

Swisscom AG, Group Legal & Regulatory, Alte Tiefenastrasse 6, 3050 Bern

Eidgenössische Kommunikationskommission
Marktgasse 9
3003 Bern

Datum 15. September 2006
Ihr Kontakt Hans Ulrich Joss, +41 31 342 50 24, hansulrich.joss@swisscom.com
Thema **Stellungnahme zur Revision der Verordnung der ComCom**

Sehr geehrte Damen und Herrn

Wir danken Ihnen für die uns im Rahmen der Anhörung zur Revision der Verordnung der ComCom gebotene Möglichkeit zur Stellungnahme. Im Folgenden beschränken wir uns auf den Anhang 3.

Unseres Erachtens wirft Anhang 3 einige rechtliche und konzeptionelle Fragen auf, die eine Überarbeitung bedingen. Swisscom ist gerne bereit, dabei Unterstützung zu leisten. Eine praktikable Ausgestaltung der Vorschriften über die Art und Form der Rechnungslegungs- und Finanzinformationen zur Überprüfung der kostenorientierten Preisgestaltung wäre aus Gründen der Rechtssicherheit wünschenswert.

1 Einleitende Bemerkungen

Da es in Anhang 3 insbesondere um die Ausgestaltung von kostenrechnungstechnischen Fragen geht, erachten wir es als sinnvoll, einige grundlegende Erläuterungen anzubringen.

Die **innerbetriebliche Kosten- und Leistungsrechnung (KLR)** ist ein zentraler Teilbereich des betrieblichen Rechnungswesens. Sie ermittelt, bewertet und analysiert den betrieblichen Güterverbrauch und stellt ihm die bewerteten erbrachten Leistungen gegenüber. Der Zweck der KLR besteht darin, Planungs-, Entscheidungs- und Kontrollinformationen für die Beurteilung von Produkten und Leistungserstellungsprozessen zu liefern. Die Ausgestaltung der KLR liegt weitgehend im Ermessen der Unternehmensleitung und ist nicht an inhaltliche oder formale rechtliche Vorschriften gebunden.¹

Im Gegensatz dazu ist die **externe Rechnungslegung** für externe Adressaten (Investoren, Gläubiger) bestimmt und soll aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen ein Bild von der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens vermitteln.² Die Vorschriften für die externe Rechnungslegung befinden sich im Obligationenrecht sowie in den international anerkannten Rechnungslegungsstandards (IFRS, US GAAP).

¹ Aldo C. Schellenberg, Rechnungswesen, S. 24

² Vgl. Art. 957a E-OR im Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht vom 2.12.2005
http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/themen/wirtschaft/ref_gesetzgebung/ref_aktienrechtsrevision.html

Die ComCom hat sich im Rahmen der Interkonktionsverfahren zwischen Swisscom Fixnet und TDC resp. Verizon bei der Anwendung der von Art. 45 FDV vorgeschriebenen Kostenrechnungsmethode (LRIC) grösstenteils für ein Als-Ob-Konzept entschieden, was vom Bundesgericht gestützt wurde.⁷

Ziel und Zweck von Anhang 3 müsste es daher sein, Kriterien für die Nachprüfbarkeit einer Modellrechnung und der sich daraus ergebenden kostenorientierten Preisgestaltung für die von Art. 11 Abs. 1 FMG umfassten Zugangsprodukte aufzustellen. Der vorliegende Anhang 3 könnte hingegen so verstanden werden, dass er u.a. Vorschriften für die interne Rechnungslegung eines marktbeherrschenden Unternehmens macht. Dies war wahrscheinlich nicht die Absicht der ComCom, besteht doch für einen so weitgehenden Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) keine gesetzliche Grundlage. Der Eingriff wäre unverhältnismässig und würde die Autonomie eines sich im Wettbewerb befindenden Unternehmens einschränken, da Vorschriften für die KLR einen erheblichen Einfluss auf das wichtigste Steuerungsinstrument der Unternehmensleitung hätten.

Im Anhang 3 ist daher ein Kriterienkatalog aufzustellen, welcher die Herleitung der in ein Kostenmodell für regulatorische Zwecke einflussenden Daten beschreibt, ohne in die interne KLR eines marktbeherrschenden Unternehmens einzugreifen. Das Heranziehen von tatsächlichen, historischen Ist-Kosten kann zwar ein geeignetes Mittel für die Überprüfung der kostenorientierten Preisgestaltung sein, nicht aber der Erlass von Vorschriften für die Erfassung der Ist-Kosten in der KLR.

2.2 Beweisrechtliche Fragestellung

2.2.1 Beweismass

Die Regelungsdichte und Wortwahl im Anhang 3 (z.B. Definition des Kostennachweises in Ziff. 1.4: "lückenlos", "nachvollziehbar") könnten auf das Beweismass des strikten Beweises hindeuten, was aber im FMG nicht festgelegt ist und auch vom Bundesgericht nicht verlangt wird.⁸ Die Berechnung der Interkonktionspreise beruht auf Annahmen und Hypothesen und bringt daher eine gewisse Unschärfe mit sich, die zwar möglichst gering zu halten, aber als unvermeidlich in Kauf zu nehmen ist.⁹ Angebracht ist daher das Beweismass des Glaubhaftmachens und dieses sollte sich auch in der Wortwahl in Anhang 3 widerspiegeln. Wir verweisen diesbezüglich auch auf unsere Stellungnahme zur FDV-Revision¹⁰ und bitten Sie, dies bei der Überarbeitung von Anhang 3 zu berücksichtigen.

⁷ BGE 2A.450/2005, E. 6.4 und 2A.451/2005, E. 5.4

⁸ BGE 2A.451/2005 und 2A.450/2005

⁹ BGE 2A.451/2005, E. 2.3.3

¹⁰ Vgl. Beilage: Auszug aus der Stellungnahme von Swisscom vom 15.9.2006 zur Revision der Ausführungsverordnungen zum FMG

2.2.2 Beweisführung und Beweisabnahme

Die Beweisführung (von der Partei aus betrachtet) oder Beweisabnahme (vom Richter bzw. der Behörde aus betrachtet) betrifft die Formalien des Beweisverfahrens, welche den Anforderungen von Art. 8 ZGB (Beweisanspruch) und dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs gemäss Art. 29 Abs. 2 BV gerecht werden müssen. Anhang 3 schränkt die Beweisführung einer marktbeherrschenden Anbieterin z.T. in unverhältnismässiger Weise ein (besonders z.B. in Ziff. 3.2, Anforderung 14 oder in Ziff. 3.3, Anforderung 16).

2.2.3 Freie Beweiswürdigung

Das Prinzip der freien Beweiswürdigung wird als uneingeschränkte Würdigungs- und Verwertungsfreiheit aufgefasst, wonach alle Arten von Beweismitteln zuzulassen sind, soweit sie beweistauglich sind. Durch die detaillierten Vorschriften im Anhang 3 resp. den Verweis in Art. 71 Abs. 3 des FDV-Entwurfes auf den Anhang 3 wird dieses Prinzip eingeschränkt. Welches sind die Konsequenzen eines Kostenrechnungsmodells einer marktbeherrschenden Anbieterin, welches den Behörden nicht ermöglicht, eine allfällige Diskriminierung von Drittanbietern zu erkennen (Ziff. 1.4 Definition des Kostennachweises), da der Nachweis der Nichtdiskriminierung nicht mit dem Kostenmodell für Zugangsverfahren erbracht wird oder keine Möglichkeiten zur Sensitivitätsanalyse für die relevanten Kostentreiber bietet (Ziff. 3.2 Anforderung 12)? Greift dann automatisch die Rechtsfolge von Art. 71 Abs. 3 des FDV-Entwurfes und die ComCom kann ein solches Kostenrechnungsmodell nicht mehr frei würdigen, sondern muss nach markt- und branchenüblichen Vergleichswerten verfügen?

3 Zu Ziffer 1.2 (Referenzen)

Eine Referenz auf europäische Dokumente, welche aufgrund des unterschiedlichen Systems in der Schweiz nicht zur Anwendung gelangen können, macht aus unserer Sicht keinen Sinn, zumal einige der referenzierten Dokumente auch in Europa keinen bindenden Charakter haben. Diejenigen Artikel des FMG, welche die gesetzliche Grundlage für diesen Anhang bilden, sollten an den Anfang gestellt werden.

4 Zu Ziffer 1.4 (Definitionen)

Kostennachweis

Im Zusammenhang mit der nach Art. 52 des FDV-Entwurfes erforderlichen kostenorientierten Preisgestaltung ist es missverständlich, von einem „lückenlosen und nachvollziehbaren Beweis“ zu sprechen, da es sich bei der Preisgestaltung basierend auf einem Kostenmodell immer um Ermessensentscheide handelt

und es kaum eindeutig falsche Annahmen geben wird. Wie erwähnt, kann hier nicht das Beweismass des strikten Beweises greifen, sondern einzig die Glaubhaftmachung¹¹.

Der Begriff „Kostennachweis“ ist daher im ganzen Anhang 3 und in der FDV durch die Formulierung „Glaubhaftmachen der Kostenorientierung der Preise“ zu ersetzen.

Die Anforderung im Zusammenhang mit dem Diskriminierungsverbot erfordert ein anderes Vorgehen und kann nicht im Rahmen der Überprüfung von kostenorientierten Preisen für die Zugangsdienste gemäss Art. 11 FMG erfolgen. Diese Anforderung ist daher zu streichen.

Kostenrechnungssystem

Diese Definition ist für uns unklar und könnte dahingehend missverstanden werden, dass sie als Definition für die KLR gelten soll. Aufgrund dieser Unklarheit ist zumindest der letzte Satz („Das dokumentierte Kostenrechnungssystem wiederum bildet den Kern eines jeden Kostennachweises.“) zu streichen. Sofern unter Kostenrechnungssystem die Modell-Welt verstanden wird, genügt die unten folgende Definition zum „Kostenmodell“.

Kostenmodell

Der Begriff „belegbare Kosten“ kann missverstanden werden. Falls historische Ist-Kosten gemeint wären, stünde dies – wie erwähnt - im Widerspruch zum Begriff „Kostenmodell“. Eine mögliche andere Formulierung wäre die folgende:

Kostenmodelle dienen unter Beizug von Annahmen der Simulation der Kosten einer effizienten Anbieterin.

5 Zu Ziffer 2 (Grundanforderungen)

Grundanforderung 3: Richtigkeit

Wir bitten Sie, diese Anforderung zu streichen, da es sich bei der Berechnung von kostenorientierten Preisen im Rahmen eines Kostenmodells immer um Ermessensentscheide handeln und es kaum eindeutig falsche Annahmen geben wird.

¹¹ Für Einzelheiten vgl. Beilage (Fn 10)

Grundanforderung 6: Vergleichbarkeit

Da es sich bei der Berechnung von kostenorientierten Preisen im Rahmen eines Kostenmodells um Ermessensentscheide handelt, können neue Erkenntnisse zu Veränderungen führen. Insbesondere im Telekommunikationssektor können technologischer Fortschritt oder sonstige externe Effekte zu Änderungen der Modellparameter führen. Allerdings liegt eine grundsätzliche Vergleichbarkeit der Modellparameter aus Gründen der Planungssicherheit auch im eigenen Interesse einer verpflichteten Anbieterin. Die Vergleichbarkeit der Modellparameter hat letztendlich die ComCom selber in der Hand, wenn sie Anhang 3 zu einem Kriterienkatalog überarbeitet, welcher die Herleitung der in ein LRIC-Kostenmodell einflussenden Daten beschreibt.

Wir schlagen daher vor, den dritten Satz dieser Anforderung durch den folgenden zu ersetzen:

Änderungen in den Datengrundlagen oder den relevanten Informationen über die Zeit, welche einen erheblichen Einfluss auf das Endresultat haben, sollen nachvollziehbar offen gelegt werden.

6 Zu Ziffer 3.1 (Anforderungen an Daten und Dokumentation)

Anforderung 2

Vereinfachungen liegen in der Natur eines Kostenmodells. Nur auf diese Weise ist eine nachvollziehbare Überprüfung der kostenorientierten Preisgestaltung möglich. Dies wird durch die in den Interkonnektionsverfahren zwischen Swisscom Fixnet und TDC resp. Verizon zur Anwendung gelangte Praxis bestätigt. Wir gehen deshalb davon aus, dass diese Anforderung nur dann zur Anwendung gelangt, wenn die Daten, die in das Kostenmodell Eingang finden, auch unternehmensinterne Verwendung finden.

Anforderung 3

Mit dieser Anforderung wird ein Kostenmodell indirekt mit der KLR einer verpflichteten Anbieterin gleichgesetzt. Wie bei der Grundanforderung 6 bereits ausgeführt, hat die ComCom die Weiterentwicklung der Modellparameter selber in der Hand, wenn sie Anhang 3 zu einem Kriterienkatalog überarbeitet, welcher die Herleitung der in ein LRIC-Kostenmodell einflussenden Daten beschreibt. Eine Überleitung von einem LRIC-Kostenmodell, welches für die kostenorientierte Preisgestaltung in der Vergangenheit erstellt wurde, zu dem Modell, welches einem neuen Zugangsverfahren zugrunde liegt, kann aber nicht verlangt werden, wenn zwischen den Zugangsverfahren ein längerer Zeitraum liegt oder die Modellparameter geändert werden mussten (technologischer Fortschritt, externe Effekte). Das wäre mit einem unverhältnismässig hohen Aufwand verbunden.

Wir schlagen daher vor, den ersten Satz der Anforderung zu streichen. Im zweiten Satz ist der Einschub „in früheren Zugangsverfahren“ zu streichen.

Anforderung 5

Die Daten für die Modellberechnungen werden im Normalfall nicht der KLR entnommen. Die einer kostenorientierten Preisfestsetzung zugrunde liegenden Kosten entsprechen denjenigen einer effizienten Anbieterin (deren Anlagen beispielsweise mittels der MEA-Methode wiederbewertet werden). Es besteht somit ein erheblicher Unterschied zwischen den Werten der KLR und dem Kostenmodell für die regulierten Zugangsdienste. Wir schlagen daher vor, diese Anforderung wie folgt zu präzisieren:

Die marktbeherrschende Anbieterin orientiert sich bei der Herleitung *der effizienten Kosten, an den Vorschriften des Schweizerischen Obligationenrechts, an den Fachempfehlungen zur Rechnungslegung (Swiss GAAP FER) oder an international anerkannten Rechnungslegungsstandards (IAS, IFRS, US GAAP), soweit sie auf Rechnungslegungsinformationen zurückgreift.*

Anforderung 6

Diese Anforderung ist auf die Voraussetzungen an ein Kostenmodell für die regulierten Dienste zu beschränken. Die Verpflichtung zur kostenorientierten Preisgestaltung bietet keine gesetzliche Grundlage für einen Einblick in die (interne und externe) Rechnungslegung einer verpflichteten Anbieterin für die letzten 5 Jahre. Ansonsten hätte die ComCom die gleiche Stellung wie eine Revisionsstelle. Die Anforderung ist deshalb zu streichen. Auch ein Einblick in die Kostenmodelle der letzten 5 Jahre wäre unverhältnismässig (vgl. die Ausführungen zu Anforderung 3), so dass der letzte Satz auch bei der Beschränkung dieser Anforderung auf ein Kostenmodell zu streichen wäre.

Anforderung 7

Dieser Anforderung fehlt die gesetzliche Grundlage, weshalb sie zu streichen ist. Die gesonderte Ausweisung der Zugangsbedingungen und -preise (Art. 11 Abs. 2 FMG) erfolgt über das Standardangebot einer verpflichteten Anbieterin (Art. 51 des FDV-Entwurfes). Die Führung eines separaten Buchungskreises für Zugangsprodukte gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG würde angesichts des massiven Eingriffs in die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) einer verpflichteten Anbieterin und den damit verbundenen Kosten eine klare Regelung auf Gesetzesstufe erfordern.

Sollte die Anforderung 7 in Anhang 3 belassen werden, so wäre sie anders zu formulieren. Aus unserer Sicht kann es lediglich darum gehen, die kostenorientierte Preisgestaltung für die von Art. 11 Abs. 1 FMG umfassten Zugangsprodukte separat auszuweisen. Der Begriff der separaten Buchführung ist diesbezüglich missverständlich und sollte nicht verwendet werden. Die Unterscheidung in interne und externe Leistungen wird im Rahmen eines Kostenmodells für die von Art. 11 Abs. 1 FMG umfassten Zugangsprodukte nicht gemacht. Die Überprüfung der Einhaltung des Diskriminierungsverbots erfordert ein anderes Vorgehen und kann nicht im Rahmen der Überprüfung von kostenorientierten Preisen erfolgen (vgl. Ausführungen zur Definition des „Kostennachweises“). Daher ist diese Unterscheidung wegzulassen.

7 Zu Ziffer 3.2 (Anforderungen an das Kostenrechnungssystem)

Wie bereits bei den Definitionen ausgeführt, ist für uns das Verhältnis zwischen den Begriffen „Kostenrechnungssystem“ und „Kostenmodell“ unklar.

Anforderung 9

Diese Anforderung ist zu streichen, da sie Vorschriften für den Zugang und die Einreichung der KLR macht, wofür keine gesetzliche Grundlage vorliegt. Im Übrigen liegen der KLR eines Unternehmens keine Kostenmodelle zugrunde, da die KLR die tatsächlichen, historischen Ist-Kosten eines Unternehmens erfasst. Die KLR eines Unternehmens ist zudem immer unternehmensspezifisch und kann nicht unabhängig vom entsprechenden Unternehmen nachvollzogen, beherrscht, überprüft und angepasst werden. Bewiesen werden muss die kostenorientierte Preisgestaltung mittels eines LRIC-Kostenmodells und nicht mittels Erfassung der tatsächlichen, historischen Ist-Kosten eines marktbeherrschenden Unternehmens in der KLR. Weiter ist diese Anforderung bereits durch die Anforderungen 6 und 10 abgedeckt.

Anforderung 11

Die verpflichtete Anbieterin muss nur die kostenorientierte Preisgestaltung ihrer Preise glaubhaft machen, nicht aber Preiskorridore berechnen, die mittels solcher Ober- und Untergrenzen beschrieben würden. Der zweite Satz der Anforderung ist zudem widersprüchlich, weil einerseits eine Zusammenfassung der Daten und andererseits eine Erfassung der Daten auf der kleinsten Kosteneinheit verlangt wird. Wir beantragen daher, diese Anforderung zu streichen.

Anforderung 14

Diese Anforderung ist ersatzlos zu streichen, da ihr die gesetzliche Grundlage fehlt. Diese Anforderung hat kaum etwas mit Beweisführung zu tun; allenfalls führt sie gar eine zusätzliche privatrechtliche Haftungsklausel oder gar einen strafrechtlich relevanten Tatbestand ein. Letztlich ist aber nicht ersichtlich, was ihr Zweck sein soll. Der einzige mögliche beweisrechtliche Bezug könnte darin gesehen werden, dass eine marktbeherrschende Anbieterin als Partei in einem Zugangsverfahren zur Wahrheit gemahnt werden soll. Falls dies die Idee war, so ist sie mit der beweisrechtlichen Möglichkeit des Parteiverhörs (Art. 62 BZP) und der Beweisaussage (Art. 64 BZP) im Bundesrecht bereits abschliessend geregelt. Im Übrigen sieht Art. 962a E-OR¹² vor, dass Abschlüsse nach international anerkannten Rechnungslegungsstandards keiner Genehmigung bedürfen. Es ist daher nicht einzusehen, warum für ein Kostenrechnungsmodell höhere Anforderungen gelten sollten.

¹² Vgl. Vorentwurf zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht vom 2.12.2005 http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/themen/wirtschaft/ref_gesetzgebung/ref_aktienrechtsrevision.html

8 Zu Ziffer 3.3 (Anforderungen an Erhebungen, Bewertungen und Prognosen)

Anforderung 16

Bezüglich dieser Anforderung stellen sich uns diverse Fragen, die wir Sie bei der Überarbeitung zu berücksichtigen bitten. Handelt es sich beim Beizug einer unabhängigen kompetenten Aufsicht für die Ziehung einer Stichprobe um Auskünfte oder Zeugnis von Drittpersonen oder um ein Gutachten von Sachverständigen? Wie wird eine unabhängige kompetente Aufsicht definiert? Muss es sich dabei um eine renommierte Revisionsgesellschaft handeln? Wie verträgt sich diese (kostenrelevante) "Delegation der Beweisabnahme" durch den Richter bzw. die Behörde an den Beweispflichtigen mit dem Untersuchungsgrundsatz, der im Verwaltungsverfahren gilt?

Anforderung 17

Die Verpflichtung zur Vorlage von Belegen, Verträgen, Offerten etc. für die effektiv bezahlten Preise der letzten 5 Jahre zur Herleitung der im Kostenmodell erfassten Daten ist unverhältnismässig. Aufgrund des raschen technologischen Wandels im Telekommunikationssektor hat diese Art von Unterlagen nach 12 Monaten praktisch keine Aussagekraft mehr. Wir beantragen deshalb, die Anforderung entsprechend zu ändern.

Anforderung 18

Die „*Vielzahl der möglichen Einflussfaktoren*“ ist ausgesprochen unbestimmt. Damit die praktische Ausgestaltung klar ist, sollten sie in Anhang 3 präzisiert werden. Ansonsten sollten die letzten beiden Sätze dieser Anforderung gestrichen werden.

9 Fehlende Übergangsbestimmung für hängige Verfahren

Art. 71 Abs. 3 des FDV-Entwurfes regelt die materielle Rechtsfolge, falls die kostenorientierte Preisgestaltung nicht nach den Vorschriften von Anhang 3 nachgewiesen werden kann. Angesichts dieser einschneidenden Rechtsfolge und der detaillierten Vorschriften von Anhang 3 (zumindest in der vorliegenden Form), ist eine Übergangsbestimmung für die laufenden Verfahren vorzusehen. Diese sind nach bisherigem Recht abzuwickeln. Es wäre stossend, wenn Swisscom in den zurzeit noch hängigen Interkonkktionsverfahren nach bisherigem Recht Beweis führen müsste; die Frage, ob die Kostenorientierung der Preise glaubhaft gemacht worden ist, dann aber nach Anhang 3 beurteilt würde, wenn das Verfahren nicht vor dessen Inkrafttreten abgeschlossen werden kann. Würde auf eine solche Übergangsbestimmung verzichtet, würde dies im Übrigen zu einer Verlängerung der hängigen Interkonkktionsverfahren führen, müsste doch Swisscom nachträglich noch die Gelegenheit zur allfälligen Nachbesserung der Beweisführung im Sinne des Anhangs 3 gewährt werden. Eine derartige Verlängerung der hängigen Interkonkktionsverfahren dürfte weder im Interesse der Parteien noch im öffentlichen Interesse liegen.

Empfänger/in ComCom
Seite 10

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen und stehen für Fragen und Erläuterungen jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Swisscom AG

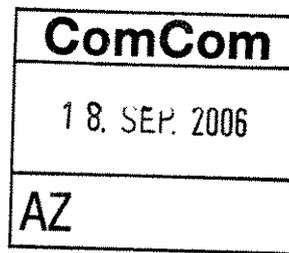


Dr. Philip Kübler
General Counsel / Rechtsanwalt



Hans Ulrich Joss
Senior Counsel / Fürsprecher

Beilage: Auszug aus der Stellungnahme von Swisscom vom 15.9.2006 zur Revision der Ausführungsverordnungen zum FMG



Auszug aus der Stellungnahme von Swisscom vom 15.9.2006 zur Revision der Ausführungsverordnungen zum FMG

11.14 Vorsorgliche Massnahmen und Zugangsverfügung (Art. 68 und 71)

11.14.1 Dispositionsmaxime

Bei Streitigkeiten über den Zugang entscheidet die ComCom auf Gesuch hin und nicht von Amtes wegen (Art. 11a Abs. 3 FMG). Sie ist mit andern Worten bei ihren Entscheiden an die Begehren der Parteien gebunden¹. Dem widersprechen teilweise Art. 68 des FDV-Entwurfes und Art. 71 Abs. 2 des FDV-Entwurfes, soweit sie der ComCom erlauben, von Amtes wegen zu verfügen. So können vorsorgliche Massnahmen nur auf Begehren einer Partei verfügt werden und über Zugangspreise hat die ComCom nur zu entscheiden, wenn und soweit diese strittig sind.

11.14.2 Glaubhaftmachen statt Nachweisen der Kostenorientierung der Preise

Art. 71 Abs. 3 des FDV-Entwurfes enthält eine Beweislastregel, die festhält, dass eine marktbeherrschende Anbieterin von Fernmeldediensten die Beweislast für die kostenorientierte Preisgestaltung zu tragen hat. Der Verordnungstext verwendet in diesem Zusammenhang den Begriff „nachweisen“. Damit wird das Beweismass angesprochen.

Nach der bundesrechtlichen Regel für das Beweismass (Regelbeweismass) gilt ein Beweis als erbracht, wenn das Gericht oder eine entscheidbefugte Behörde von der Richtigkeit einer Sachbehauptung so überzeugt ist, dass allfällige Zweifel als unerheblich erscheinen². Es wird also ein strikter Beweis gefordert.

Das Regelbeweismass ist jedoch nicht immer angebracht, und es wäre der Rechtsdurchsetzung hinderlich, wollte man es in allen Fällen anwenden³. Mittels einer Herabsetzung des Beweismasses soll verhindert werden, dass Rechtsansprüche aus Beweisschwierigkeiten, die typischerweise bei bestimmten Sachverhalten auftreten, nicht durchgesetzt werden können⁴.

Gesetzlich vorgesehen ist eine Herabsetzung des Beweismasses bspw. beim Schadensbeweis eines nicht ziffernmässig nachweisbaren Schadens bei der ausservertraglichen Haftung (Art. 42 Abs. 2 OR⁵) sowie beim Nachweis resp. der Bestreitung der Vaterschaft (Art. 256b Abs. 2 ZGB)⁶.

Ausnahmen vom Regelbeweismass, in denen eine überwiegende Wahrscheinlichkeit oder ein blosses Glaubhaftmachen als ausreichend betrachtet wird, ergeben sich jedoch nicht nur aus dem Gesetz selbst, sondern sind in weiteren Fällen durch Rechtsprechung und Lehre herausgearbeitet worden⁷.

So genügt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung⁸ eine überwiegende Wahrscheinlichkeit

¹ Vgl. Verfügung der ComCom vom 3.4.2001 i.S. TDC gegen Swisscom betreffend Interkonnektion (Mobilterminierung der Swisscom / Zuständigkeit und Anordnung von vorsorglichen Massnahmen), Ziff. 2.2.5

² Vgl. dazu BGE vom 14. September 2004, 4C.222/2004, E. 2; RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel/Frankfurt a.M. 1996, N 913; FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 279

³ Vgl. GYGI, a.a.O., S. 282.

⁴ Vgl. BGE 128 III 271, 275 E. 2b/aa; PETER SUTTER, Die Beweislastregeln unter besonderer Berücksichtigung des verwaltungsrechtlichen Streitverfahrens, Diss. St. Gallen 1988, S. 55; GYGI, a.a.O., S. 282 f.

⁵ Vgl. dazu BSK-SCHNYDER, N 11 zu Art. 42 OR.

⁶ Vgl. BGE 128 III 271, 275 E. 2b/aa.

⁷ Vgl. BGE 128 III 271, 275 E. 2b/aa.

- für den Beweis für den Wert einer Liegenschaft in einem bestimmten Zeitpunkt;
- für den Beweis für die Anzahl geleisteter Überstunden;
- für den Eintritt des Versicherungsfalles;
- für den Beweis des natürlichen bzw. hypothetischen Kausalzusammenhangs.

Auch im verwaltungsrechtlichen Bereich hat die Rechtsprechung eine Herabsetzung des Beweismasses angenommen, so im Sozialversicherungsrecht, wo - sofern das Gesetz nichts Abweichendes vorsieht - eine überwiegende Wahrscheinlichkeit als ausreichend erachtet wird⁸.

Im Entscheid BGE 128 III 271 bejaht das Bundesgericht die analoge Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR in Bezug auf die Schätzung des Ferienentschädigungsanspruchs, da der genaue Umfang der nicht in natura bezogenen Ferien nicht festgestellt werden konnte.

Eine Herabsetzung des Beweismasses setzt gemäss Rechtsprechung und Lehre voraus, dass ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist. Die Herabsetzung des Beweismasses darf im Ergebnis nicht zu einer Umkehr der Beweislast führen. Die beweispflichtige Partei hat alle Umstände, die für die Verwirklichung des behaupteten Sachverhalts sprechen, soweit möglich und zumutbar zu behaupten und zu beweisen¹⁰.

Ein Herabsetzen der Beweisanforderung auf blosser Wahrscheinlichkeit ist insbesondere für den Fall, in dem zukünftige und hypothetische Tatsachen bewiesen werden müssen, angezeigt¹¹. Denn gerade hier besteht die Gefahr, dass ein vom Gesetzgeber gewährter Rechtsanspruch aufgrund von Beweisproblemen illusorisch gemacht wird.

Der von einer marktbeherrschenden Anbieterin von Fernmeldediensten im Verfahren nach Art. 11a Abs. 1 FMG zu erbringende „Nachweis“ der Kostenorientierung basiert unausweichlich auf Annahmen und Hypothesen. Zur Erstellung des verlangten Kostenmodells sind zwingend Ermessensentscheide im Sinne eines Sachverhaltsermessens (nicht Rechtsfolgeermessens) notwendig. So ist den Ausführungen des Bundesgerichtes in den neuesten Entscheiden zu den Interkonnectionspreisen¹² zu entnehmen, dass Kostenorientierung nicht Kostengleichheit bedeutet¹³. Kostenorientierte Preise verlangen lediglich eine Annäherung an die tatsächlichen Kosten und nicht eine Identität mit denselben. Daher sind verschiedene Methoden zur Annäherung an kostenorientierte Preise möglich¹⁴. Zudem darf eine marktbeherrschende Anbieterin auch einen Gewinn erzielen, der aber nicht übermässig sein darf¹⁵. Die Berechnung der Interkonnectionspreise bringt daher Pauschalierungen mit sich, die zwar möglichst gering zu halten, aber als unvermeidlich in Kauf zu nehmen sind¹⁶. Das Beweismass des strikten Beweises ist daher nicht angebracht. Angezeigt ist diesem Fall, in dem hypothetische Tatsachen bewiesen werden müssen, vielmehr eine Herabsetzung des Beweismasses aufgrund sachlogischer Beweisschwierigkeiten¹⁷. Mehr als eine Glaubhaftmachung der Kostenorientierung

⁸ Vgl. dazu BGE 128 III 271, 276 E. 2b/aa.

⁹ Vgl. BSK-SCHMID, N 19 zu Art. 8 ZGB; BGE 121 V 204, 208 E. 6b.

¹⁰ S. BGE 128 III 271, 276 E. 2b/aa.

¹¹ Vgl. BK-KUMMER, N. 211 zu Art. 8 ZGB.

¹² BGE 2A.451/2005 und 2A.450/2005

¹³ BGE 2A.451/2005, E. 2.3.2

¹⁴ BGE 2A.451/2005, E. 5.4

¹⁵ BGE 2A.451/2005, E. 2.3.2

¹⁶ BGE 2A.451/2005, E. 2.3.3

¹⁷ Vgl. zum Begriff der sachlogischen Beweisschwierigkeiten: MARTIN KAUFMANN, Bewiesen? Gedanken zu Beweislast - Beweismass - Beweiswürdigung, S. 1199 ff., S. 1207 Ziff. 6.

der Preise kann nicht verlangt werden. Dies bedingt eine entsprechende Anpassung der Beweislastregelung von Art. 71 Abs. 3 FDV.

11.14.3 Verletzung des Rechts auf Beweis bzw. des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung

Nach Art. 71 Abs. 3 des FDV-Entwurfes kommen die in dieser Bestimmung geregelten Folgen der Beweislosigkeit dann zur Anwendung, wenn die verpflichtete Anbieterin die Einhaltung der Kostenorientierung „nach den Vorschriften, welche die Kommission gestützt auf Art. 11a Abs. 4 FMG erlassen hat, nicht nachweisen“ kann. Nach Auffassung von Swisscom verletzt diese Bestimmung das Recht auf Beweis sowie den im öffentlichen recht geltenden Grundsatz der freien Beweiswürdigung.

Art. 29 Abs. 2 BV (Anspruch auf rechtliches Gehör) vermittelt der Partei – ebenso wie Art. 6 EMRK – das Recht auf Beweis. Die betroffene Partei hat das Recht, erhebliche Beweise beizubringen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern. Der Anspruch umfasst als Mitwirkungsrecht somit alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann¹⁸.

Art. 19 VwVG verweist für das Beweisverfahren auf die Regeln des BZP. Art. 40 BZP schreibt den Grundsatz der freien Beweiswürdigung vor. Dieser besagt, dass die urteilende Behörde die Beweise frei von Beweisregeln, nach ihrer Überzeugung würdigt¹⁹. Nach der neueren Prozessrechtslehre wird der Grundsatz der freien Beweiswürdigung als Würdigungs- und Verwertungsfreiheit verstanden, die den Richter einerseits von der Beachtung der Beweiskraftvorschriften entbindet und andererseits die Freiheit des Richters enthält, über die Zulässigkeit eines Beweismittels im konkreten Fall „gemäss wertendem Entscheid“ zu befinden (keine Geltung von Beweisverboten)²⁰.

In einem neuen Anhang 3 zur Verordnung der ComCom betreffend das Fernmeldegesetz soll explizit festgelegt werden, in welcher Form ein bestimmter Sachumstand zu beweisen ist. Sollte der Beweis mittels der festgelegten Beweismittel – aus irgend einem Grund – nicht möglich sein, mittels anderer Beweismittel hingegen schon, wäre die Konsequenz der starren Regel von Art. 71 Abs. 3 Satz 1 FDV, dass die beweisbelastete Anbieterin von Fernmeldediensten nicht zum Beweis zugelassen würde. Dadurch würde einerseits in das verfassungsmässige Recht auf Beweis eingegriffen. Andererseits würde auch der Grundsatz der freien Beweiswürdigung im Sinne einer Würdigungs- und Verwertungsfreiheit verletzt²¹.

Das FMG enthält jedoch keine gesetzliche Grundlage für diese Folge. Art. 11a Abs. 4 FMG ermächtigt zwar die ComCom, Art und Form der Rechnungslegungs- und Finanzinformationen zu regeln, welche eine marktbeherrschende Anbieterin von Fernmeldediensten in einem Verfahren nach Art. 11a Abs. 1 FMG vorlegen muss. Damit soll aber lediglich die Arbeit der ComCom erleichtert werden²². Eine Ermächtigung zum Eingriff in das Recht auf Beweis und zur Verdrängung der freien Beweiswürdigung kann daraus nicht abgeleitet werden. Dies umso weniger, als nicht ersichtlich ist, aus welchen Gründen eine solche Folge verhält-

¹⁸ Vgl. BGE 119 Ia 260, 261 E. 6a; 117 Ia 262, 268 E. 4b; SABINE KOFMEL EHRENZELLER, Das Recht auf Beweis im Zivilverfahren – ein Überblick unter besonderer Berücksichtigung der neuen Bundesverfassung, in: Christoph Leuenberger (Hrsg.), Der Beweis im Zivilprozessrecht, Bern 2000, S. 139ff.

¹⁹ Vgl. RHINOW/KOLLER/KISS, a. a. O., Rn. 914; WALTHER J. HABSCHIED, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Aufl., Basel 1990, Rn. 558.

²⁰ Vgl. ALFRED BÖHLER, Die Beweiswürdigung, in: Christoph Leuenberger (Hrsg.), Der Beweis im Zivilprozessrecht, Bern 2000, S. 71 ff.; OSCAR VOGEL/KARL SPÖHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 8. Aufl., Bern 2006, 10 Rn. 65 f.

²¹ Kofmel Ehrenzeller hält dafür, die Frage nach der Zulässigkeit eines bestimmten Beweismittels sei nicht primär eine Frage der freien Beweiswürdigung, sondern eine Frage des Rechts auf Beweis, S.142.

²² BBl 2003 7970

nismässig sein sollte. Die Beurteilung hypothetischer Sachverhaltselemente bringt mit sich, dass der Entscheid im Rahmen einer Ermessensausübung getroffen werden muss²³. Dies ist jedoch nicht mehr in zweckmässiger Weise möglich, wenn gleichzeitig eine Beweismittelbeschränkung erfolgt, was verhindern würde, dass der Entscheid unter Würdigung aller relevanten Umstände zustande kommt.

Diese Auslegung von Art. 11a Abs. 4 FMG steht im Einklang mit den anderen verfahrensrechtlichen Beschlüssen im Rahmen der Revision des FMG. Das Parlament hat nämlich sämtliche Versuche, verfahrensrechtliche Standards einzuschränken, konsequent abgelehnt. So wurde z.B. ein Antrag, der den Bundesrat ermächtigen wollte, zur Beschleunigung der Zugangsverfahren Verfahrensgarantien des VwVG einzuschränken, verworfen²⁴. Ebenso wurde dem Versuch, für fernmelderechtliche Entscheide generell einen einstufigen Rechtsschutz einzuführen, eine klare Absage erteilt²⁵.

Auf die in Art. 71 Abs. 3 FDV vorgeschlagene Einschränkung ist aus diesen Gründen zu verzichten.

11.14.4 Folgen der Beweislosigkeit

Swisscom ist der Ansicht, dass die Bestimmung kostenorientierter Preise wie bisher in erster Linie anhand der Kostenberechnungen der verpflichteten Anbieterin erfolgen muss. Falls die Kostenberechnungen der verpflichteten Anbieterin für die ComCom nicht nachvollziehbar sind, greifen in der sachlogischen Abfolge eigene Preis- und Kostenmodellierungen oder andere geeignete Methoden der ComCom. Die Art und Weise, wie markt- und branchenübliche Vergleichswerte in der Telekommunikationsbranche erstellt werden, hat in der Regel massive finanzielle Konsequenzen für die verpflichtete Anbieterin²⁶. Daher sind markt- und branchenübliche Vergleichswerte erst als ultima ratio anzuwenden (Verhältnismässigkeitsprinzip).

Diese Vorgehensweise entspricht im Übrigen auch der bisherigen Praxis der ComCom, die jeweils zuerst die Kostenberechnungen von Swisscom überprüfte und fallweise auf andere geeignete Hilfsmittel zurückgriff (z.B. sog. Plausibilitätstabellen). Nach Auffassung von Swisscom sollte diese Praxis in der FDV festgeschrieben werden.

11.14.5 Umsetzung von Art. 11a Abs. 1 Satz 2 FMG

Gemäss Art. 11a Abs. 1 Satz 2 FMG muss die ComCom beim Erlass einer Zugangsverfügung die Bedingungen, die einen wirksamen Wettbewerb fördern, sowie die Auswirkungen ihres Entscheides auf konkurrierende Einrichtungen berücksichtigen. Im Zentrum der parlamentarischen Debatte über die Revision des FMG stand die Frage der Auswirkungen der Zugangsregulierung auf Investitionen und Innovationen. Mit Art. 11a Abs. 1 Satz 2 FMG wollte der Gesetzgeber allfällige negative Auswirkungen der Preisregulierung vermeiden. Eine Preisregulierung hat regelmässig Auswirkungen auf den Gesamtmarkt und trifft dementsprechend nicht nur die regulierte Anbieterin, sondern auch die anderen Anbieterinnen, die in diesem Markt tätig sind oder tätig sein könnten. Eine Preisregulierung, welche die vorherrschenden Marktpreise unterschreitet, birgt grosse Risiken in sich. Sie bestraft Investoren und beeinträchtigt die weitere Entwicklung des Marktes:

²³ Vgl. dazu die Ausführungen in Ziffer 11.14.2 dieser Stellungnahme

²⁴ AB 2005 S 523 f.

²⁵ Vgl. BBl 2003 1757f. und 1822 sowie AB 2004 N S. 427 ff (Antrag Bezzola zu Art. 61 FMG) und Art. 83 Bst. p des Bundesgerichtsgesetzes (BBl 2006 3635)

²⁶ Die Art und Weise wie das Vergleichsmarktkonzept in der Telekommunikationsbranche angewendet wird, ist fragwürdig. Oftmals werden Märkte verglichen, die Unterschiede aufweisen, ohne dass nationale Faktoren herausgefiltert werden (Mani Reinert, Preisgestaltung, in: Geiser/Krauskopf/münch, Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Rz 4.207f).

- **Strafe für Investoren:** Staatlich regulierte Preise in einem funktionierenden Infrastrukturwettbewerb, die unter dem Marktpreisniveau liegen, bewirken eine Wertvernichtung auf dem gesamten Markt. Eine solche Wertvernichtung kann die Amortisation von bereits getätigten Investitionen gefährden und bestraft damit diejenigen, die in diesen Markt investiert haben.
- **Beeinträchtigung der Marktentwicklung:** Mit den heutigen Erträgen aus den vorherrschenden Marktpreisen werden auch die in Zukunft notwendigen Investitionen finanziert. Mit der Preisregulierung unterhalb der Marktpreise werden jedoch die Investitionsentscheide negativ beeinflusst, da die Ertragsaussichten der Investitionen geschmälert werden. Folge davon sind abnehmende Infrastrukturinvestitionen; d.h. Netze werden bspw. nicht mehr auf dem neusten Stand der Technik gehalten, was dazu führt, dass die Marktbedürfnisse (im Vergleich zur Situation ohne „scharfe“ Preisregulierung) nicht mehr befriedigt werden. Eingriffe ins Preisgefüge beeinträchtigen sodann nicht nur bestehende Infrastrukturen sondern Investitionen in neue Infrastrukturen und damit vor allem auch die Verbreitung moderner Technologien. Darunter leidet schliesslich der gesamte Innovationswettbewerb was zu abnehmender Konkurrenz und schliesslich zu einer Verschlechterung des Angebots im gesamten Markt führt²⁷.

11.14.6 Änderungsantrag

Aus diesen Gründen beantragt Swisscom für Art. 68 und 71 FDV die folgenden Änderungen:

Art. 68, 71 Abs. 2 und 3 sowie 71a (neu)

Art. 68

Nach Einreichung des Gesuchs kann die **Kommission auf** Begehren einer Partei vorsorgliche Massnahmen verfügen, um den Zugang während des Verfahrens sicherzustellen.

Art. 71 Abs. 2 und 3

²Die Kommission entscheidet **im Rahmen der Anträge der Parteien über die Bedingungen des Zugangs.**

²**Sie berücksichtigt dabei die Bedingungen, die einen wirksamen Wettbewerb fördern sowie die Auswirkungen der Zugangsverfügung auf Einrichtungen, die nicht von der marktbeherrschenden Anbieterin kontrolliert werden und über die den Endkunden vergleichbare Fernmeldedienste angeboten werden.**

³**Der wirksame Wettbewerb wird dann gefördert, wenn drahtlose und drahtgebundene Kommunikationsnetze, über welche Fernmelde- und Rundfunkdienste angeboten werden, entstehen und wirtschaftlich betrieben werden können.**

²⁷ Eine Analogie hierzu wäre, wenn der Staat den Brotpreis von heute 4 auf 2 Franken regulieren würde. Die tieferen Brotpreise wären aus Konsumentensicht natürlich zu begrüssen; bloss wäre zu diesem Höchstpreis gar keine Bäckerei mehr gewillt, Brot zu verkaufen, da sie mit den Einnahmen weder ihre Kosten decken, noch Gewinne für zukünftige Investitionen erwirtschaften könnte. Die ursprünglich gut gemeinte Idee würde letztlich dazu führen, dass kein Brot mehr angeboten würde.

Art. 71a Preisverfügung

Kann die verpflichtete Anbieterin die Einhaltung der Kostenorientierung der Preise nicht glaubhaft machen, so bedient sich die Kommission bei der Preisverfügung eigener Preis- und Kostenmodellierungen oder anderer geeigneter Methoden. Falls keine solchen Berechnungen oder Methoden verfügbar sind, verfügt die Kommission auf Grund von markt- und branchenüblichen Vergleichswerten.

Sollte dem Änderungsantrag betreffend Art. 71 Abs. 3 des FDV-Entwurfes, d.h. dem beantragten Art. 71a FDV, wider Erwarten nicht entsprochen werden, müsste in der FDV für die zum Zeitpunkt ihres Inkrafttretens hängigen Interkonkktionsverfahren eine **Übergangsbestimmung** vorgesehen werden. Art. 71 Abs. 3 des FDV-Entwurfes regelt die materielle Rechtsfolge, falls die kostenorientierte Preisgestaltung nicht nach den Vorschriften des vorgeschlagenen Anhangs 3 der ComCom-Verordnung nachgewiesen werden kann. Angesichts dieser einschneidenden Rechtsfolge und der detaillierten Vorschriften von Anhang 3, ist eine Übergangsbestimmung für die noch hängigen Interkonkktionsverfahren vorzusehen. Diese sind nach bisherigem Recht abzuwickeln. Es wäre stossend, wenn Swisscom in diesen Verfahren nach bisherigem Recht Beweis führen müsste, die Frage, ob der Nachweis der Kostenorientierung der Preise erbracht worden ist, dann aber nach dem Anhang 3 beurteilt würde. Würde auf eine solche Übergangsbestimmung verzichtet, hätte dies eine Verlängerung der dannzumal noch hängigen Interkonkktionsverfahren zur Folge, müsste doch Swisscom nachträglich noch die Gelegenheit zur Nachbesserung der Beweisführung im Sinne der erwähnten ComCom-Vorschriften gewährt werden. Eine derartige Verlängerung dieser Interkonkktionsverfahren dürfte weder im Interesse der Parteien noch der Öffentlichkeit liegen.