten der entsprechenden Organisationskostenstelle (OKST)
- Plattformressourcen: beinhalten die Fremdkosten auf Plattformen (Netzplattformen und OSS/BSS)
- Zuschlagsressourcen: beinhalten die Kosten, die via Zuschlagskalkulation verteilt werden (Verwaltung, Vertrieb)
- Übrige Ressourcen: beinhalten die sonstigen Betriebskosten

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

Die Kostenträger bilden den Output des Kostenmodells und schliesslich die Grundlage zur Berechnung der relevanten Preise. Die Absatzmenge der Kostenträger wird als Modellinput (nicht als Resource) vorgegeben und ist ein wichtiger Bestimmungsfaktor zur Berechnung der benötigten Mengen an Ressourcen.

In einem Wertschöpfungsblock beschreibt eine Nachfragefunktion $y = f(x)$ die Beziehung zwischen Input- und Outputgütern, wobei x das Outputvolumen und y das benötigte Inputvolumen repräsentiert. Inputgüter sind entweder Ressourcen oder Komponenten und Outputgüter entweder Komponenten oder Kostenträger (vgl. Abbildung 2). Verschiedene Typen von Nachfragefunktionen sind möglich: z.B.



lineare Funktion $y = a * x + b$. Komplexe funktionale Zusammenhänge werden im Netzmodell berechnet und als Parameterwerte in der Funktion übernommen.

Die Berechnung der Kosten erfolgt schliesslich in vier Schritten:

1. Dimensionierung: Auswertung der Nachfragefunktionen mit der erwarteten Nachfrage (Forecast). Das Resultat ist der Ressourcenbedarf.
2. Bewertung: Berechnung der Kosten der benötigten Ressourcen (Betriebskosten [Operational Expenditure; OPEX], Kapitalkosten und Abschreibungen [Capital Expenditure; CAPEX]).
3. Kalkulation: Verteilung der Kosten nachfragegetrieben auf die Kostenträger.
4. Zuschlagskalkulation: Verteilung der Verwaltungs- und Vertriebsgemeinkosten (VVGK) proportional zu den Herstellkosten.

In seiner Gesamtform kann Cosmos als hybrides Kostenmodell bezeichnet werden. Das heisst, bei der Modellierung kommen sowohl der Top-down- als auch der Bottom-up-Ansatz zur Anwendung. Bei der so genannten Top-down-Modellierung werden Kostendaten aus der internen Kosten-/Leistungsrechnung extrahiert und anschliessend um Ineffizienzen bereinigt. Beim so genannten Bottom-up-Ansatz wird das modellhafte Netz mittels Algorithmen und unter Berücksichtigung funktionaler Zusammenhänge abweichend vom bestehenden Netz neu konstruiert und berechnet. Einzig die Standorte der Hauptverteiler und der Endkundinnen und Endkunden werden aus dem aktuellen Netz übernommen.

3.1.3 Herleitung der Preise aus Cosmos

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

3.1.4 Beurteilung des Kostennachweises in formeller Hinsicht

Zur Beurteilung des Kostennachweises in formeller Hinsicht hat die Instruktionsbehörde das Kostenmodell Cosmos auf dessen Funktionsweise und korrekte Verrechnung der Inputparameter getestet. In einem ersten Schritt wurden die Bottom-up-Herleitung des Anschlussnetzes und insbesondere das daraus berechnete Mengengerüst überprüft. Die Verifizierung erfolgte mittels eigenen Modellrechnungen. Dabei zeigte sich, dass die Gesamtkanalisationlänge in Cosmos unter dem Wert aus den Berechnungen der Instruktionsbehörde zu liegen kam. Dieser Befund liess darauf schliessen, dass die Algorithmen im Kostenmodell der Gesuchsgegnerin ein vernünftiges Mengengerüst berechnen. Der Bau der Kanalisation entlang des öffentlichen Strassennetzes ist eine gängige Vorgehensweise bei der softwarebasierten Kostenberechnung eines Anschlussnetzes. Allfällige Umwege werden durch den Wegfall von Durchleitungsgebühren und anderen Transaktionskosten kompensiert. Die Orientierung am Strassennetz stellt auch keine Pfadabhängigkeit dar, sondern entspricht einer gängigen Pra-



xis der Modellierung von Telekommunikationsnetzen (vgl. z.B. Wissenschaftliches Institut für Kommunikationsdienste GmbH [WIK] oder Dialog Consult²).

Einen weiteren Schritt stellte die Überprüfung der Transformation der Investitionen in Kosten mittels Annuitätenformel dar. Der manuelle Nachvollzug dieses Berechnungsschrittes zeigte, dass das Modell in dieser Hinsicht errechnet, was es vorgibt. Das Resultat der manuellen Berechnung entspricht dem Resultat der Berechnung in Cosmos. Die mengen- und wertmässigen Zusammenhänge zwischen den Ressourcen und den Kostenträgern werden in Cosmos in den Wertschöpfungsblöcken abgebildet und können nachvollzogen werden. Eine stichprobenweise Überprüfung liess keine Fehlfunktionen erkennen. Die Software wurde im weiteren derart getestet, dass verschiedene Inputparameter geändert und die Resultate mit den erwarteten Reaktionen verglichen wurden. Bei diesen Tests traten keine unerwarteten Abweichungen auf. Im Weiteren stellte sich in umfassenden und vielfältigen Analysen heraus, dass das Kostenmodell eine geeignete Allokation der gemeinsamen Kosten auf die verschiedenen Kostenträger vornimmt. Zudem wurden Änderungen in der Modelldatenbank vorgenommen, deren Auswirkungen im Modell klar ersichtlich wurden. Begleitet wurde die Überprüfung des Kostenmodells von insgesamt fünf Instruktionstreffen. In diesen erhielt die Gesuchsgegnerin die Gelegenheit, ihre Vorgehensweise bei der Kostenmodellierung zu erläutern und Fragen zur Funktionsweise des verwendeten Modells zu beantworten. In der Folge konnte die Instruktionsbehörde von der Gesuchsgegnerin weitere relevante Informationen abfragen und Unklarheiten betreffend den Kostennachweis konnten geklärt werden. Die Instruktionsbehörde liess sich die relevanten Fragen zu jedem Instruktionstreffen innerhalb einer bestimmten Frist in schriftlicher Form beantworten.

Insgesamt kommt die verfügende Behörde zum Schluss, dass das Kostenmodell Cosmos grundsätzlich ein ausreichend präzises Rechenmodell zum Nachweis der kostenorientierten Preisgestaltung der regulierten Dienste darstellt. Auch die Berechnungen in den zusätzlichen Exceltabellen sind zweckmässig und nachvollziehbar dargestellt. Zusammenfassend ist deshalb festzuhalten, dass die Gesuchsgegnerin den Nachweis der Kostenorientiertheit in formeller Hinsicht erbracht hat. Mit dem von ihr eingereichten Kostenmodell Cosmos sowie den weiteren Unterlagen hat sie die von ihr geltend gemachten Kosten dem Grundsatz nach in geeigneter und nachvollziehbarer Weise dargelegt. Dies gilt sowohl hinsichtlich der einzelnen Preise wie auch hinsichtlich der Preisstruktur, respektive des gesamten Preisgebildes.

Mit dem Nachweis der Kostenorientiertheit aus Sicht der Gesuchsgegnerin ist indessen über die Rechtmässigkeit der Preise noch nichts entschieden. In einem weiteren Schritt ist vielmehr zu prüfen, ob die Gesuchsgegnerin die gesetzlichen Kriterien, die bei der Festlegung der verrechenbaren Kosten zur Anwendung gelangen, im Einzelnen eingehalten hat.

3.2 Kostennachweis in materieller Hinsicht

3.2.1 Gesetzliche Grundlagen

Das Fernmeldegesetz schreibt in Art. 11 Abs. 1 FMG vor, dass marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen in den explizit aufgezählten Formen Zugang zu ihren Einrichtungen und zu ihren Diensten zu gewähren haben.

Die Elemente und Grundsätze einer kostenorientierten Preisgestaltung werden in Art. 54 FDV ausgeführt. Die Festsetzung der Preise für Dienstleistungen im Zugangsbereich beruht demgemäss auf folgenden Elementen:

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



1. Es dürfen nur relevante Kosten berücksichtigt werden, also Kosten, welche in einem kausalen Zusammenhang mit dem Zugang stehen (Art. 54 Abs. 1 Bst. a FDV).
2. Betrachtet werden die langfristigen Kosten (Long Run; Art. 54 Abs. 1 Bst. b FDV).
3. Berücksichtigt werden
 - a) die Zusatzkosten (Incremental Costs) der in Anspruch genommenen Netzkomponenten sowie die Zusatzkosten, welche ausschliesslich durch Zugangsdienstleistungen hervorgerufen werden (Art. 54 Abs. 1 Bst. b FDV),
 - b) ein verhältnismässiger Anteil an den relevanten gemeinsamen Kosten und den Gemeinkosten (Constant Markup; Art. 54 Abs. 1 Bst. c FDV),
 - c) ein branchenüblicher Kapitalertrag (Kapitalkosten) für die eingesetzten Investitionen (Art. 54 Abs. 1 Bst. d FDV).
4. Zu berücksichtigen sind die Kosten einer effizienten Anbieterin (Art. 54 Abs. 2 Satz 1 FDV).
5. Die Berechnung der Kosten erfolgt auf aktueller Basis (Forward Looking; Art. 54 Abs. 2 Satz 2 FDV).
6. Die Kosten der Infrastruktur entsprechen den Wiederbeschaffungskosten (Modern Equivalent Assets; Art. 54 Abs. 2 Satz 3 FDV).

3.2.2 Modell der bestreitbaren Märkte (Contestable Markets)

Bei Märkten, auf welchen dank freiem Markteintritt und –austritt wirksamer Wettbewerb herrscht, liegen Bedingungen vor, welche Anreize zur effizienten Leistungsbereitstellung schaffen. Bei Netzökonomien wie der Telekommunikation gibt es demgegenüber typischerweise Bereiche, in welchen ein Markteintritt, und vor allem auch Marktaustritt, wegen hohen fixen und irreversiblen Kosten nicht frei ist und deshalb auch kein wirksamer Wettbewerb herrscht. Kann eine marktbeherrschende Anbieterin die Preise für Vorleistungsprodukte ohne ausreichenden Marktdruck eigenständig festlegen, ist sie versucht, diese so hoch anzusetzen, dass neu eintretende Marktteilnehmende keine oder nur eine unzureichende Marge erzielen können. Dritte würden dergestalt vom Markt ausgeschlossen, was wiederum Wettbewerb verunmöglichen sowie auf dem Endkundenmarkt zu überhöhten Preisen führen würde. Bei diesen ökonomischen Gegebenheiten bezweckt die staatliche Regulierung, trotz marktbeherrschender Stellung auf den Vorleistungsmärkten (Wholesale), Wettbewerb auf den nachgelagerten Endkundenmärkten (Retail) zu erzielen. Die Pflicht zur Zugangsgewährung stellt mit anderen Worten einen Ausgleich zur Marktbeherrschung dar und ist daher von zentraler Bedeutung für die Öffnung (Liberalisierung) von Telekommunikationsmärkten (vgl. ROLF H. WEBER, Der Übergang zur neuen Telekommunikationsordnung, in: ROLF H. WEBER (Hrsg.), Neues Fernmelderecht, Zürich 1998, S. 23.). Sie soll wirksamen Wettbewerb beim Erbringen von Fernmeldediensten ermöglichen (Art. 1 Abs. 2 Bst. c FMG).

Mit den Regulierungsvorschriften wird eine Wettbewerbssituation simuliert, wonach die unter konkurrierenden FDA geltenden Zugangsbedingungen unter funktionierenden Wettbewerbsverhältnissen zustande kommen. Der Preisregulierung muss ein ökonomisches Konzept zu Grunde gelegt werden, das einer Preisgestaltung auf Märkten für Zugangsdienstleistungen unter wirksamem Wettbewerb entspricht. Hierfür wird auf das Konzept der bestreitbaren Märkte (Contestable Markets) abgestellt. Dieses geht von der Hypothese aus, dass keine Markteintrittsbarrieren bestehen und Nachfragende auf geringste Preisänderungen mit einem Wechsel des Anbieters reagieren (sog. unendliche Preiselastizität der Absatzmärkte). Auf Märkten ohne wirksamen Wettbewerb müssen Preise folglich so reguliert werden, wie wenn Wettbewerb herrschen würde (Competitive Market Standard). Die Rolle des Regulators besteht darin, den fehlenden Wettbewerb zu simulieren (in loco competitio).



Beim Konzept der bestreitbaren Märkte richtet sich der damit verbundene, kostenorientierte Preis somit nicht nach den tatsächlichen, historischen Kosten der marktbeherrschenden Anbieterin, sondern nach denjenigen einer effizienten Leistungsbereitstellung unter wirksamem Wettbewerb. Für die Preisbestimmung wird methodisch auf den Ansatz der langfristigen Zusatzkosten (Long Run Incremental Costs [LRIC]) abgestellt, d.h. einer langfristigen, zukunftsgerichteten Betrachtungsweise der zugangsbedingten Zusatzkosten (sog. inkrementelle Kosten). Dem Konzept der bestreitbaren Märkte entsprechend geht das Modell von einem hypothetischen Anbieter und nicht von der marktbeherrschenden Anbieterin aus. Der hypothetische Anbieter baut sein Netz mit aktueller und etablierter Technologie auf und bewertet seine Anlagen demzufolge nach Wiederbeschaffungspreisen. Das hierfür benötigte Kapital soll branchenüblich verzinst werden. Im Weiteren ist nebst den zugangsbedingten Zusatzkosten auch ein verhältnismässiger Anteil an den gemeinsamen sowie an den Gemeinkosten zu berücksichtigen.

Für die zu regulierenden Jahre 2007 und 2008 ist Kupfer die aktuell etablierte Technologie, weshalb die hypothetische Markteintreterin ihr Netz basierend auf der Kupfertechnologie baut. Es ist durchaus möglich, dass die Glasfaser die Kupferdoppelader in Zukunft als etablierte Technologie ablösen wird. Angesichts der aktuell festzustellenden Dynamik in diesem Bereich, so etwa in Bezug auf die in verschiedenen Städten und Regionen ergriffenen Ausbauinitiativen in Glasfasernetze, wird die Frage der Technologieablösung in den kommenden Jahren aufmerksam zu verfolgen sein.

3.2.3 Berechnung der Kosten auf aktueller Basis (Forward Looking)

Grundsätzlich ist bei der Überprüfung des Kostennachweises eine zukunftsbezogene Sichtweise einzunehmen (Forward Looking). Aus Art. 54 FDV ergibt sich, dass die Überprüfung der Kosten marktbeherrschender Unternehmen nach den Kosten einer hypothetischen neuen Markteintreterin mit effizienter Leistungsbereitstellung vorzunehmen ist. Es handelt sich dabei um Modellkosten, welche von den in den Rechenwerken vorkommenden Kosten eines marktbeherrschenden Unternehmens abweichen können. Die Festsetzung kostenorientierter Preise stützt sich gemäss Art. 54 Abs. 2 Satz 2 FDV auf eine Berechnung der aktuellen und mithin nicht auf die tatsächlichen, historisch bedingten Kosten ab. Dabei spielt es grundsätzlich keine Rolle, ob die gegenwärtigen Kosten höher oder tiefer sind, als sie zu einem früheren Zeitpunkt waren. Das Modell der bestreitbaren Märkte (Contestable Markets) simuliert den plötzlichen Markteintritt einer alternativen Anbieterin mit eigener Infrastruktur.

Im Gegensatz etwa zum Strommarkt ging der Gesetzgeber im Falle des Telekommunikationsmarktes nicht zum Vornherein vom Vorliegen eines natürlichen Monopols aus. Vielmehr wies er bei der letzten FMG-Revision auch auf die Bedeutung des Infrastrukturwettbewerbs hin. Es ging ihm darum, ein sog. „Trittbrettfahren“ von alternativen Anbieterinnen zu verhindern, so dass diese nicht über Gebühr von den Netzleistungen der Gesuchsgegnerin profitieren können. Nicht zuletzt deshalb wurde beispielsweise die Bezugsdauer des schnellen Bitstromzugangs auf vier Jahre beschränkt. Der Bundesrat seinerseits hat in seinen Ausführungserlassen für den Netzzugang ein LRIC-System für die Berechnung kostenorientierter Preise vorgesehen, welches auf den Wiederbeschaffungskosten eines Netzes basiert (Art. 54 FDV). Im Gegensatz dazu hat er beispielsweise bei der Berechnung der Nettogesamtkosten der Grundversorgung ein Berechnungssystem eingeführt, welches auf historische Kosten abstellt und bei welchem die Netzkosten auf Buchwerte abzustützen sind (Art. 13 FDV).

Wie die ComCom bereits in früheren Entscheiden betont hat, hat die Annahme einer hypothetischen Markteintreterin, die nach der Theorie der bestreitbaren Märkte zur Festsetzung kostenorientierter Preise herangezogen wird, Modellcharakter. Die hypothetische Markteintreterin besitzt vor ihrem Markteintritt keine Anlagegüter, die sie zu einem früheren Zeitpunkt zu historischen Preisen gekauft hat. Es wird ihr vielmehr unterstellt, dass sie ihr Netz neu aufbaut und zum Zeitpunkt des Markteintritts die modernste Technologie in ihrem Netz einsetzt und demnach ihr Kostenniveau durch die neueste Technologie bestimmt wird. Dabei wird jedoch sichergestellt, dass im verwendeten Referenzszenario die Kosten eines Netzes, das den gleichen Funktionsumfang (Äquivalenz) wie das Netz der Gesuchs-



gegnerin aufweist, ermittelt werden. Das Bundesgericht hat diesen von der ComCom vertretenen Ansatz ausdrücklich geschützt (BGE 132 II 257).

Der Preisüberwacher regt in seiner Stellungnahme vom 18. Juni 2008 eine Abkehr von einer Modellrechnung gestützt auf Wiederbeschaffungsneuwerte an. Er würde eine Kalkulation bevorzugen, die sich stärker an den tatsächlich getätigten Investitionen der Gesuchsgegnerin orientiert und berücksichtigt, dass Teile des Netzes bereits vollumfänglich abgeschrieben sind. Damit könnte seiner Ansicht nach eher sichergestellt werden, dass die Gesuchsgegnerin für die Nutzung ihres Netzes durch andere Anbieterinnen gerecht, aber nicht übermässig abgegolten wird. So weist er darauf hin, dass die sich aus Art. 54 Abs. 2 FDV ergebende Betrachtungsweise, dass das Netz einer marktbeherrschenden Anbieterin jährlich zu Wiederbeschaffungskosten neu zu bewerten ist, beim Anschlussnetz an ihre Grenzen stosse. Das Modell der Gesuchsgegnerin zeige auf, wie teuer es wäre, unter heutigen Bedingungen das historisch gewachsene Netz der Gesuchsgegnerin nachzubauen, was in zweierlei Hinsicht sehr hypothetisch sei: Erstens verlange der MEA-Ansatz, dass im Modell das Netz eines hypothetischen neuen Markteintreters mit effizienter Leistungsbereitstellung nachgebildet werde. Neue Anschlussnetze würden heute aber entweder mittels Mobilfunktechnologie oder in Form von Glasfasernetzen erstellt, wobei sich die Netzstruktur jeweils stark von der Topologie des Netzes der Gesuchsgegnerin unterscheide. Zweitens lägen die historischen Baukosten für ein Anschlussnetz laut Preisüberwacher deutlich unter den aktuellen Baukosten. Der Preisüberwacher unterstützt zwar unter der gegebenen Rechtslage (Art. 54 Abs. 2 FDV) die Vorgehensweise der Instruktionsbehörde, regt jedoch zur Plausibilisierung der Modellergebnisse den Einbezug von Preisvergleichen respektive von Berechnungen basierend auf Daten der Finanzbuchhaltung der marktbeherrschenden Anbieterin, konkret also der Gesuchsgegnerin, an.

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

3.2.4 Beurteilung des Kostennachweises in materieller Hinsicht

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

4 Anpassungen

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



Kostennachweises eine hypothetische effiziente Markteintreterin heranzuziehen und nicht das Unternehmen der Gesuchsgegnerin zu modellieren ist. Weil die Umsetzung des effizienten Verhaltens der Modellunternehmung bei der Überprüfung der Kostenorientiertheit der regulierten Preise im Vordergrund steht, können die tatsächlichen Kosten der Gesuchsgegnerin von den Modellkosten abweichen.

Nachfolgend wird aufgezeigt, welche Anpassungen die ComCom bei der Festsetzung der Preise für die regulierten Dienste, basierend auf den Kostendaten aus Cosmos und den zusätzlichen Kostendaten in Exceltabellen, vorgenommen hat. Zu beachten ist dabei Folgendes: Weil Änderungen der Herstellkosten eines Kostenträgers Auswirkungen auf die Verteilung der Gemeinkosten haben, werden sämtliche Anpassungen am Kostenmodell der Gesuchsgegnerin aufgezeigt. So werden die relevanten Gemeinkosten proportional zu den Herstellkosten auf die einzelnen Kostenträger verteilt. Dies bedeutet, dass bei einem Sinken der Herstellkosten eines Kostenträgers dessen Anteil an den Gesamtherstellkosten abnimmt. Der Anteil an den Gesamtherstellkosten wiederum bestimmt, welcher Anteil der Gemeinkosten auf diesen Kostenträger entfällt. Diese Modellierung ist gegenüber der bisherigen Praxis, welche bezüglich Gemeinkosten einen fixen prozentualen Zuschlag vorsah, präziser.

Die Gesuchsgegnerin macht in ihrer Schlussstellungnahme vom 18. August 2008 geltend, dass die ComCom mit den Anpassungen von ihrer konstanten Praxis zur Festlegung von Modellparametern abweiche.

Dazu ist zu bemerken, dass die Regulierung vor einer veränderten Ausgangslage steht, da seit dem 1. April 2007 die entbündelte Teilnehmeranschlussleitung zu den regulierten Produkten gehört. In der bisherigen Regulierungspraxis bezogen auf das Festnetz war das Verbindungsnetz das zugrunde liegende Inkrement der regulierten Dienste. Mit dem Inkrafttreten des FMG per 1. April 2007 kommt das Anschlussnetz als weiteres Inkrement hinzu. Mit Bezug auf die Kosten der hypothetischen Markteintreterin bedeutet dies, dass sich das Investitions- und damit auch das Auftragsvolumen an die Baubranche verzehnfacht, wie die Gesuchsgegnerin in ihrem Kostenmodell nachvollziehbar dargelegt hat. Es ist daher selbstverständlich, dass die ComCom verpflichtet ist, die Modellparameter einer grundsätzlichen Überprüfung und Neubemessung zu unterziehen. Damit verbunden kann es naturgemäss auch in der Praxis der ComCom zu Änderungen kommen. Es liegt denn auch im Wesen einer Ex-post-Regulierung, dass die marktbeherrschende Anbieterin die Entscheide der Regulierungsbehörde insbesondere im Bezug auf neu zu regulierende Dienste nur schwer abschätzen kann. Nicht beigeplichtet werden kann deshalb der Aussage der Gesuchsgegnerin, dass es beim fernmelderechtlichen Kostennachweis an Rechtssicherheit fehle, weil der Regulierungsbehörde erhebliche Handlungsspielräume eröffnet würden. Die von der Gesuchsgegnerin beanstandete Unsicherheit bezüglich der Kostenorientiertheit ihrer Preise liegt nicht darin, dass der ComCom diesbezüglich erhebliches Ermessen zukommt, sondern primär darin, dass die ComCom die nach FMG pflichtigen Angebote der Gesuchsgegnerin erst im Nachhinein überprüfen kann. Dessen muss sich auch die Gesuchsgegnerin bewusst sein, weshalb sie insbesondere beim Vorliegen einer neuen Ausgangslage damit rechnen muss, dass sich auch die Praxis in einzelnen Punkten ändern kann.

Die Kosten des Anschluss- und Verbindungsnetzes der hypothetischen effizienten Markteintreterin, die mit Cosmos berechnet werden, setzen sich einerseits aus den Betriebskosten und andererseits aus Kapitalkosten sowie Kosten für Abschreibungen zusammen. Die Berechnung der Kapitalkosten und Kosten für Abschreibungen erfolgt innerhalb der Software mittels einer so genannten Annuitätenformel³, in welche die Höhe der Investitionen, der Preiszerfall, die Nutzungsdauer und der Kapitalkostensatz (Weighted Average Cost of Capital; WACC) einfließen. Die Höhe der Investitionen wiederum wird durch die verwendeten Preise und das Mengengerüst, welches bottom-up durch das Modell di-

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



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

4.1 Kapitalkostensatz für das physische Festnetz

4.1.1 Allgemein

Bei den Kapitalkosten handelt es sich um die Kosten, die einem Unternehmen dadurch entstehen, dass es sich für Investitionen Fremdkapital oder Eigenkapital beschafft. Mit dem Kapitalkostensatz werden die Investitionen in Anlagen in annualisierte Kapitalkosten umgerechnet. Auf Anlegerseite entspricht der Kapitalkostensatz der vom Anleger erwarteten Rendite auf seinem investierten Kapital.

Der gemäss Art. 54 Abs. 1 Bst. d FDV branchenübliche Kapitalertrag für die eingesetzten Investitionen stellt wohl die wichtigste einzelne, die Kosten beeinflussende Variable dar. Nicht zuletzt deshalb wurde diese Variable in den Verfahren betreffend die Festsetzung der Interkonnektionspreise für die Jahre 2000-2003 (Entscheide der ComCom vom 10. Juni 2005 in Sachen TDC Switzerland AG vs. Swisscom Fixnet AG und MCI WorldCom AG vs. Swisscom Fixnet) intensiv diskutiert und ein Experte wurde mit der Begutachtung des Kapitalkostensatzes beauftragt. Im Jahr 2002 hat Prof. Dr. Spremann für das BAKOM ein Gutachten zur Frage der Kapitalkosten erstellt, das auf den Konzepten Weighted Average Cost of Capital (WACC) und Capital Asset Pricing Model (CAPM) basiert. Das Bundesgericht hat in BGE 132 II 257 das Gutachten von Prof. Dr. Spremann gestützt und damit die Richtlinien zur Bestimmung der Kapitalkosten in der Praxis vorgegeben (vgl. auch oben Ziff. 3.2.3). Für die Verfahren der Jahre 2004-2006 hat die Gesuchsgegnerin die Vorgehensweise von Prof. Dr. Spremann repliziert. Aufgrund der Stellungnahme des Preisüberwachers zu den damals zu verfügbaren Preisen übernahm das BAKOM die Vorgehensweise mit leichten Anpassungen (vgl. die rechtskräftigen Entscheide der ComCom vom 14. Dezember 2007 in Sachen Colt Telecom AG vs. Swisscom Fixnet AG und Verizon Switzerland AG vs. Swisscom Fixnet AG).

Zur Bestimmung der Kapitalkosten für den Kostennachweis 2007 hat die Gesuchsgegnerin das Beratungsunternehmen IFBC mit der Replikation des Gutachtens von Prof. Dr. Spremann vom 15. Dezember 2002 beauftragt. Allerdings traten nach Angaben der Gesuchsgegnerin bei der Herleitung der Beta-Werte im Vergleich zu den Vorjahren verstärkt Schwierigkeiten auf. Insbesondere konnten die Vergleichsunternehmen für den 3Beta-Ansatz⁴ von Prof. Dr. Spremann nicht mehr im gleichen Masse herangezogen werden. Für das Jahr 2008 hat die Gesuchsgegnerin daher ein neues Gutachten zur Herleitung der CAPM- und WACC-Parameter von der Beratungsfirma IFBC erstellen lassen.

Die Gesuchsgegnerin behauptet in ihrer Schlussstellungnahme vom 18. August 2008, sie hätte mit diesem Gutachten den Kapitalkostensatz kostenorientiert hergeleitet. Methodisch folge der neue Ansatz der europäischen Praxis und trage neueren Empfehlungen Rechnung.

Aufgrund der veränderten Umstände erachtet auch die ComCom gewisse Abweichungen von der Vorgehensweise im Gutachten von Prof. Dr. Spremann vom 15. Dezember 2002 und damit Änderun-

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



gen in der Herleitung der Kapitalkosten als angebracht. Grundsätzlich wird aber an den Erkenntnissen des Gutachtens festgehalten, weil es sich in der bisherigen Regulierungspraxis als Richtlinie etabliert hat. Grundsätzlicher Anpassungsbedarf besteht hingegen bei der Herleitung des Beta-Wertes. Wie die Gesuchsgegnerin richtig geltend macht, kann der Beta-Wert für das Jahr 2008 nicht mehr mit den bisherigen Vergleichsunternehmen (Peer-Group) berechnet werden (vgl. unten sogleich Ziff. 4.1.2.1). Die Unternehmen der Peer-Group existieren zum Teil nicht mehr oder sind in andere Unternehmen übergegangen.

Der von der Gesuchsgegnerin gewählte Ansatz zur Bestimmung des Kapitalkostensatzes folgt zwar grösstenteils den Empfehlungen der International Regulators Group (IRG), die ComCom stellt aber trotzdem fest, dass es im Hinblick auf das Verhalten einer effizienten Anbieterin gemäss den nachstehenden Ausführungen durchaus Optimierungspotential gibt und sie kann deshalb den von der Gesuchsgegnerin gewählten Ansatz nicht übernehmen. Im Weiteren sind aufgrund von Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse auch Abweichungen vom Gutachten von Prof. Dr. Spremann vom 15. Dezember 2002 gerechtfertigt und es ist überdies auch den Ausführungen der Preisüberwachung bezüglich Netznutzungsentgelten (vgl. PREISÜBERWACHUNG, Netznutzungsentgelte, Ermittlung der risikogerechten Kapitalverzinsung der schweizerischen Elektrizitätsnetzbetreiber der Strommarktverordnung, 2006⁵) Rechnung zu tragen. Durch den von der ComCom vorliegend gewählten Ansatz wird die Vorhersehbarkeit von Regulierungsentscheiden für alle Marktteilnehmer verbessert und es soll zugleich bezüglich Herleitung des Kapitalkostensatzes eine Annäherung an die Praxis anderer schweizerischer Regulierungsbehörden geschaffen werden.

Im Grundsatz sind vorliegend weder die CAPM- noch die WACC-Methode bestritten. Für die Berechnung der CAPM-Rendite sind der Risikofaktor Beta sowie die Marktrisikoprämie als Differenz zwischen langfristiger Marktrendite und langfristigem risikolosem Zinssatz zu bestimmen. Für die Berechnung der Fremdkapitalkosten müssen vorab der Verschuldungsgrad, die Steuerbelastung und der Fremdfinanzierungs- oder Fremdkapitalkostensatz bemessen werden. Mit der WACC-Formel wird alsdann unter Berücksichtigung der Anteile an Fremd- und Eigenkapital der gewichtete durchschnittliche Kapitalkostensatz berechnet.

4.1.2 Berechnung der CAPM-Rendite

4.1.2.1 Der Risikofaktor Beta

Investoren haben die Möglichkeit, durch den Kauf unterschiedlicher Anlagen Renditeschwankungen, deren Ursprung in den betreffenden Investitionen selbst liegt, im Durchschnitt über ihr gesamtes Portfolio auszugleichen. Der Risikofaktor Beta berücksichtigt das verbleibende, nicht diversifizierbare Risiko einer Anlage und wird branchenspezifisch ermittelt. Vorliegend ist zu beachten, dass für die Herleitung des Risikofaktors für die Jahre 2007 und 2008 verschiedene Methoden Anwendung finden müssen. Während es für das Jahr 2007 noch möglich war, den Beta-Wert gemäss der bis anhin gängigen Methodik herzuleiten, ist dieses Vorgehen für das Jahr 2008 nicht mehr sachdienlich (vgl. oben Ziff. 4.1.1).

Für das Jahr 2007 stützte die Gesuchsgegnerin ihr Vorgehen zu Recht noch auf die im Gutachten von Prof. Dr. Spremann vorgeschlagene Vorgehensweise ab und errechnete auf korrekte Weise einen Beta-Wert von 0.8.

Bei der Herleitung des Beta-Werts für das Jahr 2008 lehnt sich die ComCom sehr eng an die Vorgehensweise an, die im IFBC-Gutachten der Gesuchsgegnerin vorgeschlagen wird. Sie stützt dabei die Berücksichtigung von ehemaligen Monopolisten respektive Incumbents in europäischen Ländern, da diese wohl am ehesten ein vergleichbares Risikoprofil zu einer neu in den Markt eintretenden hypo-

⁵ Abrufbar unter www.preisueberwacher.admin.ch/dokumentation/00445/00637/00644/index.html?lang=de.



thetischen Anbieterin haben könnten. Es handelt sich dabei um Telekomunternehmen, die in grossem Masse, aber nicht nur, im Bereich Festnetz aktiv sind. Eine festnetzspezifische Herleitung des Beta-Wertes bietet sich gegenwärtig mangels vernünftiger börsenkotierter Vergleichsunternehmen mit reinen Festnetzaktivitäten nicht an.⁶ Abweichend vom Vorgehen der Gesuchsgegnerin kann das Unternehmen Tele2 Sverige AB jedoch für die Vergleichsgruppe (Peer-Group) nicht berücksichtigt werden, da dessen hauptsächliches Geschäftsfeld im Mobilfunk liegt. Hingegen ist die Herleitung der Beta-Werte auf Basis von wöchentlichen Renditen über einen Betrachtungszeitraum von zwei Jahren, analog der im IFBC-Gutachten vorgeschlagenen Vorgehensweise, gerechtfertigt. Dadurch wird dem schnellen technologischen Wandel ausreichend Rechnung getragen, und dessen Einfluss auf das Risikoprofil der Telekommunikationsbranche berücksichtigt. Gleichzeitig findet mit einer Zweijahresbetrachtung aber auch eine minimale Glättung statt, die verhindert, dass der Beta-Wert und schliesslich auch die Kosten von Jahr zu Jahr allzu stark schwanken.

Die Gesuchsgegnerin verwendet im Weiteren bei der Berechnung des Modell-Betas eine Anpassung (Adjustierung) des sog. Raw Betas aufgrund der Tendenz, dass die Beta-Werte von börsenkotierten Unternehmen sich dem Wert eins nähern und somit immer stärker mit der Gesamtmarktentwicklung korrelieren sollen. Sie erklärt, dieses Vorgehen werde auch von der IRG nicht ausgeschlossen. Aus mehreren Gründen ist diese Vorgehensweise zur Berechnung der Kapitalkosten einer effizienten Modellunternehmung zu verwerfen. So sprechen einmal die von der Gesuchsgegnerin zitierten Empfehlungen der IRG entweder für eine Adjustierung des Beta-Wertes oder für eine Anpassung des Verschuldungsgrades. Die Adjustierung wird verwendet, wenn das Beta für eine real existierende Firma auf der Basis der historischen Daten über deren Aktienkurs berechnet werden soll. Bei der Bottom-up-Berechnung des Betas hingegen werden die Raw Beta-Werte von mehreren vergleichbaren Unternehmen als Vergleichswerte herangezogen. Bei diesem Vergleich muss der Verschuldungsgrad der Vergleichsunternehmen berücksichtigt werden (vgl. sogleich unten Ziff. 4.1.2.2). Durch den Vergleich mehrerer Unternehmen werden die Nachteile, die bei der historischen Berechnung bestehen, eliminiert und eine Adjustierung wird überflüssig. Überdies stützt sich auch das Gutachten von Prof. Dr. Spremann vom 15. Dezember 2002 auf das Raw Beta ab und der Preisüberwacher stimmt diesem Vorgehen zu. Schliesslich ist im Telekommunikationsmarkt keine Tendenz ersichtlich, dass die Beta-Werte von börsenkotierten Unternehmen sich dem Wert eins nähern. Aus diesen Gründen ist für das vorliegende Verfahren das Raw Beta relevant.

Gestützt auf die Ausführungen zur Adjustierung ist deshalb eine Anpassung des Beta-Werts an den Verschuldungsgrad (De-leveraging und Re-leveraging) der potentiellen Markteintreterin vorzunehmen. Damit folgt die ComCom im Übrigen auch dem Vorgehen des Preisüberwachers bei dessen Herleitung des Kapitalkostensatzes (PREISÜBERWACHUNG, a.a.O., S. 14). Der Verschuldungsgrad respektive die Eigenkapital-Fremdkapital-Struktur der hypothetischen Markteintreterin beträgt 51% Eigenkapital zu 49% Fremdkapital (vgl. unten Ziff. 4.1.5).

Aus dem oben beschriebenen Vorgehen und den Zweijahresbetawerten der Vergleichsunternehmen, berechnet über die Jahre 2005-2006, resultiert für das Jahr 2008 ein Beta-Wert von 0.88.

⁶ Damit sind die nun berücksichtigten Vergleichsunternehmen auch im Bereich Mobilfunk und Internet aktiv. Diese Aktivitäten werden von Investoren teilweise mit höherem Risiko bemessen. Der Verdacht liegt deshalb nahe, dass das ausgewiesene Beta das Risiko für das Festnetz der Tendenz nach überschätzen könnte. Empirische Studien lassen aber eine verlässliche Quantifizierung bislang vermissen, zudem haben sich die Risiken für Mobilfunkkommunikation und Festnetzkommunikation in den letzten Jahren angeglichen. Eine Anpassung des Beta-Wertes nach unten, welche die Gesuchsgegnerin nicht übermässig benachteiligt, fällt somit sehr schwer, weshalb darauf verzichtet wird. Der hier berechnete Beta-Wert dürfte deshalb sowohl für Mobilfunknetze als auch für Festnetze anzuwenden sein, vorausgesetzt die Vergleichsgruppe bleibt repräsentativ für die Branche.



4.1.2.2 *Der risikolose Zinssatz*

Beim risikolosen Zinssatz handelt es sich um eine Rendite, die sich mit praktisch absolut sicheren Anlagen erzielen lässt. Staatsanleihen von erstklassigen Schuldnerländern gelten als nahezu risikolos, da die Gefahr eines Ausfalls praktisch nicht besteht. Der risikolose Zinssatz bildet den Ausgangspunkt für das CAPM.

Die Gesuchsgegnerin berechnet den risikolosen Zinssatz für den Kostennachweis 2008 aus dem Jahresmittelwert des Jahres 2006 der Rendite von Bundesobligationen mit einer Laufzeit von zehn Jahren. Damit bezieht sie sich auf die verfügbaren Daten des letzten ganzen Jahres zum Zeitpunkt der Erstellung des Kostennachweises.

Die ComCom strebt eine Vereinheitlichung der Praxis zur Berechnung von durchschnittlichen Wachstumsraten an. Aus statistischer Sicht ist dazu die Verwendung des geometrischen Mittels die beste Variante: „... mit (dem geometrischen Mittel) als mittlerem Wachstumsfaktor für alle Perioden erhält man den gleichen Bestand $B(n)$ der letzten Periode, den man für die tatsächlichen Wachstumsfaktoren $x(1), \dots, x(n)$ erhält. In diesem Sinn ist (das geometrische Mittel) die adäquate ‚Mittelung‘ von Wachstumsfaktoren.“ (vgl. LUDWIG FAHRMEIR/RITA KÜNSTLER/IRIS PIGEOT/GERHARD TUTZ, Statistik: Der Weg zur Datenanalyse, Berlin Heidelberg New York, 2001, S.60). Die Regulierung sollte zum Ziel haben, Erwartungssicherheit zu schaffen. Mit einer Glättung der Wachstumsprognosen aufgrund historischer Daten wird dieses Ziel erreicht und gleichzeitig berücksichtigt, dass sich die Umstände ändern können. Die Glättung wird mit der Mittelung über mehrere Jahre erreicht. Eine gängige Periode ist ein Zeitraum von fünf Jahren. Dadurch wird auch die Datenbasis vergrößert, was zu statistisch robusteren Resultaten führt. Somit wird bei der Berechnung des kurzfristigen risikolosen Zinssatzes neu der Vorgehensweise des Preisüberwachers gefolgt (vgl. PREISÜBERWACHUNG, a.a.O., S.13). Es wird die 10-Jahres-Bundesobligationsrendite, welche auch dem Anlagehorizont von Investoren in die Telekommunikationsbranche entsprechen könnte, geglättet über die letzten fünf Jahre mit einer zeitlichen Verzögerung von zwei Jahren, berücksichtigt. Für das Jahr 2008 dienen somit die Jahre 2002-2006 als Berechnungsgrundlage. Die zeitliche Verzögerung trägt dem Wissensstand der Gesuchsgegnerin zum Zeitpunkt des Kostennachweises Rechnung. Die Gesuchsgegnerin bereitet den Kostennachweis für ein bestimmtes Jahr immer im Vorjahr vor. Die Daten für das letzte vollendete Jahr liegen deshalb im Vergleich zu dem Jahr, wofür der Kostennachweis zu erbringen ist, immer um zwei Jahre zurück. Durch die Glättung können sich Schwankungen nicht allzu stark auf die Preisberechnung auswirken.

Die Argumentation der Gesuchsgegnerin ist widersprüchlich, wenn sie geltend macht, dass Tele2 Sverige AB bei der Berechnung des Beta-Wertes berücksichtigt werden sollte, um die Datenbasis zu vergrößern, aber bei der Berechnung des risikolosen Zinssatzes auf eine beschränkte Datenbasis zurückgreifen will. Die Beschränkung auf Jahresdaten ist nicht nachvollziehbar. Weiter bezeichnet sie den risikolosen Zinssatz, berechnet aus dem Jahresmittel des Vorjahres, als sog. besten Schätzer (Best Estimator) und verwendet zur Bestimmung desselben das arithmetische Mittel. Die Verwendung des geometrischen Mittels über einen Zeitraum von fünf Jahren garantiert aber, dass ausgehend vom Anfangsbestand (oder -Index) der Bestand (oder Index) des Vorjahres erreicht und damit der Best Estimator präziser wird.

4.1.2.3 *Die Marktrisikoprämie*

Die Marktrisikoprämie misst die zusätzliche Entschädigung, welche Investoren erwarten, wenn sie anstelle von risikolosen Anlagen ein Portfolio aller handelbaren risikobehafteten Anlagen halten. Per Definition entspricht die Marktrisikoprämie der Differenz zwischen der durchschnittlichen Marktrendite und dem langfristigen risikolosen Zinssatz. Die Bestimmung der Marktrisikoprämie erfordert mithin die Kenntnis der durchschnittlichen Marktrendite und des langfristigen risikolosen Zinssatzes.



4.1.2.4 Die durchschnittliche Markttrendite

Die Gesuchsgegnerin berechnet die durchschnittliche Markttrendite, indem sie auf die in der bisherigen Praxis angewendeten Daten der Schweizer Privatbank Pictet & Cie zurückgreift. Als Ausgangsjahr verwendet sie, wie im Gutachten von Prof. Dr. Spremann vom 15. Dezember 2002 empfohlen, das Jahr 1926 und berechnet einen arithmetischen Mittelwert aus dem arithmetischen und dem geometrischen Mittel. Eine alleinige Verwendung des geometrischen Mittels betrachtet die Gesuchsgegnerin als nicht angebracht, weil dadurch die durchschnittliche Rendite über den gesamten Beobachtungszeitraum (hier seit 1926) ermittelt werde, ein Investor Aktientitel aber nicht über eine so lange Periode halte. Weiter bringt die Gesuchsgegnerin vor, dass die Verwendung des arithmetischen Mittels der bisherigen Praxis entspreche. Sie verweist überdies auf die Praxis anderer ausländischer Regulierungsbehörden, die sich ganz oder teilweise mit ihrem Vorgehen decken soll.

Die Argumentation der Gesuchsgegnerin geht fehl. Wie bereits ausgeführt, wird durch eine grosse Datenbasis die Robustheit eines statistischen Resultats erhöht. Ein Investor wird deshalb möglichst viele historische Daten beziehen, um sich eine Erwartung über die zukünftige Rendite seiner Anlage bilden zu können. Zwischen dem statistischen Zeitraum zur Herleitung der Erwartung und dem geplanten Investitionshorizont des Investors besteht hingegen kein Zusammenhang.

Von der bisherigen Praxis der Verwendung des arithmetischen Mittelwertes wird insofern abgewichen, als dass für die Berechnung der durchschnittlichen Markttrendite auf den Ansatz der geometrischen Mittelwertbildung abgestellt wird. Dieses Vorgehen wurde bereits vom Preisüberwacher in seiner Studie zu den Netzzugangsentsgelten vorgeschlagen und es bietet sich auch für die Berechnung der durchschnittlichen Markttrendite in fernmelderechtlichen Zugangsverfahren an. Insbesondere kann durch diese Methode der Gefahr einer Überschätzung des wirklichen Wertes begegnet werden (vgl. PREISÜBERWACHUNG, a.a.O. S. 13). An sich rechtfertigt sich ein Überdenken der bisherigen Praxis bereits aus diesem Grund. Ein weiteres Argument für die Wahl der geometrischen Berechnungsweise ist die in Ziff. 4.1.2.2 angesprochene Harmonisierung zur Berechnung von durchschnittlichen Wachstumsraten. Überdies ist die Vorgehensweise klar, einfach nachvollziehbar und auch in Zukunft ohne weiteres reproduzierbar.

Die durchschnittliche Markttrendite ist somit gestützt auf die Daten der Bank Pictet & Cie für die Jahre 1926 bis 2005 für den Kostennachweis 2007 respektive bis 2006 für den Kostennachweis 2008 aufgrund des geometrischen Mittelwerts zu berechnen (für die Daten vgl. PICTET, Die Performance von Aktien und Obligationen in der Schweiz. Eine empirische Untersuchung seit 1925. Originalstudie vom Januar 1988 und Aufdatierung bis 1997 mit letzter Aktualisierung vom Januar 2008⁷). Diese Berechnung ergibt eine durchschnittliche Markttrendite für das Jahr 2007 von 8.21% und für das Jahr 2008 von 8.35%.

4.1.2.5 Der langfristige risikolose Zinssatz

Zur Berechnung der Marktrisikoprämie muss im Weiteren der langfristige risikolose Zinssatz bestimmt werden. Dieser muss sich, im Gegensatz zum risikolosen Zinssatz, auf den gleichen Zeitraum beziehen wie die durchschnittliche Markttrendite. Dementsprechend ist auch der langfristige risikolose Zinssatz aufgrund der von der Bank Pictet & Cie veröffentlichten Daten zu den Renditen von Obligationen im Schweizer Markt seit 1926 bis 2005 respektive 2006 mittels geometrischem Mittel zu berechnen. Weil diese Obligationen allerdings nicht wie die zehnjährigen Bundesobligationen als risikofrei bezeichnet werden können (vgl. oben 4.1.2.2) und daher die Rendite einer langfristigen risikolosen Anlage in der Schweiz überschätzen, muss vom langfristigen risikolosen Zinssatz ein Abzug vorgenommen werden. Mit dieser Korrektur wird dem Umstand Rechnung getragen, dass die von der Bank Pictet & Cie berücksichtigten Obligationen gegenüber den risikolosen Bundesobligationen ein höheres Risiko

⁷ Abrufbar im Internet unter <http://www.pictet.com/de/home/communications/research/special/performance.html>.



beinhalten und deshalb einen höheren Zins erzielen. Ein Vergleich zwischen den beiden Anleihen ergibt über einen Zeitraum von 80 Jahren, dass die Rendite der Handels- und Industrieobligationen 0.64 Prozentpunkte über der Rendite von Bundesobligationen liegt (vgl. PREISÜBERWACHUNG, a.a.O., S. 20). Aus dem zuvor erläuterten Vorgehen resultiert ein langfristiger risikoloser Zinssatz von 3.90% für 2007 und von 3.84% für 2008.

4.1.2.6 Ergebnis

Die Markttrisikoprämie als Differenz zwischen Marktrendite und langfristigem risikolosem Zinssatz entspricht einem Wert von 4.30%⁸ für das Jahr 2007 respektive 4.51% für 2008. Mit dem kurzfristigen risikolosen Zinssatz (i), dem Beta-Wert ($Beta$) und der Markttrisikoprämie (MRP) lässt sich die CAPM-Rendite mit folgender Formel berechnen: $i + Beta \cdot MRP$. Für die Jahre 2007 und 2008 resultieren damit Eigenkapitalrenditen (CAPM-Renditen) von 6.26% und 6.61%.

4.1.3 Berechnung des Fremdkapitalkostensatzes

Die Aufnahme von Fremdkapital führt im Zusammenhang mit Steuern im Vergleich zu einer vollständigen Eigenkapitalfinanzierung zu tieferen Kapitalkosten. Zur Berechnung der Fremdkapitalkosten müssen vorab der Verschuldungsgrad, die Steuerbelastung und der Fremdkapitalkostensatz bemessen werden.

Die in der Expertise von Prof. Dr. Spremann in diesem Zusammenhang angestellten Überlegungen haben grundsätzlich nach wie vor Geltung. Sie sind deshalb bei der Herleitung des Fremdfinanzierungskostensatzes nach wie vor von Relevanz. Auszugehen ist mithin vom risikolosen Zinssatz, der den Ausgangspunkt des CAPM bildet. Wie Tabelle 3 unter Ziff. 4.1.6 zu entnehmen ist, beläuft sich dieser für das Jahr 2007 auf 2.82% und für das Jahr 2008 auf 2.64% (vgl. dazu auch Ausführungen unter Ziff. 4.1.2.2 hiervor). Diese Zinssätze sind, wie schon im Gutachten von Prof. Dr. Spremann, um eine Risikoprämie für Unternehmen der sehr guten Bonität (sog. Primerate) sowie um einen Zuschlag für die Kosten für die Aufnahme von Fremdkapital zu erhöhen. Die Primerate ist nach wie vor bei 1% anzusetzen. Anders als im Gutachten setzt die ComCom den Zuschlag für die Kosten für die Aufnahme von Fremdkapital hingegen nicht mit 0.5%, sondern mit 0.3% fest. Sie weicht damit im Grundsatz nicht vom Gutachten ab, aktualisiert jedoch diesen Zuschlag und trägt damit den bisherigen realen Entwicklungen Rechnung. Das effiziente Modellunternehmen ist in der Lage, sein Fremdkapital zu möglichst geringen Kosten zu beschaffen. Dass es denkbar ist, Fremdkapital zu tieferen Kosten als bisher angenommen zu beschaffen, zeigen auch die von der Gesuchsgegnerin gemachten Angaben (vgl. deren Eingabe vom 9. Mai 2008). Aufgrund dieser können die Kosten für die Aufnahme von Fremdkapital auf annualisierte 0.3% in den Jahren 2007 und 2008 geschätzt werden. Es ist davon auszugehen, dass die von der Gesuchsgegnerin ausgewiesenen Kosten denjenigen einer hypothetischen effizienten Markteintreterin entsprechen. Insgesamt ist zur Primerate von 1.0% somit ein Zuschlag von 0.3% zu addieren und diese 1.3% sind zum risikolosen Zinssatz hinzuzufügen, so dass der Fremdfinanzierungskostensatz (vor Steuern) für 2007 auf 4.12% und für 2008 auf 3.94% zu liegen kommt. Dem Anliegen des Preisüberwachers in seiner Stellungnahme vom 18. Juni 2008, die (Re)Finanzierungskosten seien durch die Gesuchsgegnerin zu belegen, hat diese durch die Eingabe vom 9. Mai 2008 Rechnung getragen.

⁸ Die Marktrendite mit drei Nachkommastellen beträgt 8.206% und der langfristige risikolose Zinssatz 3.902%. Die eigentliche Differenz zwischen den beiden Werten beträgt 4.304%. Damit entspricht die Markttrisikoprämie als Differenz zwischen der Marktrendite von 8.21% und dem langfristigen risikolosen Zinssatz von 3.90% auf zwei Nachkommastellen gerundet dem Wert von 4.30%. Die in Tabelle 3 in Ziff. 4.1.6 wie auch im Text aufgeführten Werte werden nur zur Darstellung auf zwei Nachkommastellen gerundet. Die Berechnung im Hintergrund verwendet deutlich mehr Nachkommastellen, so dass der resultierende Kapitalkostensatz mathematisch möglichst genau ausgewiesen wird.



4.1.4 Massgebliche Steuerbelastung

Die Gesuchsgegnerin ist bei der Berechnung des Steuersatzes von den in der bisherigen Praxis der ComCom gesetzten Leitlinien ausgegangen. Die Werte für diese Parameter können sich jedoch über die Zeit ändern und sind deshalb auf ihre Aktualität hin zu überprüfen.

So hat die ComCom bei der Analyse der Eingaben der Gesuchsgegnerin vom 8. Februar 2008 feststellen können, dass der durchschnittliche Unternehmenssteuersatz in der Schweiz über die Jahre auf einen Wert von 21.3% gesunken ist. Um den Kosten des effizienten Modellunternehmens gerecht zu werden, hat sie deshalb den Steuersatz entsprechend der KPMG Studie „Corporate and Indirect Tax Rate Survey 2007“⁹ aktualisiert. Dass diese Anpassung gerechtfertigt ist, zeigt sich auch daran, dass die Gesuchsgegnerin in ihren Geschäftsberichten für die Jahre 2005, 2006 und 2007 analoge Steuersätze angesetzt hat.

4.1.5 Fremdfinanzierungsgrad

Massgeblich für den Fremdfinanzierungsgrad ist die Verschuldungskapazität, welche sich auf den Cashflow bezieht. Es wird verlangt, dass das Unternehmen mit dem ungebundenen Cashflow die Schulden in sieben Jahren amortisieren könnte, wenn für den heutigen Cashflow Nullwachstum unterstellt würde. Der aus dem Gutachten von Prof. Dr. Spremann resultierende, der bisherigen Praxis entsprechende Verschuldungsgrad von 49% ist beizubehalten. Er wurde als optimaler Verschuldungsgrad für die notwendigen Investitionen in das Telekommunikationsfestnetz aufgrund von Vergleichsunternehmen für ein Modellunternehmen hergeleitet. Die tatsächlichen Verhältnisse haben sich seit Erstellung der Expertise nicht verändert, so dass die damaligen Überlegungen nach wie vor Geltung beanspruchen können. Zudem ist zu beachten, dass real im Markt beobachtbare Finanzierungsgrade durch Buchwertbetrachtungen und Goodwill respektive durch die Berücksichtigung künftiger Erträge im Unternehmenswert und damit auch im Aktienkurs verzerrt werden. Es bestehen deshalb keine Gründe, von der bisherigen Praxis der Festlegung eines Modellverschuldungsgrades abzuweichen.

4.1.6 Ergebnis

Unter Berücksichtigung der WACC-Formel und der entsprechenden Parameter CAPM-Rendite, Fremdfinanzierungsgrad, Fremdfinanzierungskostensatz und Steuersatz werden für die Jahre 2007 und 2008 die gewichteten durchschnittlichen Kapitalkostensätze berechnet. Sie betragen für 2007 6.07%, respektive 6.22% für 2008 (vor Steuern). Die Parameter sind allesamt in Tabelle 3 hiernach aufgeführt. Die Berechnung künftiger Kapitalkostensätze sollte aufgrund der Einfachheit und Klarheit der Herleitung der Parameter problemlos erfolgen können und damit zur Vorhersehbarkeit für die Marktteilnehmer beitragen.

Die Differenz zwischen dem durch die Gesuchsgegnerin und dem durch die ComCom für das Jahr 2008 errechneten Wert des WACC (vor Steuern) ergibt sich vorwiegend, nämlich im Umfang von 1.1%, aus dem unterschiedlichen Steuersatz und dem unterschiedlichen Verschuldungsgrad.

Der nach diesem Verfahren ausgewiesene Kapitalkostensatz beinhaltet eine Entschädigung der Investoren für ihr eingegangenes Risiko, die mit dem branchenüblichen Kapitalertrag korrespondiert, wie dies Art. 54 Abs. 1 Bst. d FDV verlangt. Dabei stellt dieser Kapitalertrag nicht eine Garantie für die Investoren dar, in jedem Jahr dieselbe Rendite erzielen zu können. Dies wäre zufällig. Vielmehr unterliegt die Höhe des Kapitalkostensatzes Schwankungen über die Jahre. Langfristig aber sollten Investoren, im Zeitpunkt der jeweils bestrittenen Jahre, diese errechneten Renditen erzielen können. Dies bedeutet aber nicht, dass es nicht vorstellbar wäre, dass in einzelnen Jahren aufgrund unerwünschter

⁹ Abrufbar unter http://www.kpmg.ch/library/pdf/Corp_Tax_Rate_Survey_2007_WEB.pdf.



respektive unerwarteter Entwicklungen auch ein Verlust ausgewiesen werden müsste. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass im Rahmen der Regulierung nach FMG Kapitalkosten garantiert Berücksichtigung finden, während dies in realen Märkten nicht der Fall ist.

WACC				
	2007 Swisscom	2007 ComCom	2008 Swisscom	2008 ComCom
<i>CAPM Rendite</i>				
Risikoloser Zinssatz	1.02%	2.82%	2.50%	2.64%
Beta	0.80	0.80	0.84	0.88
Marktrendite	8.31%	8.21%	9.31%	8.35%
Marktrisikoprämie	7.29%	4.30%	5.38%	4.51%
Langfristiger risikoloser Zinssatz		3.90%	3.93%	3.84%
CAPM Rendite	6.85%	6.26%	7.02%	6.61%
<i>Fremdkapitalkosten</i>				
Fremdkapitalkostensatz	4.52%	4.12%	4.00%	3.94%
Tax	25%	21.30%	25%	21.30%
Fremdkapitalkostensatz nach Steuern	3.39%	3.24%	3.00%	3.10%
<i>WACC</i>				
Anteil Eigenkapital	51%	51%	67%	51%
Anteil Fremdkapital	49%	49%	33%	49%
WACCs	5.16%	4.78%	5.70%	4.89%
WACC pre Tax	6.87%	6.07%	7.60%	6.22%

Tabelle 3 : Parameter des Kapitalkostensatzes für die Jahre 2007 und 2008

4.2 Abschreibungsdauern für das physische Festnetz

Als Nutzungsdauer wird der Zeitraum bezeichnet, in welchem ein Wirtschaftsgut genutzt werden kann. Die Länge der Nutzungsdauer übt einen grossen Einfluss auf die kostenorientierte Preisgestaltung aus: Indem die Gesuchsgegnerin über einen bestimmten Zeithorizont ihre Investitionen amortisieren darf, erhält sie die Möglichkeit, ihr Netz laufend zu erneuern. Jedoch darf sie dabei gemäss Art. 54 FDV nur diejenigen Kosten geltend machen, die eine neu in den Markt eintretende effiziente Anbieterin hätte, welche die gerade aktuelle und zugleich etablierte Technologie einsetzt.

Aufgrund der unter Ziff. 4 bereits erwähnten veränderten Ausgangslage bezüglich der neu regulierten Zugangsformen ist die Praxis der ComCom betreffend Abschreibungsdauern zu überprüfen. Der Grund für diese Neubeurteilung liegt insbesondere darin, dass Investitionen in das Anschlussnetz einen grossen Beitrag der Gesamtkosten eines Telekommunikationsnetzes darstellen. Da der Kostennachweis für die verschiedenen Zugangsformen in einem gesamtheitlichen Modell erbracht wird, kommt es zwangsläufig zu Interdependenzen bei den Abschreibungsdauern der verschiedenen Güter.



Neu ist insbesondere der Abschreibungsdauer der Kupferdoppelader besonderes Augenmerk zu schenken.

Die vorliegend relevante Nutzungsdauer von Anlagen richtet sich nach der gesetzlichen Verpflichtung gemäss Art. 54 Abs. 2 FDV. Nur die Kosten einer neu in den Markt eintretenden effizienten Anbieterin dürfen berücksichtigt werden und die Kosten des Netzes müssen den Wiederbeschaffungskosten entsprechen. Entschädigt wird demzufolge der Wertzerfall einer Netzinfrastruktur, die sich ausschliesslich aus der aktuellen und etablierten Technologie zusammensetzt (Modern Equivalent Asset; MEA-Ansatz). Der Wertzerfall besteht aus zwei Komponenten: Einerseits muss generell mit der Möglichkeit eines künftigen Preiszerfalls oder -anstiegs gerechnet werden. Wird eine Anlage heute gekauft, so ist nicht auszuschliessen, dass sie zu einem späteren Zeitpunkt günstiger oder teurer wiederbeschafft wird, wobei die zu beschaffende Anlage beispielsweise wegen des technologischen Fortschritts nicht genau der alten Anlage entsprechen muss. Diese zu prognostizierende Preisentwicklung muss kompensiert werden (vgl. unten Ziff. 4.4). Daneben erfährt eine Anlage andererseits auch eine Abnutzung. Diese Abnutzung gilt es ebenfalls kostenrechnerisch mittels Abschreibungen zu kompensieren.

Die Gesuchsgegnerin macht in ihrer Schlussstellungnahme vom 18. August 2008 geltend, bei der Bestimmung der Abschreibungsdauer für die Kupferdoppelader müsse berücksichtigt werden, dass diese in Zukunft durch Glasfasern ersetzt würde und die Nutzungsdauer deshalb zu reduzieren sei. Die Gesuchsgegnerin verwendet in ihrer Modellspezifikation Nutzungsdauern (technische Lebensdauern), die in der bisherigen Regulierungspraxis festgelegt wurden oder den Werten ihrer internen Anlagebuchhaltung entsprechen. Diese wiederum werden nach den International Financial Reporting Standards (IFRS; vormals International Accounting Standards [IAS]) hergeleitet.¹⁰ Für die Beurteilung der technischen Lebensdauer stützt sie sich somit auf die Richtlinie 16 der International Accounting Standards ab.¹¹ Punkt 57 der Richtlinie 16 lautet: „Die Nutzungsdauer eines Vermögenswertes wird nach der voraussichtlichen Nutzbarkeit für das Unternehmen definiert. Die betriebliche Investitionspolitik kann vorsehen, dass Vermögenswerte nach einer bestimmten Zeit oder nach dem Verbrauch eines bestimmten Teils des künftigen wirtschaftlichen Nutzens des Vermögenswertes veräussert werden. Daher kann die voraussichtliche Nutzungsdauer eines Vermögenswertes kürzer sein als seine wirtschaftliche Nutzungsdauer. Die Bestimmung der voraussichtlichen Nutzungsdauer des Vermögenswertes basiert auf Schätzungen, denen Erfahrungswerte des Unternehmens mit vergleichbaren Vermögenswerten zugrunde liegen.“ Die Gesuchsgegnerin ist als eine an der Schweizer Börse kotierte Publikumsgesellschaft verpflichtet, unabhängig von der Zugangsregulierung ihre Abschreibungspraxis regelmässig zu überprüfen und falls nötig anzupassen. Die aktienrechtliche Betrachtungsweise entspricht jedoch nicht den fernmelderechtlichen Vorgaben im Sinne von Art. 54 Abs. 2 FDV. Die anzuwendenden Nutzungsdauern dürfen sich nicht an der innerbetrieblichen Optik eines bestimmten Unternehmens orientieren und schon gar nicht kürzer ausfallen als die wirtschaftliche Nutzungsdauer, wie das etwa IAS Richtlinie 16 Punkt 57 zugesteht. Auch dürfen keine allfällig zukünftig zu erwartenden technologischen Neuerungen, wie von der Gesuchsgegnerin geltend gemacht, dazu führen, dass aufgrund einer betrieblichen Investitionspolitik Vermögenswerte schneller abgeschrieben werden. Es ist für die Bestimmung der Abschreibungsdauern von der technischen Nutzungsdauer (Annuitätenmethode) auszugehen.

Das zugrunde liegende Modell der bestreitbaren Märkte untersteht in der Ex-post-Regulierung einer statischen Betrachtung und verwendet rückblickend die aktuellste etablierte Technologie. Dynamische Entwicklungen im betreffenden Jahr können deshalb nicht berücksichtigt werden. Einer allfälligen Dy-

¹⁰ Die IAS werden durch das International Accounting Standards Board nach und nach modifiziert oder durch neue Standards ersetzt. Die neuen Standards werden IFRS genannt (http://www.ifrs-portal.com/Grundlagen/Was_sind_IFRS_IAS/Was_sind_IFRS_IAS_01.htm).

¹¹ http://www.ifrs-portal.com/Texte_deutsch/Standards/Standards_2006/IAS_16/IAS_16_4.htm#Abschreibung.



namik wird bei diesen Voraussetzungen vielmehr dadurch Rechnung getragen, dass im Rahmen der jährlichen Ex-post-Betrachtung jeweils auf die aktuellste etablierte Technologie Rücksicht genommen wird. Des Weiteren entspricht es der bisherigen Praxis der ComCom, auf die technische Nutzungsdauer zurückzugreifen. Die von der Gesuchsgegnerin geltend gemachte Ablösung der Kupferdoppelader durch Glasfasern spielt im vorliegenden Modellrahmen keine Rolle.

Für die Jahre 2007 und 2008 ist die Kupferdoppelader die nach wie vor aktuellste etablierte Technologie, weshalb auf die technische Nutzungsdauer der Kupferkabel abzustellen ist. Sollte dereinst das Kupfer als aktuellste etablierte Technologie abgelöst werden, wäre dies zu beachten.

Soweit die Gesuchsgegnerin überdies in ihrer Schlussstellungnahme vom 18. August 2008 vorbringt, ein Abstützen auf die technische Nutzungsdauer erschwere oder verhindere die Investitionen in Infrastrukturen, schaffe Markteintrittsbarrieren und diese Vorgehensweise widerspreche dem Zweckartikel des FMG, ist dem Folgendes entgegenzuhalten: Wer seinen Kunden in Zukunft konkurrenzfähige Dienste anbieten will, wird diese früher oder später über Glas anbieten, da die Kapazitäten der Kupferdoppelader zu eingeschränkt sind. Damit in Infrastruktur investiert wird, muss zuerst eine genügend grosse Kundenbasis vorhanden sein, damit die Skaleneffekte im Zusammenhang mit dem Bau von Glasfasernetzen zum Tragen kommen und ein vernünftiges Kostenniveau resultiert. Der Bau einzelner Glasfasern kann sich für die alternativen FDA wie auch für die Gesuchsgegnerin nicht auszahlen. Es ist nicht Sinn und Zweck der Regulierung der Kupferdoppelader, der marktbeherrschenden Anbieterin den Ausbau des Glasfasernetzes zu finanzieren und damit ein weiteres Monopol zu schaffen, welches wiederum der Regulierung bedarf. Ein solches Vorgehen würde im Widerspruch zum Zweckartikel des FMG stehen, welcher klar fordert, dass das FMG wirksamen Wettbewerb beim Erbringen von Fernmeldediensten ermöglichen soll (Art. 1 Abs. 2 Bst. c FMG). Nur durch diesen wirksamen Wettbewerb können aber die von der Gesuchsgegnerin erwähnten qualitativ hoch stehenden, national und international konkurrenzfähigen Dienste angeboten werden.

Die konkrete Herleitung der Nutzungsdauer für die Kupferdoppelader durch die Gesuchsgegnerin beruht aus den dargelegten Gründen teilweise auf falschen Annahmen und entsprechend sind Anpassungen vorzunehmen.

Die ComCom hat in den die Interkonnectionspreise 2004 - 2006 betreffenden Verfahren (Entscheidung der ComCom vom 14.12.2007 Colt Telecom AG vs. Swisscom (Schweiz) AG und Verizon Switzerland AG vs. Swisscom (Schweiz) AG) bereits den von der Gesuchsgegnerin beigebrachten Kostennachweis hinsichtlich der Nutzungsdauern für Kanalisationen, Schächte, Hardware (Vermittlungstechnik) und Software (Vermittlungstechnik) angepasst. Zur Festlegung der Nutzungsdauer hatte die Instruktionsbehörde damals bei 14 nationalen Regulierungsbehörden eine Umfrage durchgeführt, welche gezeigt hat, dass die Nutzungsdauern nicht einheitlich festgelegt werden: Angesetzt wurden Nutzungsdauern zwischen 15 und 40 Jahren für Kanalisation und Schächte, zwischen 10 und 25 Jahren für Kupferkabel, zwischen 5 bis 10 Jahren für Vermittlungstechnik Hardware, zwischen 3 bis 10 Jahren für Software und zwischen 5 bis 10 Jahren für Eigenleistungen.¹² Die Streuung der in den einzelnen europäischen Ländern anzutreffenden Werte lässt keinen Schluss auf eine Praxis ziehen, die als allgemeingültig bezeichnet werden könnte. Die ComCom ihrerseits hat die Abschreibungsdauern in den erwähnten Verfahren auf 40 Jahre für Kanalisation und Schächte, auf 10 Jahre für Vermittlungstechnik Hardware, auf 5 Jahre für Vermittlungstechnik Software und auf 10 Jahre für Eigenleistungen festgelegt. Die Gesuchsgegnerin hat diese Abschreibungsdauern akzeptiert und ihren Kostennachweis mit Eingabe vom 22. Februar 2008 entsprechend aktualisiert.

¹² Befragt wurden Schweden, Frankreich, Dänemark, Estland, Spanien, Island, Luxemburg, Holland, Litauen, Lichtenstein, UK, Deutschland, Zypern, Irland, die einzelnen Angaben unterliegen dem Geschäftsgeheimnis, ausser bei Frankreich, UK und Schweden.



Bezüglich der Abschreibungsdauer für die Kupferkabel stellt sich insbesondere die Frage, weshalb nicht die gleiche Nutzungsdauer wie für die Kanalisation verwendet werden sollte. Die Gesuchsgegnerin war im Rahmen des Instruktionsverfahrens trotz entsprechender Aufforderung nicht in der Lage, Informationen zur effektiven durchschnittlichen Lebensdauer der Kupferkabel einzureichen. Aufgrund der Kenntnisse über die Einsatzdauer der bislang vorhandenen Infrastrukturen hätten ohne weiteres Rückschlüsse auf die technische Nutzungsdauer der Kupferkabel gezogen werden können. Insbesondere brachte die Gesuchsgegnerin auch nichts vor, was dagegen sprechen würde, für die Kupferkabel von der gleichen technischen Nutzungsdauer auszugehen wie für die Kanalisation.

Bei der Festsetzung der Abschreibungsdauer für Kupferkabel geht die verfügende Behörde von nachfolgenden Überlegungen aus: In technischer Hinsicht ist zu beachten, dass sich die Verfahren zur Herstellung von Kupferkabeln verbessert haben, was zu einer längeren Nutzungsdauer der Kupferdoppelader beiträgt. Aufgrund der baulichen Zusammengehörigkeit von Kabel und Kanalisation erscheint es zudem nahe liegend und auch sachgerecht, bei Kupferkabeln von einer ähnlich langen Nutzungsdauer wie bei Kanalisationen auszugehen. So würden auch die Empfehlungen des Schweizerischen Verbandes der Elektrizitätsunternehmen (VSE) mit Werten von 35 - 40 Jahren durchaus für eine Nutzungsdauer von vierzig Jahren für Kupferkabel sprechen¹³.

Die oben genannte Umfrage bei europäischen Regulierungsbehörden zeigt, dass der am häufigsten verwendete Wert für Kupferkabel zwanzig Jahre beträgt. Aufgrund der zuvor aufgeführten Hinweise legt die ComCom die Abschreibungsdauer für Kupferkabel auf dreissig Jahre fest. Damit wird einerseits dem engen Zusammenhang zwischen der Lebensdauer von Kabel und Kanalisationen Rechnung getragen und andererseits auf die Praxis in anderen europäischen Ländern Rücksicht genommen.

4.3 Beilauf

Der Beilauf bestimmt, welcher Prozentsatz der Investitionen und somit der Kosten der Kanalisation, auf Dritte entfällt, weil diese gemeinsam mit der in den Markt eintretenden Anbieterin Rohre mitverlegen, oder eigene Kanalisationsanlagen bauen. Von internem Beilauf ist vorliegend die Rede, wenn ein Unternehmen in den gleichen Gräben Kanalisation für das Anschluss- und Verbindungsnetz verlegt. Externer Beilauf liegt im vorliegenden Zusammenhang dann vor, wenn Kanalisationen unterschiedlicher Infrastrukturen (z.B. Strom, Wasser, Telekommunikation, Fernsehen) oder die Kanalisation derselben Infrastruktur von verschiedenen Anbietern verlegt wird. Mithin werden beim externen Beilauf insbesondere Grabungskosten von verschiedenen Unternehmen getragen, während beim internen Beilauf die Kosten auf verschiedene Produkte derselben Unternehmung aufgeteilt werden.

Die Gesuchsgegnerin geht in ihrer Bottom-up-Modell-Herleitung der Kanalisation zweistufig vor. Zuerst optimiert sie den internen Beilauf, modelliert die Kanalisation für das Anschlussnetz. Danach verbindet sie die Knoten des Verbindungsnetzes, berücksichtigt dabei bereits vorhandene Kanalisationen und Schächte des Anschlussnetzes und erweitert die Kanalisation entsprechend. Die Kosten für gemeinsam genutzte Kanalisation und Schächte werden zwischen Anschlussnetz und Verbindungsnetz hälftig aufgeteilt. Den externen Beilauf weist die Gesuchsgegnerin in ihrer Modellkonzeption als Mittelwert zwischen ihrer eigenen Einschätzung - bzw. den Einschätzungen eigener Gutachter - und dem von der deutschen Bundesnetzagentur für die Deutsche Telekom angewendeten Wert aus. In ihrer Schlussstellungnahme vom 18. August 2008 macht sie überdies geltend, dass der von ihr berechnete Beilauf orientiert an der Empfehlung 205 des Schweizerischen Ingenieur- und Architekten-Vereins (SIA) und sei kostenorientiert. Sie weist ebenfalls darauf hin, dass auch im Kostenmodell nicht davon ausgegangen werden könne, dass auf der gesamten Netzlänge externer Beilauf reali-

¹³ VSE (Hrsg.), *Netznutzungsmodell für das Schweizerische Verteilnetz, NNMV-CH*, Ausgabe 2008, S. 65 (http://www.strom.ch/upload/cms/user/Technik_MA_SD_NNMV_d_080623.pdf).



siert werden könne. Zudem könne bei der Koordination mit alternativen Infrastrukturen weniger als die Hälfte der Investitionen eingespart werden.

Die verfügende Behörde nimmt aus folgenden Gründen Anpassungen im Kostennachweis der Gesuchsgegnerin hinsichtlich Beilaufl vor: Eine effiziente Anbieterin gemäss Art. 54 FDV würde versuchen, einen möglichst hohen Beilaufl zu erzielen. Die Gesuchsgegnerin hat sich zu stark an ihrer eigenen Unternehmung und zu wenig am Modell der bestreitbaren Märkte orientiert. Dies führt dazu, dass der von ihr angenommene Beilaufl nicht dem einer hypothetischen effizienten Markteintreterin entspricht, sondern optimiert werden kann. Insbesondere fehlen in ihrer Herleitung des Beilaufls vertiefte Überlegungen in Bezug auf alternative Fernmeldedienstanbieterinnen und Kabelnetzbetreiberinnen (CATV), welche zweifelsfrei Interesse an der Teilung von Infrastrukturkosten hätten. Eine Abweichung vom effizienten Beilaufl führt schliesslich dazu, dass nicht relevante Kosten auf die regulierten Dienste entfallen.

Die ComCom berücksichtigt in ihrer Kostenmodellierung im Anschlussnetz im Gegensatz zur Gesuchsgegnerin explizit keine Glasfaseranschlüsse. Sie hat die im Kostennachweis der Gesuchsgegnerin ausgewiesenen Glasfaseranschlüsse entsprechend dem von Art. 54 Abs. 2 FDV verlangten MEA-Ansatz im Anschlussnetz durch die Kupfer-Doppelader-Technologie ersetzt.

Der Beilaufl wird auf Grund von theoretischen Überlegungen auf 25% festgelegt. Bei der Herleitung dieses Wertes geht die ComCom von folgenden Überlegungen aus: Die hypothetische Markteintreterin baut ein neues Anschluss- und Verbindungsnetz. Im ersten Fall basierend auf der Kupfertechnologie. Es kann angenommen werden, dass sich auch alternative FDA an den Kanalisationskosten beteiligen und eigene Übertragungseinrichtungen in die Kanalisation verlegen. Diesfalls kann davon ausgegangen werden, dass die Kosten der betroffenen Kanalisationsabschnitte halbiert werden können, da für die alternative Anbieterin die Grabarbeiten für einen sehr grossen Teil der Kanalisation für ein eigenes Netz sowieso anfallen würden. Weiter ist die Annahme gerechtfertigt, dass anderen Infrastrukturunternehmen (Gas, Elektrizität, Wasser) ihre Infrastruktur erneuern, wenn schweizweit eine neue Netzinfrastruktur in Strassen und Wiesen erstellt wird. Bei vorsichtiger Schätzung ist davon auszugehen, dass mindestens die Hälfte der alternativen Infrastruktur die Hälfte ihrer erwarteten Lebensdauer überschritten hat und erneuert wird. Aus ökonomischer Sicht wäre es rational, bei dieser sich bietenden Chance der Kostenteilung solche Anlagen durch neue zu ersetzen. Trägt man den gesetzgeberischen Vorschriften und den Empfehlungen der sachkundigen Verbände (vgl. SIA-Empfehlung 205) Rechnung, ist zu berücksichtigen, dass diese Kosten wohl nicht hälftig geteilt werden könnten. Dennoch wären gewisse Einsparungen aufgrund des Zusammengehens mit anderen Infrastrukturen zweifelsohne möglich.

Für den Fall, dass andere FDA oder Kabelnetzbetreiberinnen ihre Rohre mitverlegen, resultieren gemäss den oben stehenden Ausführungen Einsparungen von 50% beim Bau von Kanalisationsanlagen. In einem zweiten Schritt ist zu beurteilen, auf welcher Länge diese Einsparungen realistischerweise gemacht werden können.

Eine statistische Auswertung der Anschlussdichte zeigt, dass mindestens 60% der Anschlüsse in Gebieten liegen, die potentiell auch von anderen FDA und Kabelnetzbetreiberinnen erschlossen werden könnten. Mit diesen Gebieten sind Gemeinden gemeint, die hinsichtlich der geografischen Anschlussdichte¹⁴ vergleichbare oder höhere Werte aufweisen. Beispiele sind etwa Muri AG, Porrentruy JU, Sargans SG oder Worb BE. Es ist davon auszugehen, dass die Kanalisationen in diesen Gebieten aufgrund der Siedlungsstrukturen im Durchschnitt kürzer sind als in den übrigen Gebieten. Die für Beilaufl in Frage kommende Kanalisation dürfte deshalb etwa 50% der gesamten Kanalisation ausmachen. Damit ergibt sich ein Beilaufl von 25%, sofern man davon ausgeht, dass die alternative Anbieterin ihr Netz lediglich zusammen mit einer weiteren Netzbetreiberin verlegt. Würden sich gar mehrere

¹⁴ Die geografische Anschlussdichte entspricht der Division der Anzahl Anschlüsse durch die Gemeindefläche.



Netzbetreiberinnen an den Grabarbeiten beteiligen, könnte eine noch weitergehende Kostenteilung Platz greifen. Auch nicht berücksichtigt ist der zusätzlich mögliche Beilauf durch alternative Infrastrukturen, der zu weiteren Einsparungen führen könnte. Die Festsetzung des Beilaufs auf 25% erscheint deshalb als eher vorsichtig. Der Vergleich mit dem Wert von 26%, den die deutsche Regulierungsbehörde (Bundesnetzagentur) für die Deutsche Telecom AG ausweist, zeigt, dass der von der ComCom hergeleitete Wert durchaus plausibel ist. Er erscheint somit auch im Lichte von Art. 74 Abs. 3 FDV als angemessen.

4.4 Preisänderungsraten

Die Preisänderungsraten sind ein wichtiger und einflussreicher Bestandteil der Annuitätenformel und damit der etablierten Methode aus der bisherigen Regulierungspraxis der ComCom. Es handelt sich dabei um Vorhersagen der zukünftigen Preisentwicklung. Eine steigende Preisentwicklung führt zu tieferen Abschreibungen, während eine sinkende Preisentwicklung die Abschreibungen erhöht. Positive Preisänderungsraten stehen somit für einen Teuerungszuschlag und negative Preisänderungsraten für einen Preiserfall (vgl. oben Ziff. 4.2). Aufgrund ihres Einflusses auf die Annuitätenformel ist es unerlässlich, dass die Preisänderungsraten im Modell auf plausiblen Annahmen beruhen und eine konsistente Entwicklung aufweisen. Sodann dürfen die prognostizierten Werte nicht systematisch von den tatsächlich in der Vergangenheit beobachteten Entwicklungen abweichen.

Die Gesuchsgegnerin weist in ihrem Kostenmodell für jede Anlageressource eine eigene Preisänderungsrate (Delta-P) aus. Der Wechsel beim Kostennachweis von den Plausibilitätstabellen zum Kostenmodell Cosmos hat dazu geführt, dass sich die Anzahl der Preisänderungsraten vervielfacht hat. Ein Vergleich der verwendeten Preisänderungsraten über die vergangenen Jahre ist deshalb in vielen Fällen nur über zwei Jahre möglich. Reale Preisänderungsraten sind gar nur für ein Jahr verfügbar. Die Analyse der Preisänderungsraten hat gezeigt, dass der Gesuchsgegnerin zurzeit keine systematische Über- oder Unterschätzung vorgeworfen werden kann. Die ComCom hält lediglich fest, dass die Herleitung der Prognose mittels Durchschnittsbildung der vergangenen Preisänderungen wünschenswert wäre, wobei als Mittelungsmethode das geometrische Mittel über einen Zeitraum von zwei bis fünf Jahren zu verwenden wäre.

Eine vertiefte Analyse der Preisänderungsrate hat sich aufgrund der Eingaben der Gesuchsgegnerin (vgl. sogleich unten Ziff. 4.4.1) insbesondere für Tiefbauleistungen aufgedrängt. Zudem machen diese Leistungen einen grossen Anteil an den Gesamtinvestitionen aus, weshalb es unerlässlich ist, korrekte Preisänderungsraten auszuweisen. Der Preisüberwacher hat schliesslich in seiner Stellungnahme vom 18. Juni 2008 zu Recht darauf hingewiesen, dass auch die Preisänderungen des Kupferpreises zu berücksichtigen seien, was die Gesuchsgegnerin in ihrem Kostennachweis unterlassen hat.

4.4.1 Preisänderungsraten der Tiefbauleistungen

Bei den Tiefbauinvestitionen, die gemäss Kostenmodell Cosmos 65.6% der gesamten Investitionen ausmachen, setzt die Gesuchsgegnerin einen gewichteten Teuerungszuschlag ein. Er berechnet sich aus den Produktionskostenindizes des Schweizerischen Baumeisterverbandes (SBV) der Bausparten 6 (Belagsbau) und 9 (Werkleitungsbau). Der Werkleitungsbau fliesst mit einer Gewichtung von 80% und der Belagsbau mit einer Gewichtung von 20% in die Berechnung ein. Die Gewichtung wird nicht begründet, erscheint aber für grosse Kanalisationstypen nachvollziehbar. Das Verhältnis verschiebt sich mit abnehmender Kanalisationsgrösse zu 60% für Werkleitungen und zu 40% für Belag. Als Prognosewerte verwendet die Gesuchsgegnerin jeweils die zwei Jahre zurückliegenden tatsächlichen Werte.

Das gewählte Vorgehen der Gesuchsgegnerin zur Bestimmung der Preisänderungsraten führt dazu, dass die erwartete Teuerung gleichzeitig dem Teuerungsausgleich entspricht, der verwendet wird, um



die Preise der Tiefbauleistungen basierend auf Werten aus dem Jahr 2000 anzupassen (Produktionskostenindex des Schweizerischen Baumeisterverbandes, SBV [PKI]). Implizit wird damit ein konstantes Preiswachstum, basierend auf einem durchschnittlichen Wachstumsfaktor, angenommen. Im jeweils folgenden Jahr wird aber bereits wieder von dieser Annahme abgewichen, indem der neuste verfügbare Wert des PKI sowohl zur Preisaktualisierung wie auch zur Prognose der Preisentwicklung gebraucht wird. Eine Analyse des PKI von 1994 bis 2006 zeigt, dass die jährlichen Teuerungsraten grossen Schwankungen unterliegen, weshalb nicht von einem konstanten Preiswachstum ausgegangen werden kann. Die Indizes der beiden relevanten Bausparten Werkleitungs- und Belagsbau verhielten sich zudem in der Vergangenheit sehr unterschiedlich. So lag zum Beispiel kein Index durchgehend über dem anderen.

Es ist deshalb opportun, eine geglättete Preisentwicklung herzuleiten, damit in diesem Bereich für Stabilität gesorgt und eine gewisse Voraussesbarkeit geschaffen werden kann. Zudem ermöglicht Cosmos für die meisten Inputgüter eine differenzierte Berücksichtigung der Preisänderungsraten für Belagbau und Werkleitungsbau. Einzig für die Schächte, die Installation und den Zuschlag für Unabwägbarkeiten muss der gewichtete Mittelwert verwendet werden. Für alle anderen Kanalisationsressourcen ist es problemlos möglich, differenzierte Preisänderungsraten zu berücksichtigen. Die Ressourcen deren Bezeichnung mit „NPK_8...“ beginnt, gehören zum Belagbau. Alle anderen NPK-Ressourcen, die mit einer Nummer bezeichnet sind, sind dem Werkleitungsbau zuzurechnen.

Für das erwähnte Vorgehen spricht zudem auch eine Analyse der Baupreisindizes¹⁵ über die Jahre 1998-2007. Die einzelnen Tätigkeiten und Materialien unterliegen sehr unterschiedlichen Preisschwankungen und ein genereller Trend kann nicht festgestellt werden. Zudem existierten in der Vergangenheit teilweise starke regionale Unterschiede bei der Entwicklung des Baupreisindex.

Die Glättung mittels Durchschnittsbildung ist aufgrund dieser Analyse die adäquate Vorgehensweise zur Bestimmung der Preisänderungsraten. Als Grundlage dienen die Zahlen des Produktionskostenindex PKI des SBV, wobei es sich analog der Vorgehensweise zur Berechnung des risikolosen Zinssatzes rechtfertigt, die Preisänderungsraten für Tiefbauleistungen als Durchschnitt über die letzten fünf Jahre mit einer zeitlichen Verzögerung von zwei Jahren mittels geometrischem Mittel zu berechnen (vgl. oben Ziff. 4.1.2.2). Die Werte der durchschnittlichen jährlichen Teuerung für die beiden Bausparten betragen gestützt auf diese Berechnungsweise: 3.2% für 2007 respektive 3.4% für 2008 für die Bausparte 6 und 2.6% für 2007 respektive 2.1% für 2008 für die Bausparte 9. Das Verhältnis von Belagbau zu Werkleitungsbau variiert mit der Dimension der Kanalisation zwischen 20% zu 80% und 40% zu 60%. Zur Gewichtung der Bausparten verwendet die ComCom deshalb das durchschnittliche Verhältnis von 30% zu 70%. Damit resultiert eine gewichtete Preisänderungsrate von 2.8% für 2007 respektive 2.5% für 2008 für die Schächte, die Installation und den Zuschlag für Unabwägbarkeiten.

Im Vergleich zum durchschnittlichen Konsumentenpreisindex (KPI) über den gleichen Zeitraum sind die Preisänderungsraten für Tiefbauleistungen deutlich höher. Das gewählte Vorgehen berücksichtigt damit, dass die Preise im Baugewerbe überdurchschnittlich stark steigen und verhindert gleichzeitig grosse Schwankungen der Preisänderungsrate, welche sich über die Annuitätenformel auf die Kosten auswirkt. Damit werden die zu regulierenden Preise stabilisiert.

4.4.2 Preisänderungsraten der Kupferkabel

Der Preisüberwacher stellt in seiner Stellungnahme vom 18. Juni 2008 fest, dass bei der Umwandlung der Investitionen für Kupferkabel in annualisierte Kosten zu berücksichtigen sei, dass der Kupferpreis eine zunehmende Preisentwicklung aufweise. Diese Argumentation ist richtig und die ComCom hat deshalb die Delta-P-Werte der verschiedenen Kupferkabeltypen von null auf den typenspezifischen

¹⁵ Erhoben vom Bundesamt für Statistik (www.bfs.admin.ch)



Wert anzupassen. Es gehört zur korrekten Anwendung der Annuitätenformel, die erwartete Preisänderung einer Anlage zu berücksichtigen.

Aufgrund der unterschiedlichen Anteile von Kupfer unterscheiden sich die Preisänderungsraten der verschiedenen Kabeltypen. So ist zum Beispiel in einem Kupferkabel mit sechs Doppeladern (DA) weniger Kupfer enthalten als in einem Kabel mit 100 Doppeladern. Der Anteil des Kupferpreises am Gesamtpreis ist deshalb beim Kabel mit 100 Doppeladern grösser. Die typenspezifische Unterscheidung ist zudem notwendig, weil in Cosmos nur die Preisänderungsraten für die Kabel inklusive Herstellung und Einzug eingegeben werden können.

Die Bestimmung der Preisänderungsraten hat nach folgenden Kriterien zu erfolgen: Vorab sind die prozentualen Anteile des Kupferpreises an den Kabelpreisen der einzelnen Typen zu bestimmen. Anschliessend ist die Preisänderungsrate für Kupfer als geometrisches Mittel über fünf Jahre mit einer zeitlichen Verzögerung von zwei Jahren zu berechnen. Dies bedeutet, dass für 2007 der Zeitraum 2001-2005 und für 2008 derjenige von 2002-2006 herangezogen werden. Damit kann sichergestellt werden, dass Preisänderungen berücksichtigt werden, gleichzeitig aber keine allzu grossen Schwankungen auftreten. Abschliessend wird die Preisänderungsrate für jeden Kupferkabeltyp bestimmt, indem die prozentualen Anteile des Kupferpreises mit der Preisänderungsrate für Kupfer multipliziert werden (vgl. nachstehend Tabelle 4).

Kabeltyp	2007			2008		
	Delta-P für Kupfer	Anteil Kupferpreis am Kabelpreis	Delta-P für Kabeltyp	Delta-P für Kupfer	Anteil Kupferpreis am Kabelpreis	Delta-P für Kabeltyp
6 DA	15.67%	5.51%	0.86%	33.54%	9.31%	3.12%
10 DA		7.80%	1.22%		12.85%	4.31%
20 DA		11.42%	1.79%		18.40%	6.17%
50 DA		12.23%	1.92%		19.58%	6.57%
100 DA		16.66%	2.61%		25.80%	8.65%
150 DA		16.45%	2.58%		25.52%	8.56%
200 DA		19.98%	3.13%		30.19%	10.13%
300 DA		18.99%	2.98%		28.90%	9.69%
400 DA		19.44%	3.05%		29.49%	9.89%
600 DA		19.65%	3.08%		29.77%	9.98%
900 DA		19.48%	3.05%		29.55%	9.91%
1200 DA		18.67%	2.93%		28.48%	9.55%
1800 DA		19.63%	3.08%		29.74%	9.97%
2400 DA		18.93%	2.97%		28.82%	9.67%

Tabelle 4 : Preisänderungsraten der verschiedenen Kupferkabeltypen



Die Unterschiede der Kupferanteile am Kabelpreis im Vergleich zwischen den Jahren 2007 und 2008 sind auf den höheren Preis für Kupfer zurückzuführen. So bleibt die verwendete Menge Kupfer von Jahr zu Jahr konstant, während sich der Preis für Kupfer deutlich erhöht hat, was sich der Eingabe der Gesuchsgegnerin vom 8. Februar 2008 entnehmen lässt.

4.5 Anpassungen der Preise für Werkleitungs- und Belagbau

Die Gesuchsgegnerin argumentiert, in den von ihr hergeleiteten Preisen seien Skaleneffekte bereits inbegriffen. Diese Skaleneffekte konnten aber von der Gesuchsgegnerin trotz Aufforderung durch die Instruktionsbehörde nicht ausgewiesen respektive quantifiziert werden. Vielmehr weist die Gesuchsgegnerin in ihrer Eingabe vom 20. März 2008 (Beantwortung C-Fragen) lediglich darauf hin, dass die Preise auf Baulosgrössen basieren würden, die keine weiteren Skaleneffekte zulassen. In ihrer Schlussstellungnahme vom 18. August 2008 macht sie zudem geltend, dass keine Beweismittel vorliegen würden, die den Schluss zulassen, dass neun Prozent Mengenrabatt zu berücksichtigen seien. Die von ihr veranschlagten Preise würden zudem bereits 10% unter dem Marktniveau liegen.

Dem ist zum einen entgegenzuhalten, dass aus den Eingaben zum Fragebogen Preisgerüst Tiefbau sehr wohl geschlossen werden kann, dass mit weiteren Skaleneffekten gerechnet werden kann. So findet sich darin eine Baukostenschätzung des Ingenieurbüros ARP für unterschiedliche Baulängen. Die Übertragung der darin als möglich erachteten Skaleneffekte auf das von der Gesuchsgegnerin geltend gemachte Preisgerüst führt zu Skaleneffekten im Bereich von 60%. Diese Berechnung basiert auf einer Regressionsschätzung der Zahlen aus der eingereichten Baukostenschätzung. Der Regression wurden eine Exponential- und eine Umkehrfunktion zugrunde gelegt. Beide Varianten führen zu statistisch akzeptablen aber nicht überzeugenden Ergebnissen und weisen darauf hin, dass die Baukostenschätzung die Entwicklung der Skaleneffekte überschätzt. Andererseits zeigt die Berechnung aber auch auf, dass mit zunehmender Kanalisationslänge und damit zunehmendem Bauvolumen durchaus mit Skaleneffekten zu rechnen ist.

Nicht zuletzt die Eingaben der Gesuchsgegnerin selbst stellen deren Preisgerüst in Frage. Einerseits ergeben sich bei der Baulosgrösse auf deren Basis die Preise hergeleitet wurden Widersprüche. Andererseits greift die Herleitung auf Zahlen aus dem Jahr 2000 zurück. Diese Zahlen werden zur Verwendung im Modell mit dem Baukostenindex des Schweizerischen Baumeisterverbandes (SBV) aktualisiert. Diese Aktualisierung ist jedoch eine Schätzung und nicht eine exakte Herleitung der aktuellen Preise. Darauf weisen auch die Preise aus den von der Gesuchsgegnerin eingereichten Bauabrechnungen hin. Ein Vergleich der Modellzahlen 2007 (Basis 2005) mit den Abrechnungen aus dem Jahr 2005 zeigt, dass etliche Positionen trotz kleinerem Baulos mit einem tieferen Preis abgerechnet wurden. Die Aussage der Gesuchsgegnerin, die Einheitspreise der Normpositionen würden bereits 10% unter den Marktpreisen liegen, erweist sich damit als falsch, weshalb Anpassungen am Preisgerüst schon aus diesem Grund erforderlich sind.

Exakte Angaben über mögliche Skaleneffekte sind in der Tat schwierig. Die ComCom stützt sich bei ihren Überlegungen einerseits auf die Gesamtbausumme sowie die Grösse von Baulosen und andererseits auf eine Analyse der NPK-Positionen unter Berücksichtigung der nachgefragten Mengen zur Erstellung eines Anschluss- und Verbindungsnetzes.

Die zu erwartende gesamte Bausumme aus der Modellkonfiguration für eine effiziente Anbieterin für die gesamte Kanalisation liegt im Bereich des Jahresumsatzes im Tiefbausegment der Bauwirtschaft (CHF 11.04 Mrd. für 2005 und CHF 11.41 Mrd. für 2006) und damit deutlich über dem Umsatz im Bereich Tiefbau des Bauhauptgewerbes von 7.12 Mrd. (2005) und 7.41 Mrd. (2006) (Quelle: Schweizerischer Baumeisterverband: www.baumeister.ch; Bundesamt für Statistik: www.bfs.admin.ch).

Die Gesuchsgegnerin erachtet eine Baulosgrösse von CHF 800'000 als relevant. Sie behauptet, diese Summe lasse keine weiteren Skaleneffekte zu. So klar erscheint diese Bezugsgrösse jedoch nicht,



denn die Gesuchsgegnerin argumentiert widersprüchlich. So bringt sie einerseits vor, dass Aussagen über effektiv realisierte Baulosgrössen, die Hinweise auf eine effiziente Baulosgrösse geben, nicht möglich seien. Andererseits macht sie in ihrer Eingabe vom 20. März 2008 (Beantwortung C-Fragen) aber auch geltend, dass ein Baulos von CHF 800'000 heute einer effizienten und realisierbaren Baulosgrösse entspreche. Hinzu kommt, dass die Gesuchsgegnerin in jüngster Zeit nur Baulose in der Grössenordnung von max. CHF 100'000 in Auftrag gegeben hat und mithin nicht in der Lage sein dürfte, gestützt auf eigene Erfahrungswerte Aussagen darüber zu machen, ab welcher maximalen Baulosgrösse weitere Skaleneffekte nicht mehr zu realisieren sind.

Der Anteil Kanalisation macht 75% der Investitionen in Linientechnik aus. Geht man von einer Bau- summe von CHF 800'000 aus, entfallen dementsprechend CHF 600'000 auf die Kanalisationsanlage. Geteilt durch den gewichteten Kanalisationspreis pro Laufmeter aus der Modellkonfiguration der Gesuchsgegnerin entspricht dies einer Kanalisationslänge von ungefähr 3.5 km oder 0.05 Promille des gesamten Kanalisationsnetzes. Es kann nicht ernsthaft behauptet werden, dass eine effiziente Markteintreterin nicht massiv grössere Baulose verwenden und entsprechend höhere Skaleneffekte erzielen würde.

Es ist somit nahe liegend, dass die Höhe der Bausumme (sicherer Jahresumsatz der Baubranche mit einem einzigen Auftrag) und der deutliche Mengenunterschied auf den sich die anzuwendenden Preise beziehen, dazu führen, dass die beauftragte Baufirma auf Grund von Skaleneffekten weitere Rabatte in der Grössenordnung von 10% bis 20% auf die einzelnen NPK-Positionen gewährt. Denkbar sind grosse Einsparungen für die beauftragte Baufirma beispielsweise im Bereich Verwaltungs- und Vertriebsgemeinkosten, bei der Materialbeschaffung oder bei allfälligen Mietkosten für Maschinen.

Ausgehend von oben stehenden Überlegungen hat die Gesuchsgegnerin im Modell die Preise für Werkleitungs- und Belagbautätigkeiten generell um 10% zu hoch angesetzt und diese sind entsprechend nach unten zu korrigieren. Angesichts der Dimension der Investitionen, welche zum Bau eines nationalen Telekommunikationsnetzes notwendig wären, handelt es sich dabei um eine eher vorsichtige Anpassung.

4.6 Kupferpreis und Kupferkabelpreis

Die Gesuchsgegnerin berechnet den Preis für Kupferkabel detailliert und weist diese Berechnungen im Rahmen des Kostennachweises in Exceltabellen aus. In die Berechnung fliessen der Kupferpreis, die Herstell-, Lagerungs- und Transportkosten sowie die Kosten für den Einzug der Kabel ein.

Aus mehreren Gründen hat die ComCom den von der Gesuchsgegnerin geltend gemachten Preis für Kupferkabel anzupassen.

Für den Kupferpreis schlägt die Gesuchsgegnerin die Verwendung eines fixen Beschaffungstermins vor (jeweils der 1. Mai des Vorjahres), um trotz Schwankungen eine sinnvolle Prognose für den Kupferpreis abgeben zu können. Dieser Vorgehensweise kann nicht gefolgt werden.

Es trifft zu, dass sich der Preis für Kupfer auf den Weltmärkten in den letzten Jahren stark verändert hat, nachdem er über viele Jahre nahezu konstant geblieben war. Ein fixer Beschaffungstermin für die Bestimmung des Kupferpreises trägt jedoch das Risiko in sich, dass ein statistischer Ausreisser (nach oben oder nach unten) den Kupferpreis bestimmen würde. Eine effiziente Marktanbieterin würde versuchen, das Kupfer zum tiefstmöglichen Preis zu beschaffen und sich nicht dem Risiko eines Zufallspreises aussetzen. Mit so genannten Hedges sollte es der effizienten Markteintreterin gar möglich sein, einen Preis unter dem Jahresdurchschnittspreis zu realisieren. Theoretisch ist es mit diesem Verfahren möglich, das Kupfer zum tiefsten Tagespreis zu kaufen. Die Hedges sind aber mit Kosten verbunden, welche zusätzlich berücksichtigt werden müssen. Da zurzeit jedoch keine fundierte Aussage über die Höhe dieser Kosten gemacht werden kann, berücksichtigt die ComCom den Jahres-



durchschnittspreis mit zweijähriger Verzögerung. Der so berechnete Preis entspricht der maximalen Zahlungsbereitschaft des effizienten Modellunternehmens. Mit der beschriebenen Vorgehensweise zur Bestimmung des Kupferpreises existiert damit auch für die zukünftige Regulierung ein klares methodisches Vorgehen, welches zudem die Konsistenz zur Herleitung der Preisänderungsrate wahrt (vgl. Ziff. 4.4.2). Beide Werte berechnen sich aus Jahresdurchschnitten und werden nicht durch Einzelwerte bestimmt. Als Datengrundlage zur Bestimmung des Jahresdurchschnittswertes wird auf den monatlichen „Metal Bulletin Copper High-Grade Spot Price (MBCUUSHG)-Index“ von Bloomberg Finance L.P. der Jahre 2005 und 2006 zurückgegriffen. Mit diesen Ausgangsdaten und dem zuvor beschriebenen methodischen Vorgehen resultieren Jahresdurchschnittspreise pro Tonne in der Höhe von CHF 4'445.54 für das Jahr 2007 und CHF 7'857.56 für das Jahr 2008.

Die Gesuchsgegnerin behauptet in ihrer Schlussstellungnahme vom 18. August 2008, die Instruktionsbehörde gehe bei der Berechnung des Kupferkabelpreises von unzutreffenden Sachverhaltsvorstellungen aus. Sie beanstandet, dass ein gerechtfertigter Logistikzuschlag nicht berücksichtigt worden sei und führt in ihrer Schlussstellungnahme Leistungen auf, die kostenrelevant seien. Sie verweist in diesem Zusammenhang auf die Instruktionstreffen sowie ihre Eingaben vom 20. März 2008 (S. 7) und 25. April 2008 (S. 3f.).

Dazu gilt es vorab festzuhalten, dass die in der Schlussstellungnahme aufgeführten Leistungen weder in den von der Gesuchsgegnerin erwähnten Eingaben – diejenige vom 20. März 2008 weist überhaupt keinen Zusammenhang mit dem Kupferkabelpreis auf - noch in der detaillierten Modellbeschreibung zum Kostennachweis 2008 aufgeführt sind. In den erwähnten Eingaben und der detaillierten Modellbeschreibung zum Kostennachweis werden Leistungen wie Lagerhaltung, Einrichtungen und Transport an den gewünschten Lieferort aufgeführt.

Die geltend gemachten Lagerungskosten (Zwischenlagerung) in Form des prozentualen (Logistik-) Zuschlags können nicht berücksichtigt werden. In der Modellwelt der Kostenberechnung müssen die Kupferkabel nicht zwischengelagert werden. Sie werden direkt auf die Baustelle transportiert. Diese Leistung wird über den Transportzuschlag abgegolten. In ihrer Schlussstellungnahme führt die Gesuchsgegnerin aus, dass sich der besagte Zuschlag auf die Verschiebung von Kabeln innerhalb einer Baustelle beziehe. In der detaillierten Modellbeschreibung zum Kostennachweis 2008 bezeichnet sie diesen Zuschlag aber ausdrücklich als „Zuschlag für Transport auf die Baustelle“. Die Ausführungen der Gesuchsgegnerin hinsichtlich der Geltendmachung eines Transportzuschlages erweisen sich somit als widersprüchlich. Unabhängig davon ist jedoch festzuhalten, dass einer effizienten Markteintriterin zwar Kosten für Transport erwachsen, diese aber keine zusätzlichen Logistikkosten aufgrund der Zwischenlagerung von Material hat.

Die Kupferkabelpreise setzen sich somit wie folgt zusammen: Einkaufspreis (Materialpreis und Verarbeitung), Transportzuschlag und Kosten für den Kabeleinzug.

4.7 Anpassungen NPK 233.113 und NPK 242.103

Die NPK Ressourcen 233.113 und 242.103 bezeichnen die Lieferung von Beton und die Leitungsumhüllung mit Beton. Während bei der Verlegung in Strassen die zusätzliche Stabilisierung der Rohre durch Beton aufgrund der stetigen Belastung durch Fahrzeuge sinnvoll erscheint, gibt es keine Gründe, weshalb bei der Verlegung in der Wiese Beton verwendet werden sollte. Zumal die Kanalisationen den Strassen entlang gebaut werden und landwirtschaftliche Fahrzeuge höchstens bei der Zufahrt auf die Felder einen Druck auf die Rohre ausüben könnten. Die Einflüsse von landwirtschaftlichen Fahrzeugen sind deshalb vernachlässigbar, denn die Rohre werden so nahe an der Strasse verlegt, dass sie bei der Bestellung der Felder nur punktuell dem Druck der landwirtschaftlichen Fahrzeuge ausgesetzt wären. Deshalb ist das Kanalisationsprofil für Kanalisationen in der Wiese anzupassen und Beton durch Sand zu ersetzen.



Die Umsetzung in Cosmos wird über eine Anpassung der Preise für die beiden erwähnten NPK Ressourcen vorgenommen. Die neuen Preise werden als gewichtete Durchschnittspreise zwischen den ursprünglichen Preisen und den Preisen für die Lieferung von Sand sowie die Leitungsumhüllung mit Sand berechnet. Als Gewichte sind die Anteile der Kanalisationen in der Wiese und in der Strasse (Hauptstrasse, Nebenstrasse, Trottoir) zu verwenden. Zudem sind auch die Unterschiede der Oberflächenanteile im Anschluss- und Verbindungsnetz zu berücksichtigen. Dies bedeutet, dass zuerst die Oberflächenanteile zwischen Anschluss- und Verbindungsnetz und anschliessend die Preise gewichtet werden. Bei den Oberflächenanteilen wird auf die Ausgangswerte der Gesuchsgegnerin abgestützt, welche diese mittels Stichprobe erhoben und durch ein statistisches Gutachten der Firma Consult AG hat verifizieren lassen. Die verwendete Menge Beton reduziert sich damit um 8.4%.

4.8 Anpassungen Schächte

Die Gesuchsgegnerin verwendet in der Modellierung des Anschlussnetzes vier Schachttypen unterschiedlicher Grösse. In ihrer Schlussstellungnahme vom 18. August 2008 macht sie geltend, dass die Dimensionierung der Schächte von der Anzahl Spleissungen getrieben werde und dass der von ihr gewählte Modellansatz diesem Umstand Rechnung trage.

Grundsätzlich hat die Gesuchsgegnerin den Schachtpreis auf der Dimensionierung des in Realität bestehenden Netzes berechnet. Dazu hat sie eine Stichprobe der existierenden Schächte gezogen und deren prozentuale Verteilung bestimmt. Basierend auf dieser Schätzung hat sie einen gewichteten Preis für die Ressource Schacht im Anschluss- und Verbindungsnetz berechnet. Als Dimensionierungsregel im Modell ist lediglich hinterlegt, dass pro Schacht maximal fünf Spleissungen zulässig sind. Eine Berechnung, wie die Gesuchsgegnerin in der Schlussstellungnahme vorgibt, kann hingegen aus den eingereichten Unterlagen nicht nachvollzogen werden. Der Einstiegsschacht ist von der Breite und Höhe der Einführungen her ähnlich dimensioniert wie der sog. kleine Einstiegsschacht. Er verfügt zwar über zusätzliches Volumen, weil sich ein Arbeiter in ihm bewegen können muss. Es gibt aber keine Hinweise, dass der grösste Schachttyp, der Einstiegsschacht, zwingend notwendig wäre, um ein statisches Telekommunikationsnetz zu unterhalten. Ein Netzausbau ist in der Modellwelt nicht vorzusehen und für Unterhalt und Reparaturen würden Kleinstiegsschächte ausreichen. Eine effiziente Anbieterin würde deshalb auf den grössten Schachttyp verzichten und nur die drei kleineren Modelle verwenden.

Die ComCom hat deshalb bei der Modellierung des Anschlussnetzes den gewichteten Preis für die Ressource Schacht wie folgt berechnet: Die Kategorie Einstiegsschächte wird durch die Kategorie Kleinstiegsschächte ersetzt. Das heisst, die Anzahl Einstiegsschächte wird je Oberflächentyp zur Anzahl der Kleinstiegsschächte addiert. Anschliessend werden die Mengen je einzelner Kategorie mit dem spezifischen Schachtpreis multipliziert und durch die Anzahl Schächte der Stichprobe dividiert. Dadurch werden die Preise für Schächte um 25% gesenkt.

4.9 Anpassung Regieanteil

Auftragsvergabe nach Regie bezeichnet die Vergabe von Arbeiten, die nach Aufwand abgerechnet werden.

Bei der Berechnung von Tiefbauinvestitionen will die Gesuchsgegnerin nebst einem Zuschlag für zusätzliche Positionen für Unabwägbarkeiten von rund 10% (absoluter Betrag) einen Regieanteilszuschlag von 10% berücksichtigt wissen. Gemäss Eingaben der Gesuchsgegnerin vom 20. März 2008 sowie vom 25. April 2008 (Beantwortung C-Fragen sowie Zusatzfragen) sind in diesem Regieanteilszuschlag folgende Leistungen enthalten:

- Baustellensicherung (Ampeln, Verkehrsregelung)



- Durchleitungsentschädigungen
- Ertragsausfallentschädigungen
- Wiederherstellungsarbeiten von Zufahrtswegen
- Pflästerungen
- Trassen in Brücken
- Behinderungen durch Wurzeln (Bäume)

Die Gesuchsgegnerin legt in ihrer Schlussstellungnahme nicht dar, auf welche ihrer Eingaben sie sich bei der Geltendmachung der erwähnten Leistungen abstützt. Keine der Eingaben der Gesuchsgegnerin zum Regieanteil weist die Gesamtheit dieser Leistungen aus. Aufgeführt werden lediglich die Baustellensicherung, die Behinderung durch Wurzeln und andeutungsweise spezielle Oberflächen wie Pflästerungen. Die Gesuchsgegnerin widerspricht sich, wenn sie in der Schlussstellungnahme Leistungen wie die Querung von Werkleitungen als Bestandteil des Regieanteils bezeichnet. In ihrer Eingabe vom 29. Februar 2008 weist sie diese Leistungen nämlich ausdrücklich als Bestandteil des Zuschlags für Unabwägbarkeiten aus. Somit ist davon auszugehen, dass die Gesuchsgegnerin entgegen ihren Ausführungen sehr wohl doppelte Verrechnungen gewisser Positionen vorgenommen hat.

Aufgrund des von der Gesuchsgegnerin eingereichten Kostennachweises kann der von ihr nun geltend gemachte Regieanteil nicht relevant sein. So ist namentlich die Baustellensicherung Bestandteil der Installation und zudem gibt es in der effizienten Modellwelt keine Ertragsausfallentschädigungen. Die potentielle Markteintreterin kann nicht effizient sein, wenn es die von ihr in Auftrag gegebenen Vorleistungen nicht sind. Schon deshalb ist eine Auftragsvergabe nach Regie grundsätzlich in Frage zu stellen. Aus der Informationsökonomie und insbesondere der Vertragstheorie ist bekannt, dass die Anreize zur effizienten Leistungserbringung fehlen, wenn Leistungen nach Aufwand und ohne Obergrenze abgerechnet werden, was bei einer reinen Entschädigung nach Aufwand der Fall ist (zur Informationsökonomie vgl. z.B. JOSEPH E. STIGLITZ, *Information and the Change in the Paradigm in Economics*, New York 2001). Selbst wenn die Modellwelt Kosten aufgrund von Regiearbeiten zulassen würde, wäre zu den von der Gesuchsgegnerin geltend gemachten Positionen Folgendes zu bemerken: In der Bottom-up-Modellierung wird die Kanalisation entlang des öffentlichen Strassennetzes gebaut. Damit entfallen sowohl die Wiederherstellungsarbeiten von Zufahrtswegen und die Durchleitungsentschädigungen als auch die Pflästerungen, welche als Oberflächentyp im Modell nicht vorgesehen sind. Der Bau von Trassen in Brücken ist die günstigere Bauweise als Tiefbau. Es ist deshalb nicht ersichtlich, wieso für sie ein Zuschlag berechnet werden sollte. Die Behinderung von Grabarbeiten durch Wurzeln ist im Zuschlag für Unabwägbarkeiten zwar nicht explizit aufgeführt, aber der Zuschlag ist ohnehin eher grosszügig bemessen. Er entspricht ungefähr 10% der Gesamtinvestitionen in den Kanalisationsbau. Deshalb sind Behinderungen durch Wurzeln als Bestandteil des Zuschlags für Unabwägbarkeiten zu modellieren. Mit dem Zuschlag für Unabwägbarkeiten wird im Modell Erschwerungen, die in der Realität auftreten können, genügend Rechnung getragen.

4.10 Anpassung Ingenieurhonorar

Die Gesuchsgegnerin berücksichtigt in ihrem Kostennachweis Ingenieurhonorare in der Höhe von 15.3%. Sie berechnet diesen Honorarprozentsatz nach der Honorarordnung 103 (reiner Tiefbau) des Schweizerischen Ingenieur- und Architekten-Vereins (SIA) aus dem Jahr 2002. Zur Berechnung des Honorarprozentsatzes bezieht sie sich auf ein Bauvolumen von CHF 800'000. Sie macht geltend, dass eigentlich die Honorarordnung SIA-Norm 108 (Kabelbau und Tiefbau) anzuwenden wäre. Der Prozentsatz aus dieser Honorarordnung sei höher und die Gesuchstellerin würde deshalb vom gewählten Vorgehen (d.h. SIA-Norm 103) profitieren. In der Schlussstellungnahme vom 18. August 2008 bringt sie zudem vor, dass die Berechnung des Honorars in den bisherigen Interkonnectionsverfahren



2000 - 2006 nie beanstandet worden sei. Sie verweist auch auf einen angeblichen Ingenieurhonoraranteil an den Gesamtbaukosten der NEAT von 16% und bezweifelt die anderweitigen Angaben in den Eingaben zum Fragebogen Preisgerüst Tiefbau.

Wie bereits erwähnt, macht das Verbindungsnetz im Gegensatz zum gesamten Telekommunikationsnetz nur ca. zehn Prozent der Gesamtinvestitionen in Kanalisationsanlagen aus. Die restlichen 90% betreffen das Anschlussnetz. Diesem kommt deshalb bei der Überprüfung des Kostennachweises der Gesuchsgegnerin eine ungleich grössere Bedeutung zu als es in der Vergangenheit der Fall war. Bis anhin durfte der Position Ingenieurhonorare eine marginale Bedeutung zugemessen werden, weshalb dem von der Gesuchsgegnerin geltend gemachten Anteil für Ingenieurhonorare von 15.3% in den bisherigen Verfahren nicht weiter Beachtung geschenkt wurde. Mit den am 1. April 2007 neu eingeführten Zugangsformen, namentlich mit dem vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss (TAL), kommt dem Inkrement des Anschlussnetzes bei der Modellierung einer effizienten Anbieterin nun jedoch zentrales Gewicht zu. Kostenpositionen, die insbesondere im Zusammenhang mit dem Bau des Anschlussnetzes stehen, ist deshalb unter Geltung der neuen Bestimmungen besonderes Augenmerk zu schenken und sie sind allenfalls anzupassen. Dies ist für den Ingenieurhonorarzuschlag der Fall.

Zum Vergleichswert, welchen die Gesuchsgegnerin in ihrer Schlussstellungnahme aufführt, kann vorab bemerkt werden, dass der Wert von 16% beim Bau der NEAT nicht direkt als Ingenieurhonorar verwendet werden kann. Wie die Beilage zur Schlussstellungnahme der Gesuchsgegnerin zeigt, bilden die Honorare und die Planung nur einen Bestandteil dieses Prozentsatzes, ohne dass dieser Anteil genauer bestimmt würde. Was den von der Gesuchsgegnerin geltend gemachten Wert von 15.3% betrifft, ist zu bemerken, dass dieser unter Berücksichtigung der von ihr als massgeblich erachteten Baugrösse zustande kommt. Unter Beachtung des in Cosmos ausgewiesenen Gesamtbauvolumens kommt das Ingenieurhonorar auf knapp über 8% zu liegen.

Weiter kann festgehalten werden, dass die von der Gesuchsgegnerin verwendete Formel zur Herleitung des Honorarsatzes für Ingenieurleistungen in ihrer Funktionsweise bestätigt, dass der Honorarprozentsatz mit steigender Bausumme abnimmt. Die Bausumme bei der Bottom-up-Modellierung eines Anschluss- und Verbindungsnetzes für die Schweiz liegt im tieferen zweistelligen Milliardenbereich, wobei zu berücksichtigen ist, dass die Bausumme aufgrund vorhergehender Anpassungen tiefer zu liegen kommt, als in der ursprünglichen Berechnung der Gesuchsgegnerin ausgewiesen wird. Es gilt jedoch anzumerken, dass davon auszugehen ist, dass sich der Honorarsatz in diesen Grössenordnungen bei einer Änderung der Bausumme um eine Milliarde nicht signifikant ändern würde. Seit die Weko dem SIA die Publikation der sog. k-Werte, die zur Berechnung des Honorarprozentsatzes nach den SIA-Normen 103 und 108 essentiell sind, untersagte, kann der Honorarprozentsatz auf diese Weise nicht mehr hergeleitet werden. Implizit ist damit auch die Verwendung der Berechnungsformel untersagt. Sie gibt aber trotzdem einen Hinweis, in welcher Region ein Honorarprozentsatz in etwa liegen könnte. Bei der Berechnung des massgeblichen Ingenieurhonorars kann hingegen der letzte verfügbare Wert aus der SIA-Norm 108 als Anhaltspunkt für den maximalen Prozentsatz herangezogen werden. Er liegt knapp über 8%.

In Anbetracht des unbestrittenen Umstandes, dass bei zunehmendem Bauvolumen der Honorarprozentsatz abnimmt und angesichts der Höhe des vorliegend zur Diskussion stehenden Bauvolumens erscheint es daher sachgerecht, den Honorarprozentsatz bei 5% festzulegen. Es ist zu bedenken, dass mit diesem Honorarprozentsatz mehr als 1'800 Ingenieure zum Maximalstundensatz, der von der Koordination der Bau- und Liegenschaftsorgane des Bundes (KBOB) empfohlen wird, ein Jahr lang beschäftigt werden könnten. Dieses Ergebnis zeigt, dass der von der ComCom festgelegte Wert durchaus plausibel ist.



4.11 Anlagen der Vermittlungstechnik (Lawful Interception)

Mit Lawful Interception ist die vom Gesetzgeber vorgesehene Möglichkeit gemeint, dass die Behörden bei Erfüllung gewisser Vorgaben Gespräche oder Datenverkehr eines Teilnehmers aufzeichnen und zwecks Ermittlungsverfahren auswerten dürfen. Es bedarf spezieller Investitionen in die Vermittlungstechnik, damit Lawful Interception technisch ermöglicht wird. Die Aufträge an die Fernmeldedienstanbieterinnen erteilt in der Schweiz die Überwachung Post- und Fernmeldeverkehr (ÜPF), die dem Informatik Service Center des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (ISC-EJPD) angegliedert ist.

Die Gesuchsgegnerin hält in ihrer Schlussstellungnahme vom 18. August 2008 daran fest, dass für die Festsetzung kostenorientierter Preise der regulierten Dienste ihre Kosten für Lawful Interception berücksichtigt werden müssten.

Art. 15 des Bundesgesetzes betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs vom 6. Oktober 2000 (BÜPF; SR 780.1) verpflichtet die Fernmeldedienstanbieterinnen die für das Abhören notwendigen Massnahmen in ihrem Netz zu treffen. Sie haben dem Dienst auf Verlangen den Fernmeldeverkehr der überwachten Person sowie die Teilnehmeridentifikation und Verkehrs- und Rechnungsdaten zuzuleiten. Ebenso haben sie die zur Vornahme der Überwachung notwendigen Informationen zu erteilen. Sind an der zu überwachenden Fernmeldedienstleistung mehrere Anbieterinnen beteiligt, so erteilt die ÜPF den Überwachungsauftrag nach Art. 15 Abs. 2 BÜPF derjenigen Anbieterin, die für die Verwaltung der Nummer zuständig ist oder die Überwachung mit dem geringsten technischen Aufwand vollziehen kann. Alle beteiligten Anbieterinnen sind verpflichtet, ihre Daten der beauftragten Anbieterin zu liefern.

Gemäss Art. 16 BÜPF gehen die für eine Überwachung notwendigen Einrichtungen zu Lasten der Anbieterinnen von Post- und Fernmeldediensten. Diese erhalten von der anordnenden Behörde für Aufwendungen eine angemessene Entschädigung für die Kosten der einzelnen Überwachung. Der Bundesrat hat gestützt auf Art. 16 Abs. 2 BÜPF die Entschädigungen und die Gebühren für die Dienstleistungen des Dienstes in der Verordnung über die Gebühren und Entschädigungen für die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs vom 7. April 2004 (SR 780.115.1) festgesetzt.

Die mit einer Überwachungsmassnahme beauftragte FDA wird für diese Tätigkeit folglich entschädigt und es ist schon aus diesem Grunde nicht ersichtlich, warum die ihr erwachsenden Kosten in die Berechnung der Preise von regulierten Diensten einfließen sollten. Weiter ist zu beachten, dass gemäss der gesetzlichen Konzeption jede FDA die verlangten Überwachungsmassnahmen durchführen können muss. Somit erwachsen nicht nur die Gesuchsgegnerin bezüglich Lawful Interception Kosten, sondern auch allen ihren Konkurrentinnen. Es ist deshalb auch nicht einzusehen, warum diese Kosten von der Gesuchsgegnerin via Berücksichtigung bei der Preisfestsetzung der regulierten Dienste den nachfragenden Anbieterinnen in Rechnung gestellt werden sollten. Es handelt sich bei Lawful Interception denn auch nicht um einen Zugangsdienst. Lawful Interception könnte deshalb höchstens als kommerzieller Zusatzdienst, dessen Kosten separat auszuweisen wären, anderen FDA angeboten werden. Letztere können hingegen nicht in die kostenorientierte Preisfestsetzung der übrigen regulierten Dienste einfließen. Aus diesem Grunde sind sie aus dem von der Gesuchsgegnerin eingereichten Kostennachweis zu streichen.

Die zuvor dargelegte Anpassung führt zu Änderungen der Preise von drei Ressourcen. Die Änderungen gegenüber den von der Gesuchsgegnerin geltend gemachten Preisen können der nachfolgenden Tabelle 5 entnommen werden.



	2007	2008
Steuerung der Gateway Transitzentralen, Software-Anteil	-0.77%	-0.89%
Steuerung der Knotenzentralen, Hardware-Anteil	-1.09%	-0.91%
Steuerung der Knotenzentralen, Software-Anteil	-4.40%	-3.08%

Tabelle 5 : Preisänderungen hervorgerufen durch Nichtberücksichtigung von Lawful Interception

4.12 Dienstleistungskosten (direkte Betriebskosten)

Die Gesuchsgegnerin modelliert im Kostenmodell Umbau- und Abbruch-Dienstleistungskosten und macht in ihrer Schlussstellungnahme vom 18. August 2008 geltend, auch ein hypothetischer effizienter Markteintreter hätte Kosten für solche Leistungen zu tragen. Sie verweist dazu auf Umbauprojekte, die ihr jährlich anfallen.

Dem ist entgegenzuhalten, dass ein effizienter hypothetischer Markteintreter diese Kosten eben gerade deshalb nicht zu tragen hat, weil er das Netz neu baut und somit keine Umbau- und Abbrucharbeiten anfallen können. Die Bedeutung der Begriffe Umbau und Abbruch ist eindeutig und kann, wie die Gesuchsgegnerin in der Schlussstellungnahme bestätigt, nicht missverstanden werden. Sie spricht selbst von Umbauprojekten. Das heisst, bestehende Anlagen werden umgebaut oder abgebrochen. Die neu in den Markt eintretende Anbieterin hat aber keine bestehenden Anlagen. Aus diesem Grund berücksichtigt die Entscheidbehörde diese Leistungen bei der Berechnung der Kosten nicht.

4.13 Projektkosten

Die Gesuchsgegnerin macht rollierende gemittelte Projektkosten aus den vergangenen drei Jahren geltend, welche für die Migration von diversen Plattformen und weiteren Systemen sowie für die Anpassung der Organisationsstrukturen angefallen seien. So wie die Gesuchsgegnerin diese Kosten modelliert, können sie keinem Kostenträger direkt zugeordnet werden und folglich lässt die Gesuchsgegnerin sie in die Verwaltungs- und Vertriebsgemeinkosten (VVGK) einfließen. Sie machen knapp 8% der VVGK aus.

Es ist unbestritten, dass der Gesuchsgegnerin Kosten für Projekte erwachsen, die darauf angelegt sind, mittels Technologieablösung, Netzbau oder anderweitiger Effizienzsteigerungsmassnahmen effizientere Kostenstrukturen zu erzielen. Diese Kosten sind indessen bei der vorzunehmenden Kostenberechnung auszuklammern, weil hier nicht die effektiven Kosten der Gesuchsgegnerin relevant sind, sondern nur diejenigen einer neu in den Markt eintretenden effizienten Marktteilnehmerin. Diese hätte definitionsgemäss bereits eine effiziente Infrastruktur und Organisation, so dass keine Effizienzsteigerungs-, Technologieablösungs- oder Netzbaukosten anfallen. Die ComCom gelangt deshalb zum Schluss, dass die bei der Gesuchsgegnerin anfallenden Projektkosten von der Kostenberechnung ganz auszunehmen sind. Die Betriebskosten, die kostenträgerspezifisch notwendig sind, werden durch diese Anpassungen nicht berührt und für den administrativen Aufwand mit effizienten Strukturen kommen die übrigen Positionen der VVGK auf. Es muss noch einmal darauf hingewiesen werden, dass die effiziente Anbieterin beim Markteintritt kein weiteres Entwicklungspotential hat. Es können im Modell folglich keine Kosten für die Produkteinführung anfallen. Wenn sie Entwicklungspotential hätte, hätte sie die falsche Infrastruktur, die falsche Technologie und folglich die falschen Wiederbeschaffungspreise verwendet. Was schliesslich die Betreuung eines Produktes angeht, wird diese mit den direkten Betriebskosten des Produktes abgegolten.

Eine Berücksichtigung der Projektkosten würde also bedeuten, dass die Wiederbewertung der Infrastruktur nicht gemäss aktuellen Wiederbeschaffungspreisen für die aktuellste etablierte Technologie erfolgt ist oder dass doppelt Kosten im Rahmen der Wiederbewertung geltend gemacht werden. Beides kann nicht zutreffen, weil eben eine hypothetische Markteintreterin und nicht die Gesuchsgegnerin



modelliert wird. Die hypothetische Markteintreterin baut ihr effizientes Netz neu und aktiviert alle Investitionen. Allfällige Projektkosten sind in den Investitionen in die effizienten Anlagen bereits berücksichtigt.

4.14 Overhead und Corporate Overhead (Gemeinkosten)

Overhead und Corporate Overhead stellen Gemeinkosten dar und bilden als solche einen Bestandteil der Verwaltungs- und Vertriebsgemeinkosten (VVGK). Per Definition können Gemeinkosten keinem Kostenträger direkt zugeordnet werden. Sie fallen bereits dann an, wenn nur ein einziger Kostenträger produziert wird. Abzugrenzen von den Gemeinkosten sind die gemeinsamen Kosten. Gemeinsame Kosten fallen an, sobald ein Kostenträger produziert wird. Sie sind jedoch nicht nur diesem, sondern bestimmten weiteren - jedoch nicht allen - Kostenträgern zuzurechnen. Gemeinsame Kosten werden in Cosmos nach dem Verfahren von Shapley auf die verursachenden Kostenträger verteilt.¹⁶

Die Gesuchsgegnerin macht nebst den direkten Kosten für die regulierten Dienste gerechtfertigterweise auch einen Verwaltungs- und Vertriebsgemeinkostenanteil im Sinne eines konstanten Zusatzes für die Gemeinkosten gemäss Art. 54 Abs. 1 Bst. c FDV geltend. Zum Zeitpunkt des Kostennachweises war die Gesuchsgegnerin als Konzern mit mehreren Geschäftseinheiten organisiert (Mobile, Fixnet, Fixnet Wholesale, etc.), weshalb auf der Ebene des Konzerns ebenso Gemeinkosten anfallen wie auf der Ebene der Geschäftseinheiten. Die Gemeinkosten auf Konzernebene verteilt die Gesuchsgegnerin nach einem Verteilschlüssel, der die Vollzeitstellen (FTE) der einzelnen Geschäftseinheiten berücksichtigt, wobei ihm die effektiven bei der Gesuchsgegnerin vorhandenen Vollzeitstellen zugrunde gelegt werden.

In ihrer Schlussstellungnahme vom 18. August 2008 bringt die Gesuchsgegnerin vor, sie sei im Rahmen des Kostennachweises verpflichtet, bei Ressourcen, die von regulierten und kommerziellen Diensten gemeinsam genutzt werden, eine diskriminierungsfreie Kostenzuordnung zu gewährleisten. In die Gemeinkosten würden daher sowohl Kosten für regulierte wie auch Kosten für nicht regulierte Dienste einfließen. Für die Zuordnung dieser Gemeinkosten werde ein nichtdiskriminierendes Verfahren verwendet. Die Kostenpositionen würden sowohl auf regulierte als auch auf kommerzielle Dienste alloziert.

Die Gesuchsgegnerin kann nicht darlegen, warum bei der Modellierung einer effizienten Anbieterin gemäss Art. 54 Abs. 1 Bst. a FDV die Gemeinkosten, die für kommerzielle Dienste anfallen, berücksichtigt werden sollten. Mit ihrer Aussage bestätigt sie hingegen, dass eindeutig zwischen Kosten für regulierte und Kosten für nicht regulierte Dienste unterschieden werden kann. Im Rahmen der vorliegend relevanten Beurteilung des Kostennachweises sind nur diejenigen Gemeinkosten, die für regulierte Dienste anfallen, zu berücksichtigen. Kosten, die für den Betrieb der regulierten Dienste nicht notwendig sind, können grundsätzlich nicht akzeptiert werden.

Anpassungen sind schliesslich auch nötig, da die Gesuchsgegnerin zur Berechnung der Management Fees in ihrem Modell die Gemeinkosten des Konzerns aufgrund von Vollzeitstellen-Verteilschlüsseln basierend auf der effektiv bei der Gesuchsgegnerin vorhandenen Anzahl Vollzeitstellen verteilt. Im Modell wird jedoch aufgrund der errechneten Anzahl Stunden nicht die bei der Gesuchsgegnerin effektiv vorhandene Anzahl Vollzeitmitarbeitende erreicht. Folglich darf der von den regulierten Diensten

¹⁶ Der Shapley-Wert (benannt nach Lloyd Stowell Shapley) ist ein punktwertiges Lösungskonzept aus der kooperativen Spieltheorie. Er gibt an, welche Auszahlung die Spieler in Abhängigkeit von einer Koalitionsfunktion erwarten können (positive Interpretation) oder erhalten sollten (normative Interpretation). Übertragen auf die Telekommunikation heisst das, dass jede Anlage gemeinsame Kosten in dem Masse trägt, wie sie zum Funktionieren des Gesamten beiträgt. Dazu werden die durchschnittlichen inkrementellen Kosten einer Anlage für jeden Kostenträger bestimmt und zwar für jede Kombination der Bereitstellungszeitpunkte jedes Kostenträgers von den Stand-alone-Kosten bis hin zum Fall, in welchem alle anderen Kostenträger bereits produziert werden.



zu tragende Overhead nur auf die als effizient geltende Anzahl Vollzeitmitarbeitende anteilig umgelegt werden. Die überzähligen Mitarbeitenden sind aus rechnerischen Gründen auf eine andere, nicht regulierte Sparte der Gesuchsgegnerin zu überwälzen, damit sich die Anzahl Vollzeitstellen des Konzerns insgesamt nicht verändert. Entsprechend ändern sich aber die Zuschlagsfaktoren für die Verwaltungs- und Vertriebsgemeinkosten. Entgegen der Meinung der Gesuchsgegnerin ist diese Anpassung durchaus begründet und basiert keineswegs auf dem Vergleich verschiedener Grössen. Die im Modell berechnete Anzahl Leistungsstunden ergibt sich bottom-up aus der Menge der benötigten Inputgüter. Dabei wird auch berücksichtigt, dass jede Organisationseinheit Gemeinkosten zu tragen hat. Die Kosten der administrativen Mitarbeitenden werden dadurch als Gemeinkosten erfasst. Das Modell weist folglich die Anzahl effizienter Leistungsstunden je Organisationseinheit aus. Werden diese Werte durch die produktive Jahresarbeitszeit einer Organisationseinheit geteilt, resultieren die effizienten Vollzeitstellen der Organisationseinheit. Die Summe aller FTE entspricht den Vollzeitstellen der Geschäftseinheit im Modell. Die Gesuchsgegnerin weist in ihrem Kostennachweis gegenüber diesen Berechnungen ungefähr siebenhundert zusätzliche Vollzeitstellen auf. Sie kann hingegen nicht darlegen, warum eine effiziente Anbieterin zusätzlich zu bereits berücksichtigten Gemeinkosten für alle administrativen Arbeiten noch etwa siebenhundert Vollzeitstellen benötigt, um weitere administrative Arbeiten zu erledigen.

Für die Analyse der VVGK wird vorliegend auch für den Kostennachweis 2007 auf die Eingaben für 2008 abgestützt. Der VVGK-Zuschlag für den Kostennachweis 2007 wird aber proportional zu den von der Gesuchsgegnerin ausgewiesenen Zuschlägen korrigiert, da sich die Modellierung der VVGK in den beiden Kostenmodellen unterscheidet. So ist zur Berechnung des VVGK-Zuschlags für 2007 das Verhältnis zwischen den VVGK-Zuschlägen 2007 und 2008 der Gesuchsgegnerin zu bilden und mit dem angepassten VVGK-Zuschlag 2008 zu multiplizieren. Das derart errechnete Ergebnis von 6.1% weist die Gemeinkosten 2007 als proportionalen Anteil der Herstellkosten 2007 aus. Der entsprechende Betrag ist den Herstellkosten zuzuschlagen. Im Kostenmodell der Gesuchsgegnerin werden die Gemeinkosten 2007 auf insgesamt sechzehn Positionen verteilt. Diese Verteilung ist auch mit den angepassten VVGK 2007 vorzunehmen, damit die Gemeinkosten im Modell korrekt zugeschlagen werden. Dabei ist jedoch zu beachten, dass drei der sechzehn Positionen keine Betriebs-, sondern Investitionskosten sind und folglich mit Abschreibungen verbunden sind.¹⁷ Acht weitere Positionen betreffen nicht relevante Projekte und können deshalb vorliegend nicht berücksichtigt werden (vgl. oben Ziff. 4.13). Die Gemeinkosten 2007 sind somit auf die fünf verbleibenden Positionen (Vertrieb_Overhead_DK, Vertrieb_Overhead_ILV, Verwaltung_OSSBSS_DK, Verwaltung_Overhead_DK und Verwaltung_Overhead_ILV)¹⁸ zu verteilen. Zuvor sind jedoch die annualisierten Kosten der Positionen, die mit Abschreibungen verbunden sind, vom Gesamtbetrag der angepassten VVGK 2007 abzuziehen. Die restlichen Gemeinkosten werden sodann auf die fünf verbleibenden Positionen verteilt. Um den Verteilschlüssel zu erhalten, wird auf die von der Gesuchsgegnerin geltend gemachten Kosten dieser fünf Positionen zurückgegriffen. Diese werden summiert und anschliessend wird der prozentuale Anteil der einzelnen Positionen an dieser Summe bestimmt. Die angepassten Gemeinkosten 2007 werden schliesslich gemäss diesen prozentualen Anteilen auf die fünf oben genannten Positionen verteilt.

Insbesondere Marketing und Netzentwicklungsaktivitäten sowie Tätigkeiten im strategischen Bereich sind mit der von FMG respektive FDV vorgesehenen Konzeption nicht kompatibel. Eine effiziente Anbieterin hat im Wholesale-Bereich keine Marketingkosten und wie bereits ausgeführt, hat sie in der statischen Betrachtungsweise des Modells kein Entwicklungspotential (vgl. oben Ziff. 4.13).

¹⁷ Dabei handelt es sich um Investitionen im Zusammenhang mit OSS/BSS für Verwaltung und Vertrieb, die keinem Kostenträger direkt zugeordnet werden können (zum Beispiel Investitionen in Hardware und Software für Verwaltungs- und Vertriebsaufgaben).

¹⁸ DK steht für Dienstleistungskosten und ILV steht für Interne Leistungsverrechnung.



Entscheidend dafür, ob eine Position zur Erbringung der regulierten Dienste oder für eine effiziente Anbieterin relevant ist, ist die Tätigkeit, die durch eine Position abgedeckt wird. Nicht berücksichtigt werden können die Positionen gemäss nachstehender Tabelle 6.

Hinsichtlich rechnerischer Anpassungen ist schliesslich zu beachten, dass die korrigierten VVGK-Zuschläge für die meisten regulierten Dienste innerhalb des Kostenmodells Cosmos automatisch angepasst werden. Die Preisberechnungen in den Exceltabellen greifen auf denselben Wert zurück. Bestimmt werden die VVGK-Zuschläge als prozentualer Anteil an den Herstellkosten. Dieser beträgt für den Kostennachweis 2007 6.1% und für den Kostennachweis 2008 6.0%.



Positionsbezeichnung	Beschreibung
Merger & Acquisitions (GFC-MA)	M&A Projekte im Konzern; Projektmanagement von M&A; Analyse und Freigabe von M&A Anträgen; Swisscom Venture Fund: Unterstützung bei der Auslagerung von Nicht-Kerngeschäften von Swisscom.
Controlling & Planning (GFC-CPG)	Strategie- und Planungsprozess der Gruppe; Schaffung von Transparenz im Antragsgeschäft für die VR der GG; Verantwortung Eskalations- und Intercompanyprozesse zwischen GG; Führung bestimmter Taskforce-Programme (Supportfunktion); Verantwortung für börsen- und aktienrechtliche Compliance (Berichterstattung 20F; Compliance SOX 404).
Telecom-Brigade (GHR-HR-TCB)	HR Betreuung TCB
Social Responsibility (GHR-ER-SRY)	HR-bezogene Standards für Corporate Social Responsibility weiterentwickeln und Einhalten sicherstellen; Geschäftsführung Stiftung Sovis, child care, RCO-Tool, Redeployment.
Group Relations (COM-GR)	COM-GR ist verantwortlich für die, Public Relations und die Corporate Social Responsibility
Group Identity (COM-GI)	Group Identity ist gruppenweit die verantwortliche Stelle für alle Branding- und E-Communications-Belange gegen innen und aussen (inkl. Sponsoring/Giving)
Strategy and Business Development (SBD)	SBD ist für die Strategie der Gesamtgruppe verantwortlich, verfolgt Wachstumsoptionen im In- und Ausland und trägt massgeblich zur langfristigen Innovationskraft der Gruppe bei.
Exploration Programms (INO)	Beitrag an Forschung und Entwicklung (Exploration Programm), Untersuchung von technologischen Trends, um deren Bedeutung für das Swisscom Geschäft und ihren Reifegrad für einen zukünftigen Einsatz zu erkennen.
Swisscom Games (SCG)	Die Swisscom Games sollen den Sportsgeist und das "Wir-Gefühl" innerhalb Swisscom steigern. Sie helfen zudem mit, die gemeinsamen Führungswerte Professionalität, Respekt, Mut und Offenheit zu verankern.
Projektleitung Co-Motion (GHR-	Leitung Projekt Co-Motion (Sozialplanmassnahmen)
US Aussenposten	
Good Citizen	
Sozialplan	
FX Zentral - Kapital- und übrige Sondersteuern	
Projekte	
Grundversorgung LR für FWS	
Vertriebs- und Marketingkosten	Aufwand Werbematerial inkl. Lagerung
Vertriebs- und Marketingkosten	Kundenprogramm an Anlässen
FWS Specials (Strategie)	Externes EDV-Personal (temporärer Einsatz)
FWS Specials (Strategie)	Anschaffung und Unterhalt Kleingeräte
FWS Specials (Strategie)	Externes EDV-Personal (Beratung)
FWS Specials (Strategie)	Softwareentwicklungsaufwand
FWS Specials (Strategie)	Übrige Informatik-Dienstleistung
FWS Specials	KG Bautätigkeiten cablex (nichtinvestitiv)
Vertriebs- und Marketingkosten	Marketing
Overhead FWS	Overhead NDO

Tabelle 6 : Nicht relevante Overhead-Positionen

4.15 Serviceprozesse

Der Betrieb von Zugangsdiensten setzt verschiedenste Serviceprozesse voraus, welche die Gesuchsgegnerin in ihrem Kostenmodell Cosmos auch in Wertschöpfungsblöcken modelliert. Die Prozesse setzen sich aus verschiedenen Inputgütern zusammen. Die Überprüfung des von der Gesuchsgegnerin beigebrachten Kostennachweises führt auch bezüglich Serviceprozessen zu Anpassungen seitens der verfügbaren Behörde. Der Grund für diese Anpassungen liegt auch hier darin, dass der Kostennachweis der Gesuchsgegnerin dem von Art. 54 Abs. 2 FDV vorgesehenen Modellunternehmen nicht



gerecht wird. Dabei kann es keine Rolle spielen, ob es der Gesuchgegnerin möglich ist, die Prozesse aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten gleich auszugestalten wie es der Massstab der effizienten Anbieterin vorgibt, da die hypothetische Anbieterin und nicht das reale Unternehmen der Gesuchgegnerin effizient zu sein hat. In diesem Lichte ist auch der Hinweis der Gesuchgegnerin in ihrer Schlussstellungnahme vom 18. August 2008, wonach die von ihr angeführten Prozesszeiten real gemessen worden seien, zu sehen. Es ist durchaus möglich, dass real gemessene Zeiten im Unternehmen der Gesuchgegnerin über diejenigen zu liegen kommen, welche eine hypothetische effiziente Markteintreterin messen würde. Dies ist aber für die in der Schweiz fernmelderechtlich vorgesehene Konzeption der Regulierung ohne Belang. Schliesslich kann in diesem Zusammenhang auch darauf hingewiesen werden, dass es wohl im Kern einer Regulierung liegt, dass allfällige Massnahmen getroffen werden, die sich einseitig zu Lasten der marktbeherrschenden Anbieterin auswirken.

Die von der ComCom nachfolgend vorzunehmenden Anpassungen betreffen die Input-Output-Beziehung der Serviceprozesse, wobei in erster Linie die Prozesszeiten im Hinblick auf das Modell einer effizienten Markteintreterin zu modifizieren sind. Zudem sind auch von der Gesuchgegnerin zu Unrecht geltend gemachte Prozessschritte vollständig zu streichen, respektive deren benötigte Zeit ist mit null zu veranschlagen.

Der Prozess Neuschaltung einer Teilnehmeranschlussleitung beinhaltet nebst dem Teilprozess Aufschalten (Add) bereits auch die beiden Teilprozesse Delet und Removal für eine allfällige Kündigung. Gemäss den Angaben der Gesuchgegnerin in ihrer Eingabe vom 30. November 2007 beinhaltet der Prozess Add die meisten Arbeitsschritte. In allen drei Teilprozessen (Add, Delet und Removal) ist der Teilprozess TPI_On_Site_NFS enthalten, welcher die Ausführung eines Auftrags durch einen Servicetechniker vor Ort bezeichnet. Removal besteht sogar einzig aus diesem Prozess. Aufgrund dieser Angaben ist einerseits nicht ersichtlich, weshalb die Teilprozesse Delet und Removal länger dauern sollten als der Prozess Add, wie von der Gesuchgegnerin im Kostennachweis geltend gemacht. Eine effiziente Anbieterin organisiert ihren Kollokationsstandort so, dass bei einem Wechsel der Anbieterin lediglich das Überführungskabel am Hauptverteiler zur neuen Anbieterin umgesteckt werden muss, was in technischer Hinsicht einen einfachen Vorgang darstellt und grundsätzlich derjenigen Tätigkeit entspricht, die auch bei einer Aufschaltung von TAL vorgenommen wird, also bereits im Prozess Add inbegriffen ist. Andererseits ist zudem nicht ersichtlich, weshalb bei einer Kündigung zwei Mal vor Ort gefahren werden muss, wie dies die Gesuchgegnerin in ihrem Kostennachweis offenbar vorsieht. Ein solches Vorgehen widerspricht dem Modell einer effizienten Anbieterin. Aus diesen Gründen ist die Prozesszeit TPI_On_Site_NFS im Prozess Removal (SF_Full_Access_Removal) derjenigen im Prozess Aufschalten (SF_Full_Access_Add) anzupassen und für den Prozess Delete (SF_Full_Access_Del) ist sie auf null zu setzen, weil die Tätigkeit vor Ort bereits im Prozess Removal berücksichtigt ist.

In die gleiche Prozesskategorie fallen auch die Prozesse Mutation (SF_Full_Access_Rear) und Umschalten zwischen zwei alternativen FDA (SF_Full_Access_PTS_to_PTS). Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb sich die Prozesszeiten einer effizienten Anbieterin für TPI_On_Site_NFS für diese beiden Prozesse von derjenigen für den Prozess Aufschalten unterscheiden sollten. Entsprechend sind deshalb die Prozesszeiten für TPI_On_Site_NFS für SF_Full_Access_Rear respektive für SF_Full_Access_PTS_to_PTS an SF_Full_Access_Add anzupassen.

Die zuvor aufgeführten Anpassungen werden sowohl im Kostennachweis 2007 als auch im Kostennachweis 2008 vorgenommen. Die nachfolgenden Änderungen beziehen sich entweder nur auf Cosmos 2007 oder nur auf Cosmos 2008.

Für die Überprüfung der von der Gesuchgegnerin verrechneten Anzahl produktiver Stunden wird davon ausgegangen, dass eine Arbeitswoche 42 Stunden zählt. Von 365 Tagen müssen 104 Wochenendtage, 10 nationale Feiertage und 25 Tage Ferien abgezogen werden. Ausgehend von der Annahme, dass 20% der Zeit unproduktiv sind (Teamsitzungen, Workshops, administrative Arbeiten,



Ausbildung, bezahlte Abwesenheiten wie Krankheit oder Unfall usw.), kann die von der Gesuchsgegnerin geltend gemachte Anzahl produktiver Stunden pro Jahr nachvollzogen werden. Für das Jahr 2007 macht die Gesuchsgegnerin bei der Berechnung der Prozesszeiten hingegen für die so genannt regulierten Serviceprozesse weitere Zuschläge für Bereitschaftszeiten und unproduktive Zeiten von 5% und 15% geltend. Die Verwendung von Bereitschaftszeiten, welche die unproduktive Zeit weiter erhöhen, ist nicht sachgerecht und verstösst gegen die Anforderung, die Kosten eines effizienten Anbieters zu modellieren. Diese Zuschläge sind folglich für die Berechnung der Prozesszeiten nicht zu berücksichtigen.

Im Weiteren weisen die beiden Teilprozesse TPI_Order_Entry_Order_Management und TPI_PFM_Configuration_NetworkuServices des Prozesses zur Implementierung von Interkonnections-Sprachdiensten (SF_ICVoice_SCtoPTS_add) in der Modellkonfiguration 2007 der Gesuchsgegnerin im Vergleich mit den früheren Jahren und dem Jahr 2008 einen Wert aus, der deutlich von den Vergleichswerten abweicht. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb ein Prozess in einem Jahr plötzlich deutlich länger dauern sollte. Die Prozesszeiten für die beiden oben genannten Prozesse sind deshalb auf das Niveau von 2008 zu senken.

Bei der Überprüfung des Kostennachweis für das Jahr 2008 wurde schliesslich festgestellt, dass der Teilprozess TPI_PFM_Configuration_Voice des Prozesses zur Implementierung des Sprachterminierungsdienstes (SF_ICVoice_Terminierungsdienst_Add) im Vergleich zu früheren Jahren einen deutlich höheren Wert aufweist. Ein weiterer Vergleich der Prozesse SF_ICVoice_Terminierungsdienst_Add und SF_Preselection_CSC_Add zeigt, dass diese beiden Prozesse in der Vergangenheit gleich lange dauerten. Die Prozesszeit für SF_ICVoice_Terminierungsdienst_Add ist deshalb derjenigen des vergleichbaren Prozesses SF_Preselection_CSC_Add anzugleichen. Da es in früheren Jahren offensichtlich möglich war, die gleichen Prozesse schneller auszuführen, wird die effiziente Anbieterin diese Prozesse auch weiterhin in der gleichen Zeit abwickeln können.

4.16 Anpassungen in Exceltabellen

Anschliessend an die Anpassungen, die im Kostenmodell Cosmos vorzunehmen sind, werden in diesem Kapitel die Anpassungen an denjenigen Preisen im Zusammenhang mit der entbündelten Teilnehmeranschlussleitung und der Kollokation erläutert, deren Herleitung die Gesuchsgegnerin mittels Zusatzrechnungen in Exceltabellen vornimmt. Die Herleitung dieser Preise stützt sich entweder auf Kostendaten aus Cosmos oder auf Kostendaten aus Cosmos und auf zusätzliche Kostendaten oder nur auf zusätzliche Kostendaten, die ebenfalls in Form von Exceltabellen vorliegen.

4.16.1 Betreffend TAL

Bei den Preisen, die bei TAL anzupassen sind, handelt es sich um Preise für Dienstleistungen, die im Zusammenhang mit dem Betrieb der Teilnehmeranschlussleitung anfallen. Sie erlauben den alternativen Anbieterinnen die Aufschaltung, Mutation und die Kündigung einer einzelnen entbündelten Teilnehmeranschlussleitung.

Die Gesuchsgegnerin macht in ihrer Schlussstellungnahme vom 18. August 2008 geltend, eine Kürzung der Eintretenswahrscheinlichkeit für den Prozess der Kündigung habe keine Grundlage. Zudem wirft sie der Instruktionsbehörde vor, dass diese die Kosten des Prozesses Annullation nicht korrekt erfasse.

Sofern die Gesuchsgegnerin für den Prozess der Aufschaltung einer vollständig entbündelten Teilnehmeranschlussleitung bereits auch die Kosten für deren Kündigung berücksichtigt, ist dieses Vorgehen grundsätzlich nicht zu beanstanden. Jedoch handelt es sich nicht in jedem Fall einer Kündigung um eine definitive Aufgabe der Teilnehmeranschlussleitung. Vielmehr ist für die Mehrzahl der



Fälle damit zu rechnen, dass die Endkundinnen und Endkunden zu einer anderen Anbieterin wechseln. Diese bezahlt für die Aufschaltung der Teilnehmeranschlussleitung bereits wieder die Aufwendungen für den Techniker, der diese Teilnehmeranschlussleitung vom Hauptverteiler zu ihrem Übergabeverteiler umschalten muss sowie die weiteren Kosten, die im Rahmen der Systemmutationen anfallen. Wie bereits in Ziff. 4.15 ausgeführt, organisiert sich die effiziente Anbieterin so, dass sie lediglich das Überführungskabel umstecken muss. Damit entspricht der Vorgang im Allgemeinen dem Prozess Add. Aus diesem Grund fällt nur für diejenigen Kundinnen und Kunden eine eigentliche Kündigungsgebühr an, welche nicht mehr zu einer anderen Anbieterin wechseln, sondern ihre Teilnehmeranschlussleitung gänzlich nicht mehr nutzen wollen. Die ComCom geht davon aus, dass es sich hierbei um maximal 10% aller Kündigungen bei einer Anbieterin handelt. Dieser Wert ist vorsichtig geschätzt und liegt weit über dem jährlich beobachtbaren Rückgang der Teilnehmeranschlussleitungen. Für die Teilprozesse SF_Full_Access_Removal und SF_Full_Access_Del ist somit nur eine Eintrittswahrscheinlichkeit von 10% zu unterstellen, statt der von der Gesuchsgegnerin vorgeschlagenen 100%. Damit fliessen die Kosten der beiden zuvor erwähnten Teilprozesse nur noch zu 10% in die Berechnung des Preises für die Neuschaltung einer Teilnehmeranschlussleitung ein.

Schliesslich wird der Preis für den Service Technologiewechsel auf einer bestehenden TAL auf CHF 0.- gesetzt, weil es der nachfragenden Anbieterin auf der vollständig entbündelten Teilnehmeranschlussleitung erlaubt ist, jede international normierte Technologie einzusetzen und auch diese auszuwechseln, solange sie die Vorgaben gemäss Art. 58 Abs. 2 FDV einhält. Die Gesuchsgegnerin ist daher nicht gezwungen, jeden Technologiewechsel aktiv zu begleiten. Eine effiziente Anbieterin würde dies auch nicht tun.

Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass die unter Ziff. 4.13 und 4.14 hiervoor angepassten Verwaltungs- und Vertriebsgemeinkosten im Rahmen der Anpassung der Exceltabellen auch zu einem neu berechneten VVGK-Zuschlag führen. Die von der Gesuchsgegnerin geltend gemachten VVGK-Zuschläge in den Exceltabellen sind durch die angepassten VVGK-Zuschläge in der Höhe von 6.1% (2007) und 6.0% (2008) zu ersetzen.

4.16.2 Betreffend KOL

Bei den einmalig anfallenden Preisen für Kollokation handelt es sich hauptsächlich um Serviceprozesse, die einer alternativen Anbieterin den Bezug, den Umbau und gegebenenfalls den Abbau eines Kollokationsstandortes erlauben.

Die Umsetzung der offenen Form der Kollokation führt zwangsweise zu Anpassungen an den einmaligen Preisen. Als Massstab ist wiederum das Vorgehen einer effizienten Anbieterin zu verwenden. Diese ist darauf bedacht, ihre Kosten zu minimieren und deshalb die kostengünstigsten Alternativen auszuwählen. Der Kollokationsstandort einer effizienten Anbieterin wird deshalb so eingerichtet sein, dass die zusätzlich zu treffenden Massnahmen auf ein Minimum reduziert werden können. Aus dem Bottom-up-Modell sind bereits die effizienten Kosten der Kollokationsfläche bekannt. Auch bekannt sind die effizienten Preise für den Energiebezug. Beim Aufbau des effizienten Netzes konstruiert die hypothetische Markteintreterin die Kollokationsstandorte so, dass offene Kollokation möglich ist. Aus diesem Grund ist bei der Kablage nur eine Distanz von 25 Metern statt 100 respektive 50 Metern zu berücksichtigen. Der Kollokationsstandort der effizienten Anbieterin wird so eingerichtet sein, dass sich die Anlagen der kollozierenden Anbieterinnen standardmässig im selben Raum wie der Hauptverteiler befinden. Deshalb ist bei der Bereitstellung der minimalen und ausreichenden Form der offenen Kollokation zu berücksichtigen, dass die Kosten für den Bau abgegrenzter Räumlichkeiten nicht in die Preisgestaltung einfliessen dürfen und folglich nicht berücksichtigt werden können.

Die Gesuchsgegnerin macht in ihrem Kostennachweis Arbeitsschritte geltend, die eine hypothetische effiziente Markteintreterin nicht hätte. So berechnet sie für eine Machbarkeitserklärung Arbeitszeiten, die nicht als effizient bezeichnet werden können. Die hypothetische effiziente Anbieterin, die ihr Netz



neu baut, muss nicht die bestehenden Strukturen der Gesuchsgegnerin übernehmen, sondern sie verfügt über Systeme mit den notwendigen Informationen und kann diese lediglich abrufen, ohne dass sie weitere Abklärungen treffen müsste, wie dies die Gesuchsgegnerin geltend macht. Die ComCom erachtet für eine Machbarkeitsabklärung deshalb eine Stunde Arbeitszeit je Organisationseinheit als ausreichend. Die Systemabfragen und die nötige Korrespondenz mit standardisierten Briefen können innerhalb dieser Zeit ohne weiteres erledigt werden.

Für den Prozess Kündigung wird der Aufwand der Teilprozesse Sales und Technik auf jeweils maximal eine halbe Stunde festgelegt. Standardisierte Prozesse, wie sie bei der hypothetischen effizienten Markteintreterin vorzufinden wären, lassen diese Kürzung zu. Es gibt keine plausiblen Hinweise, weshalb die Erfassung der Kündigung im System länger als eine halbe Stunde auf Seiten der Abteilung Sales dauern sollte. Auch auf technischer Seite ist kaum mit Aufwand zu rechnen. Die kündigende FDA ist selbst für den Abbau ihrer Anlagen verantwortlich und eine effiziente Anbieterin würde bestehende Überführungen nicht abbauen, da sie für eine weitere Nutzung verwendet werden könnten. In technischer Hinsicht müsste nach dem Abbau lediglich überprüft werden, ob der Standort zur Weiterbenutzung freigegeben werden könnte.

Beim Prozess Produktwechsel IFS werden der effizienten Anbieterin 30 Minuten Arbeitszeit in der Organisationseinheit Sales zugestanden. Die Migration einer bereits aufgrund eines nicht regulierten Produktes bestehenden Kollokation auf KOL hat höchstens eine Mutation der Rechnungs- und Stammdaten der alternativen FDA zur Folge. Keinesfalls würde die effiziente Anbieterin für eine bestehende Kollokation eine Machbarkeitsabklärung durchführen. Bei einer solchen Migration handelt es sich um einen standardisierten Prozess der grösstenteils über IT-Systeme abläuft.

Auch der Prozess Mutationen verläuft bei der effizienten Anbieterin standardisiert. Eine halbe Stunde für die notwendigen Arbeiten und Systemeingaben in der Organisationseinheit Sales erscheint deshalb als völlig angemessen.

Um die standardisierten Prozesse der hypothetischen effizienten Markteintreterin zu realisieren, bedarf es überdies keiner Projektierung. Da es sich um Normabläufe handelt und die notwendigen Informationen in den Informatik-Systemen der effizienten Anbieterin bereits vorhanden sind, müssen die Prozesse nicht jedes Mal neu geplant werden. Projektierungskosten können deshalb für den Kostennachweis nicht berücksichtigt werden. Es ist auch hier die Situation vor Augen zu halten, dass das gesetzlich vorgesehene Modell vom Ansatz ausgeht, dass die effiziente Anbieterin ihre gesamte Infrastruktur innert kurzer Zeit neu baut.

Die Kosten für den sog. Escort-Service (begleiteter Zutritt) an den Kollokationsstandort stehen schliesslich in offensichtlichem Widerspruch zu Art. 56 Abs. 2 Bst. a FDV. Wenn die Gesuchsgegnerin aus Sicherheitsgründen den alternativen FDA den Zutritt nur mit Begleitung gewähren will, hat sie die Kosten für diese Massnahmen selbst zu tragen. Die Berücksichtigung solcher Kosten ist nicht statthaft, da die Gesuchsgegnerin mit einem Zutrittsregime, welches obligatorisch eine kostenpflichtige Begleitung vorsieht, gegen das Nichtdiskriminierungsgebot von Art. 11 FMG verstösst.

Betreffend Verwaltungs- und Vertriebsgemeinkosten gelten die Ausführungen unter Ziff. 4.16.1 hier-
vor.



5 Preisfestsetzung

5.1 Preise TAL

Aufgrund der im vorangehenden Kapitel vorzunehmenden Anpassungen am Kostennachweis der Gesuchsgegnerin ergeben sich folgende Preise für die Dienstleistungen im Zusammenhang mit der vollständig entbündelten Teilnehmeranschlussleitung:

Wiederkehrende Preise in CHF

	Pro Leitung und Monat [CHF]	
	2007	2008
Überlassung der Teilnehmeranschlussleitung	16.92	18.18

Einmalige Preise in CHF

	Pro Geschäftsfall [CHF]	
	2007	2008
Neuschaltung TAL auf einer zuvor aktiven Leitung	-	45.21
Neuschaltung TAL auf einer zuvor inaktiven Leitung	36.65	40.69
Annullierung einer TAL Bestellung nach Status ‚Accepted‘	13.84	17.82
Technologiewechsel auf einer bestehenden TAL	-	0.00
Analyse der TAL Ablehnung, detaillierte Begründung und sofern möglich Ausarbeiten einer Alternative	-	72.92
Störungsbehebung einer TAL.	-	307.32

5.2 Preise KOL

Wie unter Ziff. 2.2.1 dargelegt, kann die ComCom nur Preise für pflichtige Dienste kostenorientiert festlegen. Bei den gemäss der Vereinbarung der Parteien nach Aufwand zu berechnenden Preisen handelt es sich um Preise für Leistungen, die mit nicht pflichtigen Kollokationsdiensten im Zusammenhang stehen. Im Rahmen der Regulierung nach FMG ist die Preisfestsetzung für solche Sonderleistungen ausgeschlossen. Aus diesen Gründen können diese Preise nicht verfügt werden. Betreffend Dienstleistungen im Zusammenhang mit Kollokation ergeben sich somit folgende Preise:



Wiederkehrende Preise in CHF

	Einheit	Preis/Einheit [CHF]	
		2007	2008
Energie 230 V AC ab Netz	1kW	-	135.77
Energie 48 V DC (geschützt)	1kW	234.79	221.56
Fläche (Mindestbenutzung Rackplatz 2m ²)	1m ²	49.74	51.92

Einmalige Preise in CHF

	Einheit	Preis/Einheit [CHF]	
		2007	2008
Machbarkeitsabklärung Kollokation	Pauschal	313.60	308.40
Begehung nach Absage (negative Machbarkeit)	h	-	133.90
Bereitstellung Kollokation	Pauschal	1846.00	2440.00
Bereitstellung Kollokation (Anschlusskasten)	Pauschal	-	3700.00
TAL: Kupferkablage 2-Draht zum Hauptverteiler Swisscom	192 Aderpaare	4205.00	4205.00
MLF: Kupferkablage 2-Draht zum Hauptverteiler Swisscom	36 Aderpaare	-	2607.00
MLF: Kupferkablage 4-Draht zum Hauptverteiler Swisscom	16 Sternvierer	-	2719.71
TAL: Ausbau Kupferkablage 2-Draht zum Hauptverteiler Swisscom	192 Aderpaare	-	3737.70
MLF: Ausbau Kupferkablage 2-Draht zum Hauptverteiler Swisscom	36 Aderpaare	-	1716.31
MLF: Kupferkablage 4-Draht zum Hauptverteiler Swisscom	16 Sternvierer	-	1858.00
Produktwechsel IFS	Pauschal	-	164.90
Mutationen	Pauschal	-	164.90
Kündigung	Pauschal	-	164.90
Begleitung Standard (Anmeldung grösser 48 Stunden)	h	0.00	0.00
Begleitung Express (Anmeldung kleiner 48 Stunden)	h	0.00	0.00



6 Weitere Anträge

6.1 Verbindung mit Anlagen Dritter

Die Gesuchstellerin verlangt, die Klausel 5.11 des Vertrages betreffend Kollokation sei zu streichen und wie folgt zu ersetzen:

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

Sie begründet diesen Antrag damit, dass die Gesuchsgegnerin es ihr gestützt auf Art. 56 Abs. 2 Bst. d und e FDV zu ermöglichen habe, ihre Anlagen mit denjenigen von Dritten zu verbinden und Zugangsdienstleistungen für Dritte zu beziehen. Es gehe der Gesuchsgegnerin mit dem Verbindungsverbot offensichtlich nur darum die Gesuchstellerin im Wettbewerb zu behindern. Aus der effizienten Nutzung der Kollokationsflächen drängten sich eine Verbindung mit anderen Fernmeldedienstleistungsanbieterinnen und die Inanspruchnahme des Zugangs für Drittanbieter geradezu auf. Dies sei vom Gesetz auch so vorgesehen.

Klausel 5.11 des Vertrags Kollokation lautet folgendermassen:

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

In ihrer Stellungnahme vom 16. November 2007 erklärt sich die Gesuchsgegnerin bereit, der Gesuchstellerin die Verbindung von eigenen Standorten innerhalb desselben Gebäudes im Basisangebot zu erlauben. Sie beantragt deshalb, Klausel 5.11 des Vertrages Kollokation sei folgendermassen zu verfügen:

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

Strittig ist hinsichtlich Verbindung von Standorten folglich nur noch die Frage, ob die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin vertraglich untersagen darf, dass sie ihre Standorte mit solchen anderer FDA verbindet.

Die Gesuchsgegnerin stellt nicht in Abrede, dass der Wortlaut von Art. 56 Abs. 2 Bst. d FDV der strittigen Vertragsklausel entgegensteht. Sie ist aber der Ansicht, sie müsse solche Verbindungen am Kollokationsstandort nicht dulden, da diese nicht Voraussetzung für die technische Realisierung von Zugangsansprüchen sei und es mithin an einer gesetzlichen Grundlage für eine Pflicht zu deren Duldung fehle. Im Weiteren ist sie der Ansicht, der Gesuchstellerin fehle es an einem konkreten aktuellen Rechtsschutzinteresse an der Beurteilung der beanstandeten Klausel, da sie nicht darlege, gestützt auf welche Gesetzesnorm (bzw. auf welche gesetzesmässige Ordnungsbestimmung) die Gesuchsgegnerin verpflichtet sein sollte, den alternativen Anbieterinnen eine Verbindung ihrer Standorte zu gestatten.

Gemäss Art. 56 Abs. 2 Bst. d FDV hat die marktbeherrschende Anbieterin den anderen Anbieterinnen am Standort zu ermöglichen, ihre Anlagen mit denjenigen von dritten Anbieterinnen zu verbinden.

Die von der Gesuchsgegnerin in ihrem Standardvertrag vorgesehene Klausel 5.11 läuft dieser Ordnungsbestimmung somit diametral zuwider. Es stellt sich deshalb einzig die Frage, ob die Ordnungsbestimmung den rechtsstaatlichen Anforderungen an das Legalitätsprinzip genügt oder eben nicht, wie die Gesuchsgegnerin vorbringt. Diese Frage wurde bereits geklärt und es kann deshalb auch grundsätzlich auf die betreffenden Ausführungen verwiesen werden (oben Ziff. 2.2.2). Die Auffassung der Gesuchsgegnerin, die Gesuchstellerin hätte darzulegen, worin ihr konkretes Rechtsschutzinteresse an der Beurteilung der beanstandeten Klausel liege, ist in keiner Weise nachvollziehbar. Es ist nicht ersichtlich, warum die Gesuchstellerin für die Beurteilung einer dissidenten Vertragsklausel, die das Gegenteil des Ordnungstextes vorsieht, ein spezielles Rechtsschutzinteresse ha-



ben müsste oder warum sie eine spezielle Begründungspflicht treffen sollte. Die Rechtsanwendung erfolgt in Zugangsverfahren von Amtes wegen. Die Gesuchstellerin müsste deshalb nicht einmal vorbringen, auf welche Normen sie ihre Ansprüche stützt. Sie hat aber dargelegt, dass dies betreffend die Verbindung von ihren Anlagen mit solchen anderer Anbieterinnen insbesondere Art. 56 Abs. 2 Bst. d FDV ist. Ob diese Bestimmung hingegen über eine genügende gesetzliche Grundlage verfügt, hat die angerufene Behörde zu begründen, nicht die Gesuchstellerin.

Was das behauptete Fehlen einer genügenden gesetzlichen Grundlage angeht, ist an dieser Stelle nochmals darauf hinzuweisen, dass die Bestimmungen des FMG zur Zugangsgewährung aufgrund des in diesen Bereichen nicht wirksamen Wettbewerbs erlassen wurden und mit der Regulierung die Ermöglichung eines wirksamen Wettbewerbs beim Erbringen von Fernmeldediensten bezweckt wird (Art. 1 Abs. 2 Bst. c FMG). Zur Umsetzung dieses Ziel wird die marktbeherrschende Anbieterin formellgesetzlich verpflichtet, anderen Anbieterinnen von Fernmeldediensten auf nicht diskriminierende Weise Zugang zu ihren Diensten und Einrichtungen zu gewähren (Art. 11 Abs. 1 FMG). Nichtdiskriminierung nach Art. 52 FDV bedeutet, dass sie ihren Konkurrentinnen gleiche Bedingungen zu gewähren hat, wie sie für sich selber bestimmt. Wenn sie nun ihre Anlagen ohne weiteres direkt mit den Anlagen anderer Anbieterin verbinden kann und dies auch tut, ist nicht einzusehen, warum sie dieses Vorgehen den anderen Anbieterinnen sollte verwehren können. Die Gesuchsgegnerin kann zur Begründung einer technischen oder betrieblichen Notwendigkeit der Klausel 5.11 nichts vorbringen. Diese dient offenbar einzig dazu, ihren Konkurrentinnen die Bedingungen im Anbieten von Fernmeldedienstleistungen zu erschweren. Die Argumentation der Gesuchsgegnerin erschöpft sich in der Behauptung, die Gesuchstellerin könne lediglich vorbringen, dass die Klausel 5.11 dem Wortlaut von Art. 56 FDV entgegenstehe, diese Bestimmung jedoch keine gesetzliche Grundlage habe. An der Gesetzmässigkeit der Verordnungsbestimmung kann aus den darlegten Gründen jedoch nicht ernsthaft gezweifelt werden.

Die Klausel 5.11 verstösst folglich gegen Art. 56 Abs. 2 Bst. d FDV und das Diskriminierungsverbot von Art. 11 FMG. Die Gesuchsgegnerin hat sie deshalb aus ihren Verträgen zu entfernen.

Die Gesuchstellerin beantragt sodann, die Klausel 5.11 im Vertrag betreffend Kollokation sei zu ersetzen, wobei sie im Grunde den Verordnungstext von Art. 56 Abs. 2 Bst. d und e FDV verfügt haben will. Diesem Antrag kann nicht entsprochen werden. Eine mit einem Rechtsbegehren beantragte Anordnung muss geeignet sein, ein Rechtsverhältnis verfügungsweise zu regeln. Mit einer Anordnung dessen, was bereits vom Gesetz vorgesehen ist, ist bezüglich konkreter Rechte und Pflichten nichts gesagt. Die Verbindung von eigenen Anlagen mit solchen fremder Anbieterinnen am Standort ist aufgrund von Art. 56 Abs. 2 Bst. d FDV und somit gesetzlich erlaubt. Es macht keinen Sinn, diese Anordnung als Vertragsklausel zu verfügen.

Gleiches gilt für die Möglichkeit, am Standort Zugangsdienstleistungen für Dritte zu beziehen. Auch hierzu ist festzuhalten, dass diese Möglichkeit zwingend vom Gesetz in Art. 56 Abs. 2 Bst. e FDV vorgesehen ist und deshalb nicht verfügungsweise als Vertragsinhalt zwischen den Parteien festzulegen ist. Allerdings scheint zwischen den Parteien nicht Einigkeit zu herrschen, was mit dem Bezug von Zugangsdienstleistungen für Dritte gemeint ist. So bezeichnet die Gesuchsgegnerin das Begehren um Verfügung des Satzes, „Die FDA ist berechtigt, Zugangsdienstleistungen am Standort für Drittanbieterinnen zu beziehen“ als „Gesuch betreffend Untermiete“ und als „versteckte Abänderung“ der Klausel 5.4 Satz 2 des Vertrages zur Kollokation. Demgegenüber erklärt die Gesuchstellerin, sie verlange nicht die Möglichkeit einer Untervermietung. Sie wolle jedoch in der Lage sein, die von ihr im Rahmen des Zugangs beanspruchte Kollokation und die unter ihrer Verantwortung betriebene Infrastruktur auch für die Erbringung von Dienstleistungen für Dritte zu nutzen. Damit soll es ihr ermöglicht werden, Dienste die sie nicht selber erbringt, als Reseller für die von ihr angeschlossenen Kunden zu erbringen bzw. ihre Dienste im Anschlussnetz Resellern zur Verfügung zu stellen.



Die ComCom kann aus den dargelegten Gründen nicht verfügen, was ohnehin vom Gesetz vorgesehen ist. Insofern kann es auch nicht zu der von der Gesuchsgegnerin befürchteten „versteckten Änderung“ der Vertragsklausel 5.4 kommen. Einerseits liegt diese Klausel nicht im Streit und andererseits hat sich die ComCom dazu bereits in ihrer Verfügung vom 10. März 2008 in Sachen VTX Services SA gegen Swisscom (Schweiz) AG betreffend Kollokation geäussert. Dabei hielt sie fest, dass der zweite Satz von Klausel 5.4 („Der FDA ist es nicht gestattet, die Kollokation FDV Dritten zur Nutzung zu überlassen“) rechtskonform sei, soweit dieser dahingehend verstanden werde, dass er ein Verbot der Weitervermietung von Kollokationsfläche an Dritte Anbieterinnen statuiere, da durch ein solches Verbot die von Art. 56 Abs. 2 Bst. e FDV vorgesehene Möglichkeit, Zugangsdienstleistungen für Dritte zu beziehen, nicht eingeschränkt werde.

6.2 Reziprozität

Die Gesuchstellerin beantragt in ihrem Gesuch vom 28. September 2007 schliesslich die Streichung der Klausel 6.3 in den Vertragsurkunden TAL und KOL, mit welcher die Gesuchsgegnerin die Reziprozität der Vertragsbedingungen festsetzen möchte. Die Klauseln lauten entsprechend:

Die FDA gewährt Swisscom Fixnet bei Vorliegen der Voraussetzungen den Zugang zum Teilnehmeranschluss zu den gleichen Konditionen wie diejenigen von Swisscom Fixnet.

Die FDA gewährt Swisscom Fixnet bei Vorliegen der Voraussetzungen die Kollokation FDV zu den gleichen Konditionen wie diejenigen von Swisscom Fixnet.

Zur Begründung ihres Antrags bringt die Gesuchstellerin vor, Reziprozität würde bedeuten, dass sie Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung und zur Kollokation zu denselben Preisen und Abläufen zu gewähren hätte, wie dies von der Gesuchsgegnerin festgehalten worden sei. Es sei unklar, was die Gesuchsgegnerin damit erreichen wolle. Die Gesuchstellerin sei offensichtlich nicht marktbeherrschend und daher auch nicht verpflichtet, der Gesuchsgegnerin Zugang zu gewähren. Unklar sei überdies, was die Gesuchsgegnerin mit der Formulierung „bei Vorliegen der Voraussetzungen“ gemeint habe. Die Aufnahme einer Vertragsklausel, die zurzeit keine Wirkung entfalte, für den Fall, dass die Gesuchstellerin vielleicht einmal in Zukunft marktbeherrschend sein werde, sei unnötig und nicht durchdacht. Das Bundesgericht habe zwar in BGE 132 II 281 für den Bereich der Interkonnektion gemäss dem aFMG festgestellt, dass nicht marktbeherrschende FDA Interkonnektion zu den gleichen Bedingungen wie die marktbeherrschende Anbieterin zu erbringen hätten. Bei dieser Entscheidung sei es jedoch um die Frage der Interoperabilität gegangen, vorliegend gehe es aber um Zugang zu den Einrichtungen einer marktbeherrschenden Anbieterin.

Die Gesuchsgegnerin macht dazu geltend, mit der Formulierung „bei Vorliegen der Voraussetzungen“ sei insbesondere die Marktbeherrschung gemeint. Sie sei bereit, die Klauseln entsprechend mit einem in Klammern gesetzten Passus (*insbesondere der Marktbeherrschung*) zu ergänzen. Überdies sei die Klausel aber sehr wohl nötig und durchdacht. In den verschiedenen Zugangsverträgen seien einige Klauseln enthalten, die zurzeit keine Wirkung entfalteteten und beispielsweise Abläufe regelten, die möglicherweise nie zum Tragen kämen. Regelungen zukünftiger unsicherer Ereignisse seien bei Verträgen durchaus üblich und sinnvoll.

Gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG haben marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen in den von Art. 11 Abs. 1 FMG genannten Formen Zugang zu ihren Einrichtungen und zu ihren Diensten zu gewähren. Können sich die Anbieterinnen nicht über die Bedingungen des Zugangs einigen, so verfügt diese gemäss Art. 11a FMG die ComCom. Diese Vorschriften betreffen das Zugangsregime als solches und nicht die Ausgestaltung der konkreten Modalitäten des Zugangs. Sie stellen deshalb zwingendes öffentliches Recht dar und unterstehen nicht der Disposition der Parteien.



Die Verpflichtung zur Zugangsgewährung setzt eine marktbeherrschende Stellung voraus. Betreffend TAL bestreitet die Gesuchsgegnerin ihre Marktbeherrschung nicht, betreffend KOL kann sich die Frage gar nicht stellen (vgl. oben Ziff. 2.1). Somit steht für die im Rahmen der vorliegenden Teilverfügung zu behandelnden Rechtsbegehren die momentane Marktbeherrschung der Gesuchsgegnerin ausser Frage. Es kann in der Tat nicht ausgeschlossen werden, dass in Zukunft auch der Gesuchstellerin auf dem relevanten Markt eine beherrschende Stellung zukommen könnte. Würde diese Situation eintreffen, so hätte die Gesuchstellerin gestützt auf Art. 11 FMG - und damit auf zwingendes öffentliches Recht - Zugang zu gewähren und nicht, weil dies eine Vereinbarung von ihr mit einer anderen FDA so vorsieht. Analoges hätte für die in diesem Fall zu gewährenden Zugangsbedingungen zu gelten. Diese würden von der ComCom festgesetzt, falls sie strittig wären und würden sodann für alle nachfragenden Anbieterinnen gleichermassen gelten. Es wäre gestützt auf das Nichtdiskriminierungsgebot ausgeschlossen, dass die nun marktbeherrschende Gesuchstellerin der nicht mehr marktbeherrschenden Gesuchsgegnerin andere Bedingungen als diejenigen, die die ComCom festsetzt, anbieten würde.

Folglich macht es auch keinen Sinn, wenn die Gesuchsgegnerin über Bedingungen, die im Streitfall von der verfügenden Behörde festzulegen wären, die auch Dritte betreffen würden und die die marktbeherrschende Anbieterin infolge des Diskriminierungsverbotes allen Anbieterinnen zu gewähren hätte, eine Vereinbarung treffen will. Die Klauseln 6.3 der Vertragsurkunden TAL und KOL stehen deshalb mit dem Fernmelderecht im Widerspruch und die Gesuchsgegnerin hat sie aus ihren Verträgen zu entfernen.

III Kosten

[...]



Aus diesen Gründen wird verfügt:

1. Auf das Gesuchsbegehren Ziff. 2.2.3 wird nicht eingetreten.
2. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, die nachfolgenden Dienstleistungen im Zusammenhang mit der vollständigen Entbündelung des Teilnehmeranschlusses (TAL) für die Jahre 2007 und 2008 zu den folgenden Preisen anzubieten respektive abzurechnen:

Wiederkehrende Preise in CHF

	Pro Leitung und Monat [CHF]	
	2007	2008
Überlassung der Teilnehmeranschlussleitung	16.92	18.18

Einmalige Preise in CHF

	Pro Geschäftsfall [CHF]	
	2007	2008
Neuschaltung TAL auf einer zuvor aktiven Leitung	-	45.21
Neuschaltung TAL auf einer zuvor inaktiven Leitung	36.65	40.69
Annullierung einer TAL Bestellung nach Status ‚Accepted‘	-	17.82
Technologiewechsel auf einer bestehenden TAL	-	0.00
Analyse der TAL Ablehnung, detaillierte Begründung und sofern möglich Ausarbeiten einer Alternative	-	72.92
Störungsbehebung einer TAL.	-	307.32

3. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, die nachfolgenden Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Kollokation (KOL) für die Jahre 2007 und 2008 zu den folgenden Preisen anzubieten respektive abzurechnen:



Wiederkehrende Preise in CHF

	Einheit	Preis/Einheit [CHF]	
		2007	2008
Energie 230 V AC ab Netz	1kW	-	135.77
Energie 48 V DC (geschützt)	1kW	234.79	221.56
Fläche (Mindestbenutzung Rackplatz 2m ²)	1m ²	49.74	51.92

Einmalige Preise in CHF

	Einheit	Preis/Einheit [CHF]	
		2007	2008
Machbarkeitsabklärung Kollokation	Pauschal	313.60	308.40
Begehung nach Absage (negative Machbarkeit)	h	-	133.90
Bereitstellung Kollokation	Pauschal	1846.00	2440.00
Bereitstellung Kollokation (Anschlusskasten)	Pauschal	-	3700.00
TAL: Kupferkablage 2-Draht zum Hauptverteiler Swisscom	192 Aderpaare	4205.00	4205.00
MLF: Kupferkablage 2-Draht zum Hauptverteiler Swisscom	36 Aderpaare	-	2607.00
MLF: Kupferkablage 4-Draht zum Hauptverteiler Swisscom	16 Sternvierer	-	2719.71
TAL: Ausbau Kupferkablage 2-Draht zum Hauptverteiler Swisscom	192 Aderpaare	-	3737.70
MLF: Ausbau Kupferkablage 2-Draht zum Hauptverteiler Swisscom	36 Aderpaare	-	1716.31
MLF: Kupferkablage 4-Draht zum Hauptverteiler Swisscom	16 Sternvierer	-	1858.00
Produktwechsel IFS	Pauschal	-	164.90
Mutationen	Pauschal	-	164.90
Kündigung	Pauschal	-	164.90
Begleitung Standard (Anmeldung grösser 48 Stunden)	h	-	0.00
Begleitung Express (Anmeldung kleiner 48 Stunden)	h	-	0.00



4. Es wird festgestellt, dass die Klauseln 5.11 und 6.3 des Standardvertrages Kollokation sowie die Klausel 6.3 des Standardvertrages Teilnehmeranschlussleitung nicht rechtskonform sind. Die Geschäftsgegnerin wird verpflichtet, diese Klauseln aus ihren Verträgen zu entfernen.
5. [...]
6. 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
3000 Bern 14

Die Beschwerde hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Die angefochtene Verfügung und die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind der Beschwerde beizulegen, soweit der Beschwerdeführer sie in Händen hat.