



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 **Tele2 Telecommunication Services AG,**
Hardturmstrasse 185, 8037 Zürich

Gesuchstellerin

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

Gesuchsgegnerin

betreffend **Bedingungen der Interkonnektion**

Hinweis: Ebenfalls am 9.10.2008 hat die ComCom je einen Entscheid in den beiden Zugangsverfahren Verizon bzw. Sunrise vs. Swisscom betreffend Interkonnektion gefällt. Dabei waren jedoch keine weitergehenden materiellen Rechtsfragen zu beantworten als in der vorliegenden, publizierten Verfügung. Von den Entscheiden in den beiden Zugangsverfahren Verizon bzw. Sunrise vs. Swisscom werden deshalb auf der ComCom-Website nur die Dispositive veröffentlicht, welche die behördlich verfügbaren Interkonnektionspreise aufzuführen. Vor Bundesverwaltungsgericht ist eine Beschwerde gegen Ziffer 4 und einzelne Tarife in Ziffer 3 des Entscheiddispositivs des vorliegenden Entscheides hängig, so dass der Entscheid in diesen Punkten noch nicht rechtskräftig ist (Stand: 25. August 2009).



Inhaltsverzeichnis

I	Prozessgeschichte	5
II	Erwägungen	11
1	Verfahrensvoraussetzungen, Teilverfügung	11
1.1	Allgemein	11
1.2	Zuständigkeit	11
1.3	Verfahrensgegenstand.....	13
1.3.1	Allgemeines	13
1.3.2	Anträge der Parteien.....	13
1.3.3	Teilverfügung	14
1.3.4	Zwischenfazit	15
1.4	Rechtsschutzinteresse	15
1.5	Formular zur Marktbeherrschung.....	16
1.6	Einigungsangebot	16
1.7	Fazit.....	17
2	Pflicht zur Gewährung des Zugangs, Marktbeherrschung	17
2.1	Pflicht zur Gewährung des Zugangs in Form von Interkonnektion	17
2.2	Marktbeherrschung, Allgemeines.....	18
2.3	Bestrittene Marktbeherrschung	19
2.3.1	Supplementary Services for Preselection.....	19
2.3.1.1	Carrier Preselection, Allgemeines.....	19
2.3.1.2	Gutachten Weko zur Marktbeherrschung	21
2.3.1.3	Beurteilung der Marktbeherrschung.....	22
2.3.2	Transit to [...] Access Services (TAS)	22
2.3.2.1	Transitdienste, Allgemeines	23
2.3.2.2	Gutachten Weko zur Marktbeherrschung	23
2.3.2.3	Beurteilung der Marktbeherrschung.....	24
3	Nachweis kostenorientierter Preise	25
3.1	Kostennachweis in formeller Hinsicht	25
3.1.1	Gesetzliche Grundlagen	25
3.1.2	Kostennachweis 2004 - 2006, Plausibilitätstabellen.....	26
3.1.3	Kostennachweis 2007 – 2008, Kostenmodell Cosmos	27
3.1.4	Beurteilung des Kostennachweises in formeller Hinsicht	29
3.1.4.1	Plausibilitätstabellen für die Jahre 2004 – 2006	29
3.1.4.2	Kostenmodell Cosmos für die Jahre 2007 - 2008.....	30
3.1.5	Fazit	30



3.2	Kostennachweis in materieller Hinsicht	31
3.2.1	Gesetzliche Grundlagen	31
3.2.2	Modell der bestreitbaren Märkte (Contestable Markets)	32
3.2.3	Berechnung der Kosten auf aktueller Basis (Forward Looking)	32
3.2.4	Beurteilung des Kostennachweises in materieller Hinsicht	33
4	Überprüfung der Preisfestsetzung	34
4.1	Nutzungsabhängige Dienste (Usage Charges)	35
4.1.1	Abweichungen und Differenzen	36
4.1.2	Höhe der Investitionen	36
4.1.2.1	Investitionen in Vermittlungstechnik: Anpassungsbedarf 2004 - 2006	37
4.1.2.2	Investitionen in Vermittlungstechnik: Anpassungsbedarf 2007 - 2008	39
4.1.2.3	Investitionen in Übertragungstechnik: Anpassungsbedarf 2004 - 2006	39
4.1.2.4	Investitionen in Übertragungstechnik: Anpassungsbedarf 2007-2008	40
4.1.2.5	Investitionen in Linientechnik: Anpassungsbedarf 2004 - 2006.....	40
4.1.2.6	Investitionen in Linientechnik: Anpassungsbedarf 2007-2008.....	41
4.1.2.6.1	Beilauf	41
4.1.2.6.2	Anpassungen Schächte.....	43
4.1.2.6.3	Anpassungen NPK 233.113 und NPK 242.103.	43
4.1.2.6.4	Anpassungen der Preise für Werkleitungs- und Belagsbau.	44
4.1.2.6.5	Kupferpreis und Kupferkabelpreis.	45
4.1.2.6.6	Anpassung Regieanteil.....	46
4.1.2.6.7	Anpassung Ingenieurhonorar	47
4.1.2.7	Investitionen in Supportsysteme: Anpassungsbedarf 2004 - 2006.....	48
4.1.2.8	Investitionen in Supportsysteme: Anpassungsbedarf 2007-2008.....	49
4.1.3	Abschreibungsdauern für das physische Festnetz.....	50
4.1.3.1	Anpassungsbedarf 2004 - 2006	51
4.1.3.2	Anpassungsbedarf 2007 - 2008	54
4.1.4	Preisänderungsraten.....	56
4.1.4.1	Anpassungsbedarf 2004-2006	56
4.1.4.2	Anpassungsbedarf 2007-2008	56
4.1.4.2.1	Preisänderungsraten der Tiefbauleistungen	57
4.1.4.2.2	Preisänderungsraten der Kupferkabel	58
4.1.5	Kapitalkostensatz (WACC)	59
4.1.5.1	Anpassungsbedarf 2004-2006	60
4.1.5.2	Anpassungsbedarf 2007 - 2008	62
4.1.5.2.1	Berechnung der CAPM-Rendite	63
4.1.5.2.1.1	Der Risikofaktor Beta	63
4.1.5.2.1.2	Der risikolose Zinssatz.....	65
4.1.5.2.1.3	Die Marktrisikoprämie	65
4.1.5.2.1.4	Die durchschnittliche Markttrendite.	66
4.1.5.2.1.5	Der langfristige risikolose Zinssatz.	66
4.1.5.2.1.6	Ergebnis.....	67
4.1.5.2.2	Berechnung des Fremdkapitalkostensatzes	67
4.1.5.2.3	Massgebliche Steuerbelastung.....	68
4.1.5.2.4	Fremdfinanzierungsgrad.....	68
4.1.5.2.5	Ergebnis	68
4.1.6	Betriebskosten	69
4.1.6.1	Anpassungsbedarf 2004-2006	70



4.1.6.2	Anpassungsbedarf 2007-2008	71
4.1.6.2.1	Dienstleistungskosten (direkte Betriebskosten)	72
4.1.6.2.2	Projektkosten.....	72
4.1.6.2.3	Overhead und Corporate Overhead (Gemeinkosten)	72
4.1.7	Miete für Technikfläche.....	75
4.2	Nutzungsunabhängige Dienste (Non Usage Charges).....	76
4.2.1	Anpassungsbedarf 2004-2006.....	76
4.2.1.1	Abweichungen und Differenzen	76
4.2.1.2	Kostenarten	76
4.2.1.2.1	Stundensatz.....	77
4.2.1.2.2	Prozesskosten	77
4.2.1.2.3	Plattformkosten.....	77
4.2.1.2.4	Supportsysteme (OSS/BSS).....	78
4.2.1.2.5	Verwaltungs- und Vertriebsgemeinkosten	78
4.2.1.3	Interconnect Voice Services.....	78
4.2.1.4	Nummernimplementierung	78
4.2.1.5	CPS Activation und CPS Relocation	79
4.2.2	Anpassungsbedarf 2007-2008.....	79
4.2.2.1	Anpassungen bei den Prozesszeiten für Interkonnektion nur im Jahr 2007.....	80
4.2.2.2	Interconnect Voice Services.....	80
4.2.2.3	Weitere Anpassungen	80
4.2.3	Anpassungsbedarf 2004-2008.....	81
4.2.3.1	Supplementary Services for Carrier Preselection	81
4.2.3.2	Operator Number Portability (ONP)	82
4.3	Ergebnis	82
5	Weitere Interkonnektionsbedingungen	83
5.1	Drittwirkungsklausel	83
5.1.1	Diskriminierungsverbot	84
5.1.2	Vertragsregelung	84
5.1.3	Betroffene Parteien	85
5.1.4	Preiserhöhungen.....	85
5.1.5	Zeitliche Beschränkung	86
5.1.6	Verzinsung	86
5.1.7	Rechtsfolgen	87
5.2	Kündigung einzelner Dienste.....	87



I Prozessgeschichte

Mit Datum vom 19. Mai 2004 reichte Tele2 Telecommunication Services AG beim Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) zuhanden der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom) ein Gesuch um Erlass einer Zugangsverfügung gegen Swisscom (Schweiz) AG (vormals Swisscom Fixnet AG) ein und stellt folgende Anträge:

1. Feststellung von Interkonnectionspreisen

- 1.1 *Es seien im Verhältnis zwischen der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin mit Wirkung ab 1. Januar 2000 für sämtliche gemäss zwischen den Parteien jeweils in ihrer aktuellen Form geltenden Verträge und Swisscom Service Descriptions erbrachten und der Regulierung unterliegenden Interkonnectionsdienstleistungen (soweit diese kostenorientiert angeboten werden müssen) kostenorientierte (LRIC) Preise im Sinne von Art. 45 FDV festzusetzen (entsprechend den Verfügungen der Eidgenössischen Kommunikationskommission vom 6.11.2003 betreffend LRIC Preisen bzw. einem gestützt darauf ergangenen Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts).*
- 1.2 *Jedenfalls seien die kostenorientierten (LRIC) Preise für die Gesuchstellerin rückwirkend vom 1. Januar 2004 bis zur Rechtskraft des Entscheides festzulegen.*
- 1.3 *Die Gesuchstellerin [recte: Gesuchsgegnerin] sei zu verpflichten, rückwirkend entsprechend abzurechnen und inskünftig entsprechend anzubieten.*

2. Verfügung von Interkonnectionsbedingungen

Es seien mit Wirkung ab Rechtskraft der Verfügung durch die Eidgenössische Kommunikationskommission zu den folgenden Punkten des Vertrags der Swisscom vom 1. Mai 2003 samt den dort aufgeführten integrierenden Vertragsbestandteilen die massgeblichen Bedingungen zu verfügen:

- a) *Preisanpassungen bei Behördenentscheiden auf Begehren eines Dritten treten nach dem Grundsatz der Meistbegünstigung auf den gleichen Zeitpunkt in Kraft wie gegenüber dem Dritten.*
- b) *In Abweichung von Art. 5.3 der ‚Wholesale Terms & Conditions‘ gilt der gesetzliche Verzugszins von derzeit 5%.*
- c) *Ohne dass dabei die Gültigkeit des Vertrages als solche tangiert wird, kann jede Partei auch einzelne Dienste unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Monaten jeweils auf Ende eines Monats kündigen.*

3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten Gesuchsgegnerin.

Zur Begründung führte die Gesuchstellerin insbesondere aus, die Parteien hätten per 1. Mai 2003 einen neuen Vertrag betreffend Verbindung von Fernmeldeanlagen und -diensten abgeschlossen. Mit Schreiben vom 29. September 2003 habe die Gesuchsgegnerin die neuen Preise offeriert, welche von der Gesuchstellerin zunächst nicht bestritten worden seien. Am 23. Dezember 2003 habe die Gesuchstellerin den Vertrag per 31. März 2004 jedoch gestützt auf die im Vertrag geregelte dreimonatige Kündigungsfrist gekündigt. Die Kündigung sei vorab deshalb erfolgt, weil der Gesuchstellerin aus dem



publizierten Entscheid der ComCom vom 6. November 2003 i.S. MCI Worldcom erstmals zur Kenntnis gelangt sei, dass die von der Gesuchsgegnerin offerierten Preise nicht kostenorientiert seien. Mangels Einblick in die Preisbildung habe die Gesuchstellerin die Kostenorientiertheit der Preise nicht selbst überprüfen können. Unter dem Aspekt des Diskriminierungsverbots habe die Gesuchstellerin Anspruch darauf, dass nicht nur für die künftigen Dienstleistungen, sondern rückwirkend mit Wirkung ab 1. Januar 2000 für sämtliche zwischen den Parteien vereinbarten Dienste kostenorientierte Preise festgesetzt werden.

Aufgrund der präjudiziellen Wirkung zweier vor Bundesgericht hängiger Verfahren verfügte die Instruktionsbehörde am 22. Juni 2004 die vorläufige Sistierung des Verfahrens.

Nachdem das Bundesgericht am 21. April 2006 in den Verfahren 2A.450-452/2005 entschieden hatte, wurde das Instruktionsverfahren am 17. August 2006 fortgesetzt und der Gesuchsgegnerin Gelegenheit gegeben, zum Interkonnektionsgesuch Stellung zu nehmen bzw. in Bezug auf die strittigen Interkonnektionsdienste den Kostennachweis für die Jahre 2004 bis 2006 zu erbringen. Dabei verwies die Instruktionsbehörde auf den Umstand, dass je nach Verfahrensdauer auch die Folgejahre Verfahrensgegenstand bilden könnten.

Am 28. September 2006 äusserte sich die Gesuchsgegnerin, nunmehr anwaltlich vertreten, zunächst zur Frage der Marktbeherrschung, die sie für verschiedene Dienste bestritt. Mit Eingabe vom 30. Oktober 2006 liess sie sich zu den übrigen Punkten des Interkonnektionsgesuchs vernehmen und reichte erste Informationen und Dokumentationen zum Kostennachweis für die Jahre 2004-2006 ein. Sie stellte insbesondere die folgenden Anträge:

1. Hauptbegehren:

Auf das Gesuch der Gesuchstellerin vom 19. Mai 2004 sei nicht einzutreten, soweit die Festlegung von Interkonnektionspreisen vor dem 1. April 2004 (Gesuchsanträge 1.1 und 1.2) und die Abrechnung (Gesuchsantrag 1.3) verlangt wird.

Eventualiter:

Das Gesuch der Gesuchstellerin vom 19. Mai 2004 sei abzuweisen, soweit die Festlegung von Interkonnektionspreisen vor dem 1. April 2004 (Gesuchsanträge 1.1 und 1.2) verlangt wird.

2. Für die folgenden Interkonnektionsdienste der Gesuchsgegnerin seien die Preise ab 1. April 2004 gestützt auf Art. 11 Abs. 1 und 3 FMG wie in Vernehmlassungsbeilage 1 [...] enthalten zu verfügen:

2.1 Verbindungsabhängige Gebühren (Usage Charges)

a) Terminating Services

- *Swisscom Fix Terminating Service*
- *Swisscom Emergency Termination Service*

b) Access Services

- *Swisscom Fix to Selected Carrier (PTS) Access Service*
- *Swisscom Fix to PTS UIFN Services Access Service*
- *Swisscom Fix to PTS Freephone Services Access Service*
- *Swisscom Publifon® to PTS Freephone Services Access Service*
- *Swisscom Publifon® to PTS Freephone Services Access Service, Variant A*
- *Swisscom Fix to PTS 090X Services Access Service*
- *Swisscom Fix to PTS 084X, 0878 Services Access Service*
- *Swisscom Fix to PTS 058X Services Access Service*
- *Swisscom Fix to PTS 0869 (VPN) Services Access Service*



2.2 Verbindungsunabhängige Gebühren (Non Usage Charges)

2.2.1 Einmalige Preise (Non Recurring Charges)

a) Swisscom Network Joining Service

- *Installation and testing*
 - *For the Swisscom Carrier System (maximum capacity 155 Mbit/s) and existing associated fibre pair / Separate offer for non existing fibre pairs (which have to be built) will be based on expense allowance*
 - *For the SAP to SAP "Virtual Carrier System"*
 - *For the Swisscom Lean Carrier System (maximum capacity 2 Mbit/s) and existing associated copper pair / Separate offer for non existing pairs (which have to be built) will be based on expense allowance*
 - *For each Swisscom Standard Network Joining Link E-1*
 - *For each Swisscom Standard Network Joining Link STM-1*
 - *For each Swisscom In-house Network Joining Link E-1*
 - *For each Swisscom Signalling Link*
 -
- *Cancellation Fee for cancellation before first anniversary of ready for service date*
 - *For the Swisscom Carrier System (maximum capacity 155 Mbit/s)*
 - *For the SAP to SAP "Virtual Carrier System"*
 - *For the Swisscom Lean Carrier System (2 Mb link)*
 - *For each Swisscom Standard Network Joining Link E-1*
 - *For each Swisscom Standard Network Joining Link STM-1*
 - *For each Swisscom In-house Network Joining Link E-1*
 - *For each Swisscom Signalling Link*
- *Cancellation Fee for cancellation after first anniversary and before second anniversary of ready for service date*
 - *For the Swisscom Carrier System (maximum capacity 155 Mbit/s)*
 - *For the SAP to SAP "Virtual Carrier System"*
 - *For the Swisscom Lean Carrier System (2 Mb link)*
 - *For each Swisscom Standard Network Joining Link E-1*
 - *For each Swisscom Standard Network Joining Link STM-1*
 - *For each Swisscom In-house Network Joining Link E-1*
 - *For each Swisscom Signalling Link*

b) SS7 Test

- *Network Acceptance Test (standard test producere)*
- *Network Acceptance Test (with routing through PTS switch)*
- *Network Implementation Test*
- *ISUP Confidence Test*
- *Test documentation*
- *Additional unexpected testing*

c) Interconnection Voice Services

- *Swisscom Terminating Service*
- *Swisscom to Selected Carriers (PTS) Access Service*
- *Swisscom Emergency Services Termination Service*
- *Swisscom Fix to PTS UIFN Services Access Service*
- *Swisscom to PTS INA VAS Access Service*
 - *Swisscom to PTS Freephone Services Access Service*
 - *Swisscom to PTS 090X Services Access Service*
 - *Swisscom to PTS 084X, 0878 Services Access Services*
 - *Swisscom to PTS 18XY Directory Enquiry Services Access Service*



- *Swisscom to PTS non INA VAS Access Services*
 - *Swisscom to PTS 058X Services Access Service*
 - *Swisscom to PTS 0869 Access Service*
- *PTS Number range implementation*
- *New PTS POP: Installation of all implemented Services for a new POP/SAP Joining Service*
- *Configuration and Testing for CCBS/MWI*

d) PTS Number Implementation

- *PTS Number Implementation per Access Area (Basel/Bellinzona/Bern/Biel/Chur/Fribourg/Genève/Lausanne/Luzern/Neuchatel/Olten/Rapperswil/St. Gallen/Sion/Thun/Winterthur/Zürich/Baden)*

e) Carrier Preselection

- *Activation Fee*
- *Relocation Fee*

2.2.2 Wiederkehrende Preise (Recurring Fixed Charges)

a) Network Implementation Service

- *Operation, maintenance and network management of one Swisscom Carrier System (max capacity 155 Mbit/s) and fibre pair*
- *Operation, maintenance and network management of one Swisscom Lean Carrier (max capacity 2 Mbit/s) and copper pair*
- *Operation, maintenance and network management of each Swisscom Network Joining Link*
- *Operation, maintenance and network management of each Swisscom Signalling Link*
- *Operation, maintenance and network management of each Swisscom Signalling Rout Set*
- *Operation, maintenance and network management of the SAP to SAP "Virtual Carrier System"*
- *Recurring Charge for CCBS/MWI*

3. Es sei Ziff. 3.2.4 des Interkonnektionsvertrags zwischen den Parteien wie folgt zu verfügen: Sollte die zuständige Behörde in einem ordentlichen Verfahren zwischen Swisscom Fixnet und einem Dritten die ab Rechtskraft der auf Gesuch von Tele2 vom 19. Mai 2004 ergangenen Verfügung geltenden Preise bezüglich einer oder mehrerer von diesem Vertrag betroffenen Dienstleistungen gestützt auf Art. 11 FMG neu festsetzen, so werden die entsprechenden Dienstleistungen reziprok zu den neuen Preisen ab dem Zeitpunkt des rechtskräftig festgesetzten Wirksamwerdens der neuen Preise im Drittverfahren erbracht. Eventuelle Rück- oder Nachzahlungen werden zum an diesem Tag gültigen 6-Monate CHF-LIBOR verzinst.

4. Soweit weitergehend sei das Gesuch abzuweisen.

5. Verfahrens Antrag: Das Verfahren sei bezüglich Nummernportabilität (ONP Routing Number Implementation, Transaction Cost for Single LINE [PSTN/ISDN], DDI and VAS) zu sistieren

unter Kostenfolge

Die Gesuchsgegnerin führte hierzu aus, die Zuständigkeit der ComCom zur Festlegung von Interkonnektionspreisen vor dem 1. April 2004 sei nicht gegeben. Bei diesen Forderungen aus dem vorbestandenem Vertrag handle es sich um eine Streitigkeit aus einer Interkonnektionsvereinbarung, für die die Zivilgerichte zuständig seien. Auch hinsichtlich der Rückwirkung der von Dritten erstrittenen Behör-



denentscheide habe zwischen den Parteien eine gültige Vereinbarung bestanden. Nach Massgabe der entsprechenden Vertragsklausel hätten die Parteien die Drittwirkung erst ab Rechtskraft des Entscheids vereinbart und damit die Rückwirkung ausdrücklich ausgeschlossen. Im Weiteren sei erst mit den Bundesgerichtsentscheiden vom 21. April 2006 eine rechtskräftige Konkretisierung der gesetzlichen Vorgaben zur Kostenorientiertheit von Interkonnectionspreisen vorgelegen, so dass diese Vorgaben noch nicht in die Preise der Jahre 2004 bis 2006 eingeflossen seien. Es werde deshalb beantragt, die neu berechneten Preise festzusetzen. Im Lichte der erwähnten Bundesgerichtsentscheide werde schliesslich auch eine neue Vertragsregelung betreffend Drittwirkung von Behördenentscheiden beantragt.

Die Instruktionsbehörde teilte der Gesuchsgegnerin am 15. November 2006 mit, dass sich das Verfahren auf Grund der fortschreitenden Dauer auch auf die Preise für den Zeitraum des Jahres 2007 erstrecken werde.

Mit Eingabe vom 1. Dezember 2006 änderte die Gesuchsgegnerin das in der Gesuchsantwort gestellte Rechtsbegehren ab, indem sie die Preise für diejenigen Dienstleistungen, welche die Gesuchstellerin in der massgeblichen Zeit gar nicht bezogen habe, von der Liste der ihrer Ansicht nach zu verfügbaren Preise strich.

Aufforderungsgemäss nahm die Gesuchstellerin mit Schreiben vom 12. Januar 2007 zur Frage des Rechtsschutzinteresses an nicht bezogenen Diensten Stellung. Sie erklärte, es bestünde an sämtlichen Rechtsbegehren ein schutzwürdiges Interesse.

Am 24. Januar 2007 teilte die Gesuchsgegnerin mit, sie bestreite die Zuständigkeit der ComCom, die Preise für den Zeitraum ab dem 1. Januar 2007 zu verfügen, und sie verlangte diesbezüglich eine anfechtbare Zwischenverfügung.

Im Rahmen der weiteren Instruktion fanden im März und April 2007 vier Instruktionstreffen zwischen Vertreterinnen und Vertretern des BAKOM sowie der Gesuchsgegnerin betreffend den Kostennachweis 2004-2006 statt.

Mit Zwischenverfügung vom 29. März 2007 stellte die ComCom fest, dass sie im vorliegenden Gesuchsverfahren zur Entscheidung über die Bedingungen für das Jahr 2007 zuständig sei.

Am 28. Juni 2007 gab die Gesuchstellerin im Rahmen einer Präzisierung ihres Rechtsbegehrens eine Liste mit denjenigen Dienstleistungen, für welche sie die Festsetzung kostenorientierter Preise beantragt, zu den Akten.

Mit Eingaben vom 5. respektive 29. Juni 2007 reichte die Gesuchsgegnerin den definitiv überarbeiteten Kostennachweis für die Jahre 2004-2006 ein.

Im Hinblick auf die Frage, ob der Gesuchsgegnerin im Bereich der Transitdienste eine marktbeherrschende Stellung zukommt, hat das BAKOM bei verschiedenen Adressatinnen eine Marktbefragung durchgeführt. Mit Schreiben vom 6. Juli 2007 ersuchte das BAKOM die Eidgenössische Wettbewerbskommission (Weko), zur Frage der Marktbeherrschung der Gesuchsgegnerin bei den Zusatzdiensten für die Wahl der Dienstleisterin durch Vorbestimmung (Supplementary Services for Preselection) und bei den Transitdiensten (Transit [...] to Access Services) Stellung zu nehmen.

In ihren beiden Gutachten vom 20. August 2007 kam die Weko zum Schluss, dass die Gesuchsgegnerin sowohl bei den Zusatzdiensten für die Wahl der Dienstleisterin durch Vorbestimmung (Supplementary Services for Preselection) als auch bei den Transitdiensten (Transit [...] to Access Services) als marktbeherrschende Anbieterin von Fernmeldediensten zu qualifizieren sei.

Mit Urteil vom 7. November 2007 wies das Bundesverwaltungsgericht die von der Gesuchsgegnerin gegen die Zwischenverfügung der ComCom vom 29. März 2007 erhobene Beschwerde ab.



Mit Schreiben vom 10. Dezember 2007 forderte das BAKOM die Gesuchsgegnerin auf, den Kostennachweis für die Preise der Jahre 2007 und 2008 der in Frage stehenden Interkonnectionsdienste einzureichen. Am 18. Dezember 2007 hat die Gesuchsgegnerin dem BAKOM ihr Kostenmodell Cosmos, mit welchem sie die Preise für ihre Dienstleistungen berechnet, auf einem separaten PC übergeben. Mit Datum vom 8. Februar 2008 reichte die Gesuchsgegnerin sodann den Gesamtkostennachweis für die Jahre 2007 und 2008 ein. Mit Eingabe vom 22. Februar 2008 stellte die Gesuchsgegnerin zusätzlich Antrag zur Höhe der zu verfügbaren Preise.

Mit Schreiben 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 den Parteien im vorliegenden Verfahren zugestellt und von der Gesuchstellerin mit Eingabe vom 14. April 2008 beantwortet.

Am 20., 21. und 27. Februar sowie am 12. und 20. März 2008 fanden zwischen Vertretern und Vertreterinnen der Gesuchsgegnerin einerseits und des BAKOM andererseits so genannte Instruktionstreffen zum Kostenmodell Cosmos statt. Anlässlich dieser Treffen erläuterte die Gesuchsgegnerin ihre Vorgehensweise bei der Kostenmodellierung. Der Instruktionsbehörde ermöglichten die Treffen, detaillierte Verständnisfragen zum Kostennachweis zu klären und weiteren Informationsbedarf anzubringen. Letzterer wurde jeweils als Zusatzfragen in To-Do-Listen erfasst, zu dem die Gesuchsgegnerin in verschiedenen Eingaben schriftlich Stellung nahm. Das Protokoll der Instruktionstreffen vom 26. Mai 2008 wurde den Verfahrensparteien zugestellt.

Mit Schreiben vom 30. April 2008 reichte die Gesuchsgegnerin die von der Instruktionsbehörde nachgeforderten Angaben zur Nummernportabilität ein.

Das BAKOM unterbreitete am 20. Mai 2008 dem Preisüberwacher seine vorläufige Einschätzung betreffend die Interkonnectionspreise für die Jahre 2004-2008 und ersuchte diesen um seine Stellungnahme gemäss Art. 15 des Preisüberwachungsgesetzes vom 20. Dezember 1985 (PüG; SR 942.20)

Am 16. Juni 2008 reichte die Gesuchstellerin Listen mit den von ihr bezogenen Dienstleistungen (2004 – 2007) respektive für das Jahr 2008 mit denjenigen Dienstleistungen, für welche sie die Preisfestsetzung verlangt, ein.

Der Preisüberwacher äusserte sich mit Stellungnahme vom 18. Juni 2008 zu der vorläufigen Einschätzung zur Streitsache, die das BAKOM vorgenommen hat.

Am 23. Juli 2008 setzte das BAKOM den Parteien Frist zur Einreichung einer Schlussstellungnahme.

Die Gesuchsgegnerin reichte ihre Schlussstellungnahme am 18. August 2008 ein, die Gesuchstellerin am 25. August 2008. Letztere änderte darin den zweiten im Gesuch vom 19. Mai 2004 gestellten Antrag dahingehend, als sie nun verlangt, die von ihr beantragten Bedingungen seien mit Wirkung ab Aufnahme der Vertragsverhandlungen am 23. Dezember 2003, oder dem Datum der Fortsetzung des Vertrages am 1. April 2004, spätestens aber seit Einreichung ihres Gesuchs am 19. Mai 2004 zu verfügen. Zudem stellte sie einen Eventualantrag, bezüglich ihres Gesuchsantrages 2a, welcher folgendermassen lautet:

2a) Sollte die zuständige Behörde in einem ordentlichen Verfahren auf Begehren eines Dritten in einem rechtskräftigen Entscheid die Preise bezüglich einer oder mehrerer Dienstleistungen der in diesem Vertrag betroffenen Dienstleistungen neu festsetzen, so werden die entsprechenden Dienstleistungen zu den neuen Preisen ab dem Zeitpunkt des rechtskräftig festgesetzten Wirksamwerdens der neuen Preise im Drittverfahren erbracht.

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



II Erwägungen

1 Verfahrensvoraussetzungen, Teilverfügung

1.1 Allgemein

Als Verwaltungsverfahren vor einer Bundesbehörde sind die Zugangsverfahren nach Art. 11a des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10) gemäss den Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021) abzuwickeln, soweit das FMG spezialgesetzlich nicht nähere Bestimmungen enthält (Art. 1 Abs. 2 Bst. d und Art. 4 VwVG).

Am 1. April 2007 ist eine teilweise Änderung des Fernmeldegesetzes in Kraft getreten. An der Interkonnektionspflicht, wie sie bereits nach altem Recht bestand, hat sich mit der Gesetzesänderung materiell nichts geändert. Die Frage, ob hier die alten oder die revidierten gesetzlichen Bestimmungen Anwendung finden, kann daher offen bleiben. Soweit nichts anderes vermerkt, wird im vorliegenden Entscheid auf die Bestimmungen des Fernmeldegesetzes in der Fassung vom 1. August 2008 und der zugehörigen Verordnungen in der Fassung vom 1. April 2007 abgestellt. Demgemäss müssen marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten (FDA) anderen Anbieterinnen auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen in Form der Interkonnektion Zugang zu ihren Einrichtungen und zu ihren Diensten gewähren.

1.2 Zuständigkeit

Grundsätzlich werden die Bedingungen der Interkonnektion zwischen den beteiligten Unternehmungen direkt vereinbart (Verhandlungsprimat). Einigen sich die FDA nicht innerhalb von drei Monaten über die Bedingungen des Zugangs, so verfügt die Kommission diese auf Gesuch einer Partei und auf Antrag des Bundesamtes (Art. 11 Abs. 1 Bst. d und Art. 11a FMG).

Mit Eingabe vom 19. Mai 2004 reichte die Gesuchstellerin bei der ComCom ein Gesuch um Erlass einer Verfügung der Bedingungen der Interkonnektion ein, mit welchem sie unter anderem die Festsetzung kostenorientierter Preise für die explizit aufgeführten Interkonnektionsdienste der Gesuchsgegnerin verlangt. Dies betrifft einerseits die Preise für die Geschäftstätigkeit nach Einreichung des Gesuchs bzw. ab 1. April 2004. Gleichzeitig verlangt die Gesuchstellerin aber auch eine rückwirkende Abrechnung der Preise für die Jahre 2000 - 2003. Zur Begründung führt sie aus, sie habe erst aus den publizierten Entscheiden der ComCom vom 6. November 2003 i.S. TDC Switzerland AG bzw. MCI WorldCom AG vs. Swisscom Fixnet AG Kenntnis davon erhalten, dass die ihr von der Gesuchsgegnerin offerierten Preise nicht den gesetzlichen Ansprüchen entsprachen. Zuvor habe sie sich auf die Zusage der Gesuchsgegnerin verlassen, dass es sich um kostenorientierte Preise handle. Sie habe keine Möglichkeit gehabt, die geltend gemachten Kosten und die darauf basierende Preisbildung zu überprüfen, so dass sie von der Gesuchsgegnerin absichtlich getäuscht worden sei. Dies verstosse gegen den Grundsatz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr, weshalb der Gesuchstellerin nunmehr ein Rückforderungsanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung zustehe.

Die Gesuchsgegnerin macht hierzu geltend, die angerufene Behörde sei für die Festlegung von Preisen vor dem 1. April 2004 nicht zuständig, da für diesen Zeitraum zwischen den Parteien eine gültige vertragliche Vereinbarung bestanden habe. Sie widersetzt sich in ihrer Stellungnahme vom 30. Okto-



ber 2006 zudem mit Nachdruck einem allfälligen Rückforderungsanspruch. Sie führt aus, die Preise seien keineswegs wider besseres Wissen festgesetzt und verrechnet worden. Vielmehr sei auch die Gesuchsgegnerin davon ausgegangen, dass die Preise den gesetzlichen Anforderungen entsprächen. Von einer absichtlichen Täuschung der Gesuchstellerin könne deshalb keine Rede sein, weshalb auch kein Rückforderungsanspruch bestehe. Vielmehr basierte die Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien auf der gültig unterzeichneten Vereinbarung, aus welcher die Gesuchstellerin mit Hinweis auf Drittverfahren nichts zu ihren Gunsten ableiten könne.

Bei dem zwischen den Parteien bestehenden Interkonnectionsverhältnis handelt es sich um ein Dauerschuldverhältnis, das nach Massgabe der vertraglichen Bedingungen angepasst werden kann. Unter Einhaltung dieser Modalitäten kündigte die Gesuchsgegnerin mit Schreiben vom 29. September 2003 gegenüber der Gesuchstellerin eine Preisanpassung per 1. Januar 2004 an. Über die Höhe der Preise ab 1. Januar 2004 konnten sich die Parteien nicht einigen, so dass die Gesuchstellerin mit Datum vom 23. Dezember 2003 das bestehende Vertragsverhältnis per 31. März 2004 kündigte. Ab dem 1. April 2004 bezog die Gesuchstellerin von der Gesuchsgegnerin Interkonnectionsdienste aufgrund der bis anhin geltenden Bedingungen. Am 22. April 2004 unterzeichneten die Parteien einen neuen Vertrag betreffend Verbindung von Fernmeldeanlagen und -diensten, der „die Vereinbarung von 20./26. August 2003 sowie sämtliche zwischen den Parteien in diesem Zusammenhang gemachten Zusatzvereinbarungen“ ersetzte. In der Präambel zum Vertrag wurde zudem ein Vorbehalt gemacht, wonach das vorliegende Verfahren vorbehalten bleibe und die von den Behörden festzulegenden Vertragsbedingungen den im Vertrag getroffenen Abreden in jedem Fall vorgingen bzw. der Vertrag in keiner Weise das Verfahren modifiziere.

Unbestrittenermassen kündigte die Gesuchstellerin am 23. Dezember 2003 das zwischen den Parteien bestehende Vertragsverhältnis über Interkonnectionsdienste per 31. März 2004 zugunsten einer neuen Vereinbarung, in welcher die hier streitigen Punkte offen gelassen wurden.

Die Gesuchstellerin bestreitet in ihrem Gesuch vom 19. Mai 2004 nicht, dass sich die Geschäftstätigkeit der Parteien in den Jahren 2000-2003 auf das damalige Vertragsverhältnis abstützte, welches erst per 31. März 2004 aufgelöst wurde. Zumindest implizit anerkennt sie damit auch, dass es sich bei den von ihr geltend gemachten Forderungen betreffend den Zeitraum vor dem 31. März 2004 um Forderungen aus Vertrag handelt. Sie begründet ihren Rückforderungsanspruch denn auch mit einer zivilrechtlichen Argumentation. Es liegt folglich eine Streitigkeit im Sinne von Art. 11b FMG vor, die von einem Zivilgericht zu beurteilen ist. Nach Massgabe der Zuständigkeitsregelung von Art. 11a und Art. 11b FMG ist die ComCom nicht befugt, abgeschlossene Vertragsbestimmungen rückwirkend zu ändern oder darauf abgestützte Forderungen zu beurteilen.

Das gesetzliche Verhandlungsprimat verbietet es der ComCom, Bedingungen der Interkonnection zu regeln, über welche sich die Parteien einvernehmlich, in Form eines beidseitigen Vertragsverhältnisses geeinigt haben. Daran ändert auch das in Art. 11 Abs. 1 FMG verankerte Diskriminierungsverbot nichts. Es läge deshalb auch in der Zuständigkeit der Zivilgerichte darüber zu befinden, ob der Gesuchstellerin im Lichte des Diskriminierungsverbotes Ansprüche aus Vertrag gegen die Gesuchsgegnerin zustehen.

Aufgrund dieser Ausführungen kann auf das Gesuch vom 19. Mai 2004 nicht eingetreten werden, soweit die Gesuchstellerin die Festsetzung der Preise für die Jahre 2000-2003 (Gesuchsbegehren 1.1 und 1.2) bzw. die rückwirkende Abrechnung über die Preise in der Zeit vom 1. Januar 2000 bis zum 31. März 2004 verlangt (Gesuchsbegehren 1.3).

Die Gesuchstellerin beantragt im Weiteren, in Abweichung von Art. 5.3 der „Wholesale Terms & Conditions“ der Gesuchsgegnerin sei der „gesetzliche Verzugszins von derzeit 5%“ zu verfügen. Zur Begründung bringt sie vor, dieser Verzugszins sei auch in Verträgen der Gesuchsgegnerin mit anderen Anbieterinnen verankert. Dies wird von der Gesuchsgegnerin mit der Behauptung bestritten, sie



habe mit allen ihren Vertragspartnerinnen einen Verzugszins von 8% vereinbart. Aufgrund des Diskriminierungsverbots sei deshalb das Begehren abzuweisen.

Dazu ist vorab zu bemerken, dass der Antrag der Gesuchstellerin nicht schon allein deshalb abzuweisen wäre, weil die Gesuchsgegnerin nach ihren Angaben mit allen ihren Vertragspartnerinnen denselben Verzugszins vereinbart hat. Die Argumentation der Gesuchsgegnerin verkennt diesbezüglich das fernmelderechtliche Konzept der nichtdiskriminierenden Zugangsgewährung. Mit diesem ist nicht gemeint, dass sämtliche Bedingungen, welche nur von einer einzigen nachfragenden FDA nicht akzeptiert werden, aus Gründen der Nichtdiskriminierung abzuweisen wären. Die Frage der Gesetzeskonformität der von der Gesuchsgegnerin vorgesehenen Zugangsbedingungen beantwortet sich nicht nach der Anzahl opponierender FDA.

Auf den Antrag der Gesuchstellerin kann jedoch aus folgenden Gründen nicht eingetreten werden: Das Fernmelderecht regelt weder die Pflicht zur Leistung noch die Höhe eines allfälligen Verzugszinses. Der von der Gesuchstellerin geforderte „gesetzliche Verzugszins von 5%“ kann sich daher nur auf Art. 104 Abs. 1 des Schweizerischen Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR; SR 220) beziehen. Bei der Regelung eines Verzugszinses handelt es sich folglich um eine zivilrechtliche Materie, welche nicht die Bedingungen des Zugangs im Sinne von Art. 11a FMG betrifft und somit auch nicht in die Zuständigkeit der ComCom zu liegen kommt.

1.3 Verfahrensgegenstand

1.3.1 Allgemeines

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 aufgehoben werden. Mit der letzten Revision des Fernmeldegesetzes, die am 1. April 2007 in Kraft getreten ist, hat der Gesetzgeber an der so genannten Ex-post-Regulierung festgehalten. Der ComCom als eidgenössischer Regulationsbehörde 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 FDA und im Rahmen der von ihr gestellten Rechtsbegehren vorgenommen 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 ZIMMELI/WALTER KÄLIN/REGINA KIENER, Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrechts, 1997, S. 60).

1.3.2 Anträge der Parteien

Die Gesuchstellerin beantragt in ihrem Gesuch vom 19. Mai 2004 die Festsetzung kostenorientierter Preise für sämtliche zwischen den Parteien vertraglich erbrachten und der Regulierung unterstehenden Dienstleistungen. Darüber hinaus verlangt die Gesuchstellerin in Änderung bzw. Ergänzung der bestehenden Vereinbarung mit der Gesuchsgegnerin die Verfügung weiterer, nicht-preislicher Interkonnectionsbedingungen. Mit Schreiben vom 28. Juni 2007 und 16. Juni 2008 hat die Gesuchstellerin präzisiert, für welche Dienste sie die Festsetzung kostenorientierter Preise verlangt.

Das Verfahren wurde nach Gesuchseingang im Einvernehmen mit den Parteien bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen höchstrichterlichen Entscheides über die Interkonnectionsbedingungen der Jahre 2000 - 2003 sistiert. Am 17. August 2006 wurde es wieder aufgenommen. Die Instruktionsbehörde teilte den Parteien alsdann mit, dass sich das Verfahren wegen der fortschreitenden Dauer auch auf



die Preise der Folgejahre bis zum Zeitpunkt des Entscheids erstrecken werde und forderte die Gesuchsgegnerin auf, ein Angebot für die Preise 2007 zu unterbreiten. Die Gesuchsgegnerin anerkannte die Zuständigkeit der ComCom zur Festlegung der Interkonnektionsbedingungen der Jahre 2004 - 2006, bestritt hingegen, dass auch die Preise 2007 Verfahrensgegenstand bildeten. Mit Zwischenverfügung vom 29. März 2007 stellte die ComCom fest, dass sie im Rahmen des vor ihr hängigen Interkonnektionsverfahrens auch zum Entscheid über die Bedingungen für das Jahr 2007 zuständig sei. Die Gesuchsgegnerin erhob hiergegen Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht, das mit Urteil vom 7. November 2007 den Entscheid der ComCom schützte.

In ihrer Eingabe vom 30. Oktober 2006 beantragt die Gesuchsgegnerin, auf das Gesuch sei teils nicht einzutreten, respektive das Gesuch sei abzuweisen. Für die Festsetzung der explizit aufgeführten Preise ab 1. April 2004 stellt sie einen konkreten Antrag. Zudem macht sie geltend, sie sei bei verschiedenen Diensten nicht marktbeherrschend, so dass die Preise für diese Dienste nicht der Kostenorientierung unterlägen.

Mit Schreiben vom 20. Dezember 2006 anerkennt die Gesuchstellerin diesen Vorbehalt hinsichtlich der Directory Services („Installation and testing of Swisscom Directory Enquiry Services Termination Services“ und „Swisscom Directory Enquiry Access Services [111, 1145]“) sowie „Swisscom Fix to PTS 18xy Directory Enquiry Services Access Service“ (usage charges) und erklärt explizit, dass sie diese Dienste nicht als Verfahrensgegenstand betrachte. Im Weiteren akzeptiert sie, dass die Gesuchsgegnerin bei den sog. Transitdiensten grundsätzlich nicht marktbeherrschend sei. Sie hält jedoch an ihrer Auffassung fest, dass dies für den Bereich des Transits zu Mehrwertdienstnummern nicht zutrefte. Betreffend Zusatzdiensten zur Betreibervorauswahl CPS hält die Gesuchstellerin in ihrer Eingabe vom 20. Dezember 2006 ebenfalls daran fest, dass die Gesuchsgegnerin in diesem Bereich über eine marktbeherrschende Stellung verfüge.

Im Anschluss an das Urteil des Bundesgerichts vom 15. Januar 2007 i.S. Swisscom Fixnet AG vs. Cablecom GmbH (2A.507/2006) anerkannte die Gesuchsgegnerin schliesslich ihre Pflicht, die Nummernportierung (ONP) zu kostenorientierten Preisen anzubieten.

1.3.3 Teilverfügung

Wie zuvor erwähnt, präzisierte die Gesuchstellerin aufforderungsgemäss mit Schreiben vom 16. Juni 2008 den Verfahrensgegenstand für die Jahre 2004-2008. Dabei führte sie aus, für welche Dienste sie eine Überprüfung und Festsetzung kostenorientierter Preise verlangt und welche Dienste sie in den Jahren 2004–2007 tatsächlich von der Gesuchsgegnerin in Anspruch genommen hat. Bei den verbindungsunabhängigen Preisen verlangt die Gesuchstellerin unter anderem die Festsetzung der einmaligen Preise für die Dienstgruppe „Swisscom Network Joining Services“ (Cancellation Fee for Cancellation) sowie für den Dienst „Network Acceptance Test (with routing through PTS switch)“. Für diese Preise hat die Gesuchsgegnerin keinen Kostennachweis eingereicht. Aus dem Kostenmodell, welches dem BAKOM im Rahmen des Instruktionsverfahrens eingereicht wurde, können die Kosten für diese Dienste nicht ersehen werden (vgl. unten Ziff. 3.1.5). Mangels direkter Vergleichsmöglichkeiten mit Preisen im EU-Raum können die Preise auch nicht ohne weiteres nach Massgabe von markt- und branchenüblichen Werten festgesetzt werden.

Am 16. Juni 2008 hatte das BAKOM im vorliegenden Verfahren bereits die Preisüberwachung konsultiert. Erst nach diesem Datum wurde erkennbar, dass der Kostennachweis der Gesuchsgegnerin unvollständig ist. Angesichts der Tatsache, dass lediglich für einige wenige Preise kein Kostennachweis vorliegt, die nicht oder höchstens nach abweichenden Kriterien bestimmt werden könnten, holte das BAKOM bei den Parteien Schlussstellungen ein und schloss anschliessend das Beweisverfahren.

Die ComCom teilt die Auffassung der Instruktionsbehörde, dass es aus verfahrenswirtschaftlichen Gründen keinen Sinn gemacht hätte, mit einem Endentscheid im vorliegenden Verfahren zu warten,



bis der Kostennachweis ergänzt und den Parteien das rechtliche Gehör hierzu hätte gewährt werden können. Nachdem der Verfahrensgegenstand weitestgehend entscheidreif ist, rechtfertigt es sich, über die noch offenen Dienste in einem separaten Entscheid zu befinden. Es wird somit vorliegend in Form eines Teilsentscheids über diejenigen Interkonnektionsdienste befunden, für welche die Eintretensvoraussetzungen gegeben sind und für welche der Kostennachweis seitens der Gesuchsgegnerin vorliegt.

1.3.4 Zwischenfazit

Zusammenfassend ergibt sich, dass vorliegend sämtliche strittigen Preise für Interkonnektion aus den Jahren 2004 bis 2008 Verfahrensgegenstand bilden, soweit die Gesuchstellerin deren Festsetzung verlangt. In einer separaten späteren Verfügung wird über diejenigen Preise befunden, für die zum heutigen Zeitpunkt kein Kostennachweis seitens der Gesuchsgegnerin vorliegt. Im Weiteren bilden die Interkonnektionsbedingungen, bei welchen die Gesuchstellerin die Festlegung von Vertragsklauseln im zwischen den Parteien bestehenden Interkonnektionsvertrag beantragt, Verfahrensgegenstand.

1.4 Rechtsschutzinteresse

Ein 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 TSCHANNEN/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, und es dient damit der Prozessökonomie (vgl. BGE 114 Ia 131).

Das Fernmelderecht verlangt 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 einer allfälligen Interkonnektion 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. Die verfügungsweise festgesetzten Preise gelten alsdann vom Zeitpunkt des rechtskräftigen Entscheids bis zum Zeitpunkt, an dem die Parteien einvernehmlich hiervon abweichende Vertragsbedingungen, namentlich Preise, vereinbaren. 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 kein schutzwürdiges Interesse mehr, da die Gesuchstellerin diese Leistungen nicht nur nicht bezogen hat, sondern zu den damals geltenden Preisen auch nicht mehr beziehen könnte.

Die Gesuchstellerin beantragt in ihrem Gesuch vom 19. Mai 2004 die Festsetzung kostenorientierter Preise für sämtliche zwischen den Parteien vertraglich erbrachten und der Regulierung unterstehenden Dienstleistungen. Im Gesuch war nicht konkretisiert worden, um welche Interkonnektionsdienste es sich dabei handelt. Im Rahmen des Instruktionsverfahrens konnte jedoch geklärt werden, welche Dienste von der Gesuchstellerin in den Jahren 2004 - 2007 tatsächlich bezogen wurden, für die mithin heute ein schutzwürdiges Interesse an der Festsetzung der Preise besteht. Mit Eingabe vom 1. Dezember 2006 reichte die Gesuchsgegnerin eine Liste der festzusetzenden Preise für die Jahre 2004 -



2006 ein. Mit Eingabe vom 28. Juni 2007 gab die Gesuchstellerin eine Liste derjenigen Preise zu den Akten, für welche sie eine behördliche Festsetzung verlangt. Mit Eingabe vom 22. Februar 2008 ergänzte die Gesuchsgegnerin die Liste der zu verfügbaren Preise für die Jahre 2007 und 2008. Die Gesuchstellerin ihrerseits präziserte mit Eingabe vom 16. Juni 2008 die zu verfügbaren Preise der Jahre 2007 und 2008, unter Beilage der Rechnungen für die 2007 bezogenen Dienste.

In ihrer Schlussstellungnahme vom 18. August 2008 bestätigt die Gesuchsgegnerin die Richtigkeit der Angaben der Gesuchstellerin bezüglich der eingeklagten Dienste und des Leistungsbezugs. Die Gesuchstellerin verlangt mithin keine Festsetzung von Preisen für Dienste, die sie nicht bezogen hat respektive nicht mehr beziehen könnte. Für die von ihr angeführten Preise ist ein schutzwürdiges Interesse an der behördlichen Überprüfung und Festsetzung somit ausgewiesen, so dass hierüber zu befinden ist.

1.5 Formular zur Marktbeherrschung

Die Gesuchsgegnerin macht in ihrer Vernehmlassung vom 30. Oktober 2006 zum Gesuch geltend, das Gesuch sei unvollständig. Die Gesuchstellerin habe es unterlassen, die vom BAKOM bereitgestellten Formulare zur Frage der Marktbeherrschung der zur Gewährung von Interkonnektion verpflichteten Anbieterin einzureichen.

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 Weko beschleunigen helfen. Das Einreichen des Formulars bildet hingegen keine absolute Eintretensvoraussetzung.

Je nach Verlauf der Vertragsverhandlungen ist es im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung für eine Gesuchstellerin meistens nicht bekannt, für welche Dienste die Gesuchsgegnerin ihre Marktbeherrschung im Verfahren bestreiten wird. Von daher ist es nicht zu beanstanden, wenn eine Gesuchstellerin mit dem Gesuch das Formular zur Marktbeherrschung (noch) nicht einreicht. Es ist Sache der Instruktionsbehörde, die erforderlichen Angaben im Hinblick auf die Beurteilung der Marktbeherrschung im Rahmen des Beweisverfahrens einzuholen, wie dies im vorliegenden Verfahren auch tatsächlich der Fall war.

1.6 Einigungsangebot

Im Weiteren macht die Gesuchsgegnerin in ihrer Vernehmlassung vom 30. Oktober 2006 zum Gesuch geltend, die Gesuchstellerin habe mit dem Gesuch kein Einigungsangebot unterbreitet.

Mit dem Gesuch um Erlass einer Zugangsverfügung ist grundsätzlich ein Angebot für eine Einigung einzureichen (Art. 70 Abs. 1 Bst. d FDV). Dieses kann auch spätestens bis zum Abschluss des Beweisverfahrens nachgereicht werden (Art. 70 Abs. 2 FDV). Bei dieser Ordnungsvorschrift handelt es sich ebenso wenig um eine zwingende Prozessvoraussetzung. Es entspricht dem Regelfall, dass vor Einreichung eines Zugangsgesuchs keine Verhandlungen über ein konkretes Einigungsangebot zwischen den Parteien geführt werden und ein solches somit auch nicht vorgelegt werden kann. Im Rahmen des Instruktionsverfahrens kann das BAKOM eine Schlichtungsverhandlung durchführen, was dann angezeigt erscheint, wenn die Parteien ihren Verhandlungswillen glaubhaft darlegen und eine Einigung unter den Parteien möglich erscheint. Auch nach Abschluss des Beweisverfahrens kann aber



von einer Gesuchstellerin nur dann das Einreichen eines Einigungsangebots verlangt werden, wenn beide Parteien explizit die Durchführung einer Schlichtungsverhandlung zu den Preisen verlangen. Andernfalls macht ein Einigungsangebot verfahrensrechtlich keinen Sinn. Die Verordnungsbestimmung von Art. 70 Abs. 2 FDV ist mithin dahingehend zu verstehen, dass ein allfälliges Einigungsangebot bis spätestens nach Abschluss des Beweisverfahrens dem BAKOM einzureichen ist.

In ihrer Schlussstellungnahme vom 25. August 2008 führte die Gesuchstellerin aus, dass sie aufgrund der Unkenntnis der effektiven Kosten kein vernünftiges Einigungsangebot unterbreiten könne. Insofern bestätigte sie die zuvor dargelegten Überlegungen, so dass es nicht zu beanstanden ist, dass die Gesuchstellerin nicht bereits mit dem Gesuch ein Einigungsangebot eingereicht hatte. Die Gesuchsgegnerin hat ihrerseits im Laufe des Verfahrens nie eine Bereitschaft zur Verhandlung über die Höhe der publizierten Preise signalisiert und folgerichtig auch kein Einigungsangebot unterbreitet. Das BAKOM konnte somit zu Recht davon ausgehen, dass keine Aussicht auf Einigung zwischen den Parteien bestand, was die Durchführung einer Schlichtungsverhandlung obsolet machte. Auf die weiteren Ausführungen der Gesuchstellerin in der Schlussstellungnahme zu den Bedingungen, unter welchen sie die im Streite liegenden Preise akzeptieren würde, ist folglich nicht weiter einzugehen.

1.7 Fazit

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die formellen Voraussetzungen bezüglich der von der Gesuchstellerin beantragten Festlegung von Preisen für Dienstleistungen, welche sie nach dem 31. März 2004 bezogen hat respektive noch beziehen könnte, erfüllt sind und insofern auf das Gesuch eingetreten werden kann. Mangels Zuständigkeit kann auf das Gesuch hingegen nicht eingetreten werden, soweit mit diesem die Festlegung respektive Abrechnung von Preisen vor dem 1. April 2004 beantragt wird. Bezüglich der von der Gesuchstellerin beantragten weiteren, nicht preislichen Interkonnectionsbedingungen kann auf den Antrag, einen Verzugszins festzulegen, nicht eingetreten werden. Weitergehend sind die formellen Voraussetzungen hingegen erfüllt.

2 Pflicht zur Gewährung des Zugangs, Marktbeherrschung

2.1 Pflicht zur Gewährung des Zugangs in Form von Interkonnection

Nach Massgabe der Definition im Fernmeldegesetz bedeutet Interkonnection die Herstellung des Zugangs durch die Verbindung der Anlagen und Dienste zweier FDA, damit ein fernmeldetechnisches und logisches Zusammenwirken der verbundenen Teile und Dienste sowie der Zugang zu Diensten Dritter ermöglicht wird (Art. 3 Bst. e FMG). Interkonnection umfasst sämtliche notwendigen Voraussetzungen, damit Partner miteinander in Kontakt treten und sich gegenseitig Informationen in verständlicher und vollständiger Form zusenden können. Ziel der Interkonnection ist, dass alle Teilnehmenden am Fernmeldeverkehr miteinander kommunizieren können, unabhängig davon, bei welcher Anbieterin sie ihre Dienste beziehen. Neu in den Markt eintretende Unternehmungen sind darauf angewiesen, die vorhandene Infrastruktur zu geeigneten Bedingungen mitbenützen zu können. Die Regelung des gegenseitigen Netzzuganges gilt als Grundvoraussetzung für einen funktionierenden Fernmeldemarkt (PETER R. FISCHER/OLIVER SIDLER, Fernmelderecht, in: ROLF H. WEBER [Hrsg.], Informations- und Kommunikationsrecht, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. V, Teil I, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2003, Rz. 133 ff.).

Nach Art. 11 Abs. 1 Bst. d FMG müssen nur marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten andern Anbieterinnen auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen Interkonnection gewähren. Sie müssen die Bedingungen und Preise für ihre einzelnen Interkonnectionsdienstleistungen gesondert ausweisen. Mit der gesetzlichen Interkonnectionspflicht soll



verhindert werden, dass marktbeherrschende Anbieterinnen neuen Konkurrentinnen mit prohibitiven Preisen und technischen Auflagen den Zugang zum Netz verwehren (BGE 125 II 613 E. 1b S. 618). Voraussetzung für eine kostenorientierte Preisgestaltung im Sinne von Art. 11 Abs. 1 FMG ist somit das Vorliegen von Marktbeherrschung im relevanten Markt.

2.2 Marktbeherrschung, Allgemeines

Die Frage, ob eine Anbieterin von Fernmeldediensten auf dem relevanten Markt eine beherrschende Stellung im Sinne von Art. 11 FMG einnimmt, beurteilt sich nach der im Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) enthaltenen Definition. Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG gelten als marktbeherrschende Unternehmen einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Zur Klärung dieser Frage ist einerseits der sachliche und andererseits der räumlich relevante Markt zu bestimmen. Der sachlich relevante Markt umfasst gemäss Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) alle Waren oder Dienstleistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden. Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlich relevanten Markt umfassenden Waren oder Dienstleistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU). Marktgegenseite bilden die Fernmeldeanbieterinnen, welche den in Frage stehenden Fernmeldedienst oder entsprechende Substitute nachfragen. Gegenstand der Betrachtungen ist der Grosskundenmarkt (Wholesale-Ebene).

Ist im Rahmen eines Zugangsverfahrens die Frage der Marktbeherrschung zu beurteilen, so hat das BAKOM als Instruktionsbehörde die Weko zu konsultieren (Art. 11a Abs. 2 FMG). Diese Bestimmung hat vorab zum Zweck, eine Zersplitterung der wettbewerbsrechtlichen Rechtsprechung für gleiche Tatbestände zu verhindern. Sie stellt sicher, dass die Anwendung von Art. 11 FMG im Einklang mit dem Wettbewerbsrecht erfolgt und nicht unterschiedliche Behörden eine unterschiedliche Praxis für gleiche Tatbestände entwickeln (vgl. dazu die Botschaft zum revidierten Fernmeldegesetz vom 10. Juni 1996 in BBI 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 nicht so, 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.

In jedem Fall liegt es in der Zuständigkeit der ComCom, im Rahmen ihres Entscheids auch über die Marktbeherrschung einer Anbieterin zu befinden. Dabei würdigt sie sämtliche Beweismittel nach freier Überzeugung (Art. 19 VwVG i.V.m Art. 40 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess [BZP; SR 273]). Eine erhöhte Zurückhaltung gilt es zu wahren bei Gutachten von Sachverständigen im Sinne von Art. 12 Bst. e VwVG. Auch wenn die Weko nicht ausschliesslich zu reinen Sachfragen Stellung nimmt, obliegt der Rechtsentscheid, ob die Gesuchsgegnerin betreffend einer Zugangsform marktbeherrschend ist, zwingend der ComCom. Dabei darf diese nicht ohne triftige Gründe von Gutachten abweichen und muss Abweichungen begründen. Ein Abweichen ist nur bei triftigen Gründen zulässig, wenn mithin die Glaubwürdigkeit des Gutachtens durch die Umstände ernsthaft erschüttert ist. Dies gilt umso mehr, wenn wie in Art. 11a Abs. 2 FMG das Gesetz den Beizug einer Expertenmeinung zwingend vorschreibt (BGE 101 IV 129, 130). Dies gilt es bei der Würdigung des Gutachtens respektive der Stellungnahmen der Parteien zu berücksichtigen.



2.3 Bestrittene Marktbeherrschung

Die Gesuchsgegnerin bestreitet für gewisse Dienste, deren Preisfestlegung im vorliegenden Verfahren von der Gesuchstellerin beantragt wird, über eine marktbeherrschende Stellung zu verfügen. So hält sie in ihren Eingaben vom 28. September 2006 und 30. Oktober 2006 fest, dass sie sich hinsichtlich der explizit aufgeführten Dienste als nicht marktbeherrschend betrachte. Mit Schreiben vom 16. Mai 2007 teilt sie sodann mit, dass sie hingegen, angesichts des Bundesgerichtsentscheids 2A.507/2006 vom 15. Januar 2007, ihre Marktbeherrschung für die fraglichen Dienste der Nummernportabilität anerkenne. In ihrer Eingabe vom 20. Dezember 2006 anerkennt die Gesuchstellerin, dass die ComCom mit Verfügung vom 10. Juni 2005 bereits festgestellt habe, dass die Gesuchsgegnerin bei einzelnen Diensten nicht marktbeherrschend sei, so bei den explizit aufgeführten Directory Services, dem Zugang zu den 18xy Auskunftsdiensten sowie den Transitdiensten. Bei Letzteren hält die Gesuchstellerin hingegen an der Marktbeherrschung der Gesuchsgegnerin fest, soweit es sich um Transit zu Mehrwertdienstnummern handelt. Ebenfalls widersetzt sie sich dem Standpunkt der Gesuchsgegnerin, wonach es sich bei den Supplementary Services for Preselection nicht um einen Interkonnektionsdienst, sondern um rein freiwillige Leistungen der Gesuchsgegnerin handle.

Als Zwischenergebnis lässt sich somit festhalten, dass die Marktbeherrschung der Gesuchsgegnerin betreffend Zugang in Form von Interkonnektion im Sinne des FMG im vorliegenden Verfahren hinsichtlich zwei Dienstgruppen bestritten blieb. Bei allen übrigen Interkonnektionsdiensten, die Verfahrensgegenstand bilden (vgl. Ziff. 1.3 hiervor), ist die Marktbeherrschung der Gesuchsgegnerin unbestritten, so dass diese verpflichtet ist, diese Dienste der Gesuchstellerin auf nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen anzubieten.

Im Hinblick auf die Abklärung der Marktbeherrschung der Gesuchsgegnerin bei den fraglichen Transitdiensten (Transit to [...] Access Services) führte das BAKOM eine Marktbefragung durch. Zu diesem Zwecke versandte es am 16. Mai 2007 an verschiedene Anbieterinnen einen Fragebogen zur Beurteilung der Marktbeherrschung. Mit Schreiben vom 6. Juli 2007 forderte das BAKOM die Weko auf, je ein Gutachten zur Marktbeherrschung der Gesuchsgegnerin bei den Zusatzdiensten für die Wahl der Dienstanbieterin durch Vorbestimmung (Supplementary Services for Preselection) sowie bei den fraglichen Transitdiensten (Transit to [...] Access Services) zu erstellen. In den Gutachten vom 20. August 2007 kam die Weko zum Schluss, dass die Gesuchsgegnerin bei beiden fraglichen Diensten marktbeherrschend sei. Nachfolgend ist die Marktstellung der Gesuchsgegnerin zu prüfen.

2.3.1 Supplementary Services for Preselection

In ihrer Vernehmlassung vom 30. Oktober 2006 vertritt die Gesuchsgegnerin die Ansicht, es handle sich bei den Supplementary Services for Preselection nicht um Interkonnektionsdienste gemäss Art. 11 FMG, sondern um rein freiwillige Leistungen der Gesuchsgegnerin, mit der den anderen FDA Informationen zu statistischen Zwecken zur Verfügung gestellt würden. Bezüglich dieser Dienste bestehe weder eine marktbeherrschende Stellung noch eine gesetzliche Grundlage für eine Preisregulierung. Zur Begründung verwies sie lediglich auf den Entscheid der ComCom vom 18. Januar 2005, wonach Billing und Inkassoleistungen keine Interkonnektionsdienste im Sinne des Gesetzes seien.

Die Gesuchstellerin führte demgegenüber in ihrer Eingabe vom 20. Dezember 2006 aus, dass diese Zusatzdienste eng mit dem Carrier Preselection Dienst (CPS) zusammenhängen und für die Anbieterinnen dieses Dienstes unentbehrlich seien. Einzig die Gesuchsgegnerin sei in der Lage, diese Zusatzdienste anzubieten, so dass ihr zweifellos eine marktbeherrschende Stellung zukomme.

2.3.1.1 Carrier Preselection, Allgemeines

Gemäss Art. 28 Abs. 4 FMG müssen Anbieterinnen von Fernmeldediensten die freie Wahl der Dienstanbieterin für nationale und internationale Verbindungen sicherstellen. Diese gesetzliche Pflicht



wurde gestützt auf die dortige Delegationsnorm in Art. 9 ff. der Verordnung der Eidgenössischen Kommunikationskommission betreffend das Fernmeldegesetz (ComComV; SR 784.101.112) und im Anhang 2 zur ComComV, Technische und administrative Vorschriften betreffend die freie Wahl der Dienstanbieterin für nationale und internationale Verbindungen (SR 784.101.112/2), ausgeführt. Demnach gilt für die Anbieterin im Festnetz die Pflicht, sowohl vorbestimmt (Carrier preselection), wie auch für jeden Anruf (call by call) die freie Wahl für Verbindungen sicherzustellen. Endkundinnen und Endkunden können einen Antrag auf Preselection direkt bei der ausgewählten Dienstanbieterin stellen. Diese unternimmt anschliessend die nötigen administrativen Schritte bei der Ursprungsdienstanbieterin, um die Preselection umzusetzen. Zu diesem Zweck übermittelt sie der Ursprungsdienstanbieterin einen „Preselection-Auftrag“, gestützt auf welchen diese auf dem jeweiligen Kundenanschluss den Auswahlcode der gewünschten Dienstanbieterin einprogrammiert. Damit wird die Preselection aktiviert und die von diesem Anschluss aus hergestellten Verbindungen werden automatisch der ausgewählten Dienstanbieterin übermittelt. Vorbehältlich gegenteiliger Regelung im Interkonktionsvertrag werden den Endkundinnen und Endkunden die mittels Auswahlcode getätigten Verbindungen direkt durch die ausgewählte Anbieterin, hier also der Gesuchstellerin, verrechnet. Die Endkundinnen und Endkunden bleiben jedoch vertraglich (zwingend) an die Ursprungsdienstanbieterin, hier also die Gesuchsgegnerin, gebunden. Bei der freien Wahl der Dienstanbieterin handelt es sich um ein Schlüsselement der Liberalisierung der Fernmeldedienste, das es einer Anbieterin erlaubt, Dienste anzubieten, ohne gleichzeitig über den entsprechenden Teilnehmeranschluss zu verfügen (vgl. hierzu PETER R. FISCHER/OLIVER SIDLER, a.a.O., S. 218 ff.).

Im Rahmen der Zugangsgewährung in Form von Interkonktion bietet die Gesuchsgegnerin anderen FDA ein Standardangebot für CPS an (CPS Manual, Version 7.01 vom 1.1.2008). Die für diesen Dienst verlangten Preise, insbesondere für Aktivierung und Deaktivierung des Dienstes (Activation und Relocation Fee) waren bereits Gegenstand der Zugangsverfahren der Jahre 2000-2003 und wurden von der ComCom behördlich festgesetzt. Im Rahmen dieser Verfahren blieb unbestritten, dass die Gesuchsgegnerin für diesen Dienst marktbeherrschend ist.

In Ergänzung zum Standardangebot für CPS bietet die Gesuchsgegnerin anderen Anbieterinnen so genannte Zusatzdienstleistungen für CPS an (Annex 2 to the CPS Manual / Supplementary Services for CPS, Version 7.01 vom 1.1.2008). Mit der Gesuchsgegnerin kann festgestellt werden, dass diese Zusatzdienstleistungen in technischer Hinsicht keine absolut zwingenden Dienste für die Aktivierung bzw. Deaktivierung einer CPS sind. Vielmehr beinhalten sie im Wesentlichen Informationsdienstleistungen an eine Dienstanbieterin über die Einzelheiten einer bestehenden bzw. deaktivierten CPS-Schaltung bei den Endkundinnen und Endkunden. Erst diese Zusatzinformationen erlauben es einer Dienstanbieterin, ihren Kundenstamm logistisch zu bewirtschaften und für die erbrachten Leistungen Rechnung zu stellen. So gesehen erscheint es fragwürdig, zwischen dem Standardangebot für CPS einerseits und den Zusatzdiensten andererseits zu unterscheiden, bieten sie doch zusammen ein Dienstpaket, das es einer Dienstanbieterin erlaubt, CPS anzubieten. Namentlich die Zusatzdienste „Invoice Details for Activation and Relocation Fees“ sowie „Migration of Carrier Selection Codes“ enthalten Leistungen, die von ihrer Bedeutung für die Dienstanbieterin her ohne weiteres zu den Diensten des Standardangebots zu zählen sind. Dasselbe lässt sich zum Dienst „Deactivation Notification“ sagen. Wickeln Endkundinnen und Endkunden ihre Verbindungen wieder über die Gesuchsgegnerin als Ursprungsdienstanbieterin ab, so erfolgt die Mitteilung an die Dienstanbieterin im Rahmen des Standardangebots. Wechseln Endkundinnen und Endkunden hingegen von einer Dienstanbieterin zu einer anderen Dienstanbieterin, so erfolgt die Mitteilung der Deaktivierung nur im Rahmen dieses Zusatzdienstes.

Zusammenfassend ergibt sich, dass auch die Zusatzdienste zu CPS in einem engen Verhältnis zum Standardangebot CPS stehen. Die Gesuchsgegnerin führte nicht aus, weshalb diese Zusatzdienste mit Billing und Inkassoleistungen identisch sein sollten. Dies ist offensichtlich nicht der Fall, weshalb hierauf nicht weiter einzugehen ist. Wie zuvor beschrieben, stellt CPS ein wichtiges Wettbewerbsin-



strument dar, das es Anbieterinnen von Telefondiensten erlaubt, Endkundinnen und Endkunden Leistungen anzubieten, ohne physisch auf ihren Anschluss zugreifen zu können. Entsprechend hoch erscheint der Anreiz für ein marktmächtiges Unternehmen, solche Kundenabwanderungen durch eine missbräuchliche Preispolitik zu verhindern. Umso wichtiger erscheint das öffentliche Interesse, diesem Missbrauchspotenzial regulatorisch einen Riegel zu schieben. Entgegen der Meinung der Gesuchsgegnerin beschränkt sich das gesetzlich zwingende Angebot nicht von vornherein auf das technisch und administrativ absolut Notwendige, damit eine Anbieterin den Dienst überhaupt beziehen kann. Die Regulierung dieses Dienstes bezweckt, einen wirksamen Wettbewerb beim Erbringen von Fernmeldediensten zu ermöglichen. Ist es für eine Anbieterin von vornherein nicht möglich, mit dem Bezug eines Dienstes die wirtschaftlichen Ziele im Markt zu erreichen, so ist dieser Dienst nicht geeignet, Wettbewerb zu ermöglichen. Es steht ausser Zweifel, dass eine Anbieterin nebst dem Standardangebot CPS auch die Zusatzdienste von der Gesuchsgegnerin beziehen muss, um den Dienst, wenn auch nicht aus technischen, so doch aus betriebswirtschaftlichen Gründen, auf dem Endkundinnen- und Endkundenmarkt anbieten zu können. Nur mit dem zusätzlichen Bezug der Zusatzdienste kann die Anbieterin mittels CPS als ernsthafte Konkurrentin zur Gesuchsgegnerin auf dem Telefonmarkt auftreten. Daran ändert nichts, dass einzelne Dienstanbieterinnen, vorab solche mit einem relativ kleinen Endkundinnen- und Endkundenstamm, keine oder dann nur einzelne dieser Zusatzdienste beziehen. Im Lichte des Fernmelderechts ist es somit unterlässlich, dass auch die Zusatzdienste zu CPS als Interkonnectionsdienste der Regulierung unterstellt sind, soweit sie für ein wirtschaftliches Angebot von CPS geradezu unabdingbar erscheinen.

Immerhin ist die Gesuchsgegnerin nur dann zur Erbringung der Zusatzdienste CPS verpflichtet, wenn sie hierfür marktbeherrschend ist. Die Marktbeherrschung der Gesuchsgegnerin beim Angebot von CPS auf Wholesale-Ebene ist unbestritten. Die Zusatzdienste stehen in einem derart engen Verhältnis zu CPS, dass sie logischerweise zusammen anzubieten sind. Bei verschiedenen Zusatzdiensten ergibt sich bereits aus den technischen Gegebenheiten, dass sie nur von der Gesuchsgegnerin angeboten werden können. Bei dieser Ausgangslage stellt sich die Frage, ob die Marktbeherrschung der Gesuchsgegnerin hinsichtlich der Zusatzdienste überhaupt ernsthaft angezweifelt werden kann. Nachdem das BAKOM bei der Weko ein Gutachten zur Marktbeherrschung eingeholt hat, kann diese Frage offen bleiben.

2.3.1.2 Gutachten Weko zur Marktbeherrschung

Im Gutachten vom 20. August 2007 (publiziert in RPW 2008/1 S. 216 ff.) kam die Weko zum Schluss, dass die Gesuchsgegnerin betreffend die „Supplementary Services for Preselection“ als marktbeherrschende Anbieterin von Fernmeldediensten gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG zu qualifizieren ist. Die Weko stützte sich dabei auf die nachfolgenden Erwägungen.

Bei der Bestimmung des sachlich relevanten Markts stellte die Weko fest, dass die in Frage stehenden Zusatzdienste nur im Zusammenhang mit CPS nachgefragt werden können. Die Zusatzdienste stehen in einem derart nahen Sachzusammenhang zum Grunddienst CPS, dass sie keinen eigenen sachlich relevanten Markt darstellen, sondern Teil eines weiter zu fassenden sachlich relevanten Marktes sind, der insbesondere die den Zusatzdiensten zugrunde liegende Basisdienstleistung CPS umfasst. Die Weko definierte sodann zwei sachlich relevante Märkte: Einerseits ein Markt für die Betreibervorauswahl respektive CPS an andere FDA (Stufe Wholesale), wobei dieser sachlich relevante Markt auch die „Supplementary Services for Preselection“ beinhaltet. Andererseits besteht aus Endkundinnen- und Endkundensicht ein Markt, der drahtgebundene Festnetzanschlüsse umfasst, welche zur Übertragung von Sprachtelefonie geeignet sind. Nachdem CPS und drahtgebundene Anschlüsse in der ganzen Schweiz angeboten und gesamtschweizerisch zu ähnlichen, d.h. weitgehend homogenen Bedingungen nachgefragt werden, ist der räumlich relevante Markt schweizweit abzugrenzen. Bei der Beurteilung der Marktstellung stellte die Weko fest, dass es keine anderen aktuellen Wettbewerber gibt, die derartige CPS-Dienste anbieten. Auch vom Markt der drahtgebundenen Festnetzanschlüsse, die zur



Übertragung von Sprachtelefonie geeignet sind, geht kein genügender Wettbewerb aus, um den fehlenden Wettbewerb im CPS-Markt zu kompensieren, respektive die Gesuchsgegnerin in diesem Markt zu disziplinieren. Die Gesuchsgegnerin ist mithin im Markt für Betreibervorauswahl CPS keinem aktuellen Wettbewerbsdruck ausgesetzt. Laut Weko ergibt sich somit als Fazit, dass die Gesuchsgegnerin aufgrund des unzureichenden aktuellen und potentiellen Wettbewerbs in der Lage ist, sich auf dem Markt für die Betreibervorauswahl respektive CPS an andere FDA von andern Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten, wobei dieser auch die „Supplementary Services for Preselection“ beinhaltet. Folglich ist sie diesbezüglich als marktbeherrschendes Unternehmen zu qualifizieren.

2.3.1.3 Beurteilung der Marktbeherrschung

In der Stellungnahme vom 12. Oktober 2007 zum Gutachten der Weko beschränkt sich die Gesuchsgegnerin vorab auf die Kritik, die Marktabgrenzung und Beurteilung ihrer Marktstellung sei unvollständig und deshalb unzutreffend. So sei die Gesuchstellerin keineswegs auf diese Zusatzdienste angewiesen, sondern könnte die Endkundinnen- und Endkundendaten auch mittels Eigenleistungen generieren. Diese Möglichkeit von Eigenleistungen müssten entweder bei der Marktabgrenzung oder bei der Beurteilung der Marktstellung berücksichtigt werden. Mit Schreiben vom 8. Mai 2008 wiederholte die Gesuchsgegnerin ihre Aussage, wonach die Gesuchstellerin selbst in der Lage sei, die Informationen zu generieren, welche ihr mittels der Supplementary Services angeboten werden.

Im Falle von CPS bezahlen Endkundinnen und Endkunden der Dienstanbieterin, vorliegend der Gesuchstellerin, nur für die tatsächlich über den Dienst abgewickelten Verbindungen. Wechseln Endkundinnen und Endkunden zu einer anderen Dienstanbieterin, so erfährt dies die Gesuchstellerin nur, wenn erstere dies vorgängig mitteilen. Die Gesuchstellerin hat indes kein Druckmittel in der Hand, einen Anspruch auf Mitteilung durchzusetzen. Der Hinweis der Gesuchsgegnerin, vertraglich könne eine Kündigungsfrist oder eine Mitteilungspflicht vereinbart werden, zielt an der Realität vorbei. Halten sich Endkundinnen und Endkunden nicht an eine solche Vertragspflicht, so merkt die Gesuchstellerin vom Vertragsbruch erst verspätet und kann in der Regel realistischerweise nicht mehr gegen die Fehlbaren rechtlich vorgehen bzw. die Durchsetzung wäre mit unverhältnismässigem Aufwand verbunden. Gleichermassen in der Praxis unrealistisch erscheint der Vorschlag der Gesuchsgegnerin, dass die Gesuchstellerin mit allen anderen Anbieterinnen von CPS eine Vereinbarung über eine gegenseitige Information über CPS-Wechsel abschliessen könne. Der Abschluss einer solchen Vereinbarung wäre für alle Anbieterinnen freiwillig, so dass eine solche „Branchenlösung“ kaum erzielt werden könnte. Die Vereinbarung wäre zudem von vornherein unsicher, weil ständig neue Anbieterinnen von CPS hinzukommen, so dass ein Überblick über alle Anbieterinnen kaum zu gewinnen wäre.

Es zeigt sich, dass die von der Gesuchsgegnerin geltend gemachten, von der Gesuchstellerin zu erbringenden Eigenleistungen theoretischer Natur und in der Realität mit vernünftigem Aufwand nicht realisierbar sind. Für die Pflege und Verwaltung der Endkundinnen- und Endkundendaten ist die Gesuchstellerin auf die Zusatzinformationen der Gesuchsgegnerin angewiesen. Ohne diese kann der Dienst der Betreibervorauswahl CPS realistischerweise auf dem Markt nicht vernünftig angeboten werden. Die Zusatzinformationen können von Dritten nicht beigebracht werden, so dass der Gesuchsgegnerin für die Erbringung dieser Leistungen eine geradezu monopolistische Stellung zukommt. Mit der Weko geht die ComCom deshalb davon aus, dass die Gesuchsgegnerin nicht nur hinsichtlich des Standardangebots CPS, sondern auch für die im Manual aufgeführten Zusatzdienste CPS marktbeherrschend ist. Die offerierten Preise der Gesuchsgegnerin (nutzungsunabhängige Dienste, non usage) sind folglich kostenorientiert festzusetzen und unterliegen der Überprüfung durch die ComCom.

2.3.2 Transit to [...] Access Services (TAS)

Die Gesuchsgegnerin wies in ihrer Eingabe vom 30. Oktober 2006 darauf hin, dass sie bei den Transitdiensten nicht marktbeherrschend sei, was auch für den Bereich „Transit to [...] Access Services“



(TAS) gelte. Die Gesuchstellerin bestreitet dies in ihren Eingaben vom 20. Dezember 2006 und 13. April 2007 nicht, soweit es sich um eigentliche Transitdienste (Transit Terminating Services, TTS) handle. Hiervon zu unterscheiden seien jedoch die Dienste des Transit-Accesses, bei welchen die Gesuchstellerin die Transitanbieterin nicht bestimmen könne. Solche Dienste bedürften der behördlichen Regulierung.

2.3.2.1 Transitdienste, Allgemeines

Sinn und Zweck von Transitdiensten ist die Durchleitung von vermittelten Anrufen durch das Verbindungsnetz eines anderen Betreibers. Als Transit wird somit die Durchleitung eines Anrufs durch ein Verbindungsnetz B bezeichnet, wobei der Anruf von einem Verbindungsnetz A übernommen und an ein Verbindungsnetz C weitergegeben wird. Entscheidend ist, dass der Betreiber des Netzes B nicht identisch mit demjenigen des Netzes A oder C ist. Die Betreiber der Netze A und C können hingegen identisch sein. Die Betreiberin des Netzes A kann zwischen den Transitangeboten der verschiedenen Anbieterinnen auswählen und das aus ihrer Sicht günstigste Transitnetz bestimmen. A hat in diesem Fall B für Transit zu entschädigen, der Zahlungsfluss folgt mithin der Richtung des Anrufs. Ein anderes entscheidendes Wesensmerkmal des Transits ist, dass es sich um Verbindungs- und nicht um Anschlussnetze handelt. Sobald ein Interkonnektionsdienst somit ein Element der Originierung oder Terminierung enthält, handelt es sich nicht mehr um einen eigentlichen Transitdienst, da der Anruf nicht in ein weiteres Verbindungsnetz weitergegeben wird.

Es steht den Netzbetreiberinnen frei, sich untereinander direkt zusammenzuschalten. Wo die Kosten für direkte Zusammenschaltung aufgrund des Verkehrsvolumens geringer ausfallen als die Kosten für die Benützung eines sog. Intermediärs, welcher sein Netz zu Transitzwecken zur Verfügung stellt, werden Netze in der Regel auch direkt zusammengeschaltet. Die ComCom hatte deshalb in ihren Entscheiden vom 10. Juni 2005 in Sachen TDC Switzerland AG vs. Swisscom Fixnet AG und MCI WorldCom AG vs. Swisscom Fixnet festgestellt, dass der Gesuchsgegnerin hinsichtlich der Transitdienste keine marktbeherrschende Stellung zukommt.

Im Gegensatz zu den zuvor umschriebenen TTS, in welchen der Zahlungsfluss der Richtung des Anrufs folgt, wird bei TAS der Zahlungsfluss gegen die Richtung des Telefonanrufs abgewickelt. Wird der Anruf von A über das Transitnetz von B zu C geroutet, so gilt hier C als Anbieterin einer Dienstleistung, beispielsweise eines Mehrwertdienstes, die B für den Transit entschädigen muss. Dieser umgekehrte Zahlungsfluss rührt daher, dass C ein erhöhtes Interesse hat, dass ihre (Mehrwert-) Dienste nachgefragt werden. Die Besonderheit von TAS besteht somit darin, dass die Transit bezahlende Dienstanbieterin (hier C bzw. Gesuchstellerin) nicht dieselbe ist wie jene Anbieterin, welche die Transitanbieterin (hier B bzw. Gesuchsgegnerin) auswählt. Es stellt sich daher die Frage, ob sich die Transitdienste TAS hinsichtlich der Marktbeherrschung der Gesuchsgegnerin von den Transitdiensten TTS unterscheiden, bei welchen der Gesuchsgegnerin unbestrittenermassen keine marktbeherrschende Stellung zukommt.

2.3.2.2 Gutachten Weko zur Marktbeherrschung

Auch betreffend Transitdienste im Bereich „Transit to [...] Access Services“ stellte die Weko im Gutachten vom 20. August 2007 (publiziert in RPW 2008/1 S. 234 ff.) fest, dass die Gesuchsgegnerin als marktbeherrschende Anbieterin von Fernmeldediensten gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG zu qualifizieren ist.

Bei der Bestimmung des sachlich relevanten Markts stellte die Weko fest, dass der unterschiedliche Zahlungsstrom bei TAS und TTS die Abgrenzung eines eigenen sachlichen Marktes TAS nicht rechtfertigt. Der sachlich relevante Markt umfasst somit alle Transitdienste, insbesondere auch die TAS. Da FDA Transitdienste in der ganzen Schweiz nachfragen, geht die Weko sodann von einem räumlich relevanten Markt aus, der das Gebiet der ganzen Schweiz umfasst. Bei der Beurteilung der Marktstel-



lung ging die Weko von der Tatsache aus, dass eine direkte Interkonnektion zwischen zwei FDA dann angestrebt wird, wenn die Transitzkosten nach Massgabe des zu erwartenden Datenverkehrs die Kosten der Errichtung und des Unterhalts der Interkonnektionsschnittstellen überwiegen. Bereits heute sind viele FDA im Besitz von Netzinfrastruktur. Da der Datenverkehr künftig eher zunehmen wird, ergibt sich für die FDA je länger je mehr ein finanzieller Anreiz zum direkten Zusammenschluss. Generell und insbesondere für FDA mit wenigen direkten Interkonnektionen ist eine Zusammenschaltung mit einer anderen FDA umso interessanter, je mehr direkte Interkonnektionen diese zu anderen FDA besitzt. Aus diesem Grund erscheint ein Zusammenschluss mit der Gesuchsgegnerin, die im Vergleich zu anderen FDA eine ungleich höhere Anzahl direkter Interkonnektionen aufweist, vorteilhaft. Aus der durchgeführten Marktbefragung lässt sich erkennen, dass eine hohe Nachfrage von Anbieterinnen nach TAS der Gesuchsgegnerin besteht. Diese Tatsache hängt nicht zuletzt mit deren Grösse und der damit einhergehenden grossen Anzahl direkter Interkonnektionen sowie der grossen Netzdichte zusammen. Aus diesen Gründen sei die Gesuchsgegnerin keiner genügenden aktuellen Konkurrenz ausgesetzt, die ihr Verhalten zu disziplinieren vermöchte. Auch in naher Zukunft ist nicht mit einer markanten Zunahme an Anbieterinnen von TAS zu rechnen, so dass auch nicht aus der potenziellen Konkurrenz eine disziplinierende Wirkung zu erwarten ist. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass die Kosten einer direkten Interkonnektion, gerade für kleinere FDA, erheblich sind, so dass viele FDA auch in naher Zukunft auf die Transitdienste TAS angewiesen sein werden.

2.3.2.3 Beurteilung der Marktbeherrschung

In ihrer Stellungnahme vom 12. Oktober 2007 verweist die Gesuchsgegnerin auf ein Gutachten der Weko vom 10. April 2001 (RPW 2001/2 S. 360 ff.), in welchem diese feststellte, dass sich die Gesuchsgegnerin im Markt für Transitdienste nicht im wesentlichen Umfang unabhängig verhalten könne. Die ComCom habe diese Einschätzung in ihren Entscheiden vom 10. Juni 2005 übernommen. Die Marktverhältnisse hätten sich seither nicht wesentlich verändert, so dass an der damaligen Einschätzung festzuhalten sei. Entgegen den Ausführungen der Weko in deren Gutachten vom 20. August 2007 gebe es heute deutlich mehr Interkonnektionsvereinbarungen ohne Beteiligung der Gesuchsgegnerin als 2001. Aufgrund der TAS Verkehrszahlen 2005-2007 lasse sich erkennen, dass die Anzahl der von ihr in dieser Zeitperiode verkauften TAS-Minuten schwankend und tendenziell sinkend sei. Dies sei als deutliches Zeichen für die Substituierbarkeit der von ihr angebotenen TAS-Diensten zu werten. Dies werde bestätigt durch den Umstand, dass die Kosten der direkten Interkonnektion niedrig seien und keine Marktzutrittsschranke darstellten.

Die Frage, ob die Marktbeherrschung der Gesuchsgegnerin für Transitdienste TTS heute noch immer zu verneinen wäre, kann offen bleiben, nachdem sie nicht Verfahrensgegenstand bildet. Immerhin kam die Weko im Gutachten 2007 zum Schluss, dass sich die Annahme im Gutachten 2001, wonach genügend potenzielle Konkurrenz infolge geringer Eintrittsbarrieren vorhanden sei, angesichts der seitherigen Marktentwicklung rückwirkend nicht bestätigt habe. In jedem Fall stellt sich die Frage der Marktbeherrschung, wie eingangs dargestellt, bei den Transitdiensten TAS in anderer Weise, so dass die Ausführungen der Gesuchsgegnerin zu den Transitdiensten im Allgemeinen hier nicht stichhaltig sind. Gleiches lässt sich zu den Ausführungen betreffend TAS-Verkehrszahlen sagen. Um diese interpretieren zu können, müsste gleichzeitig analysiert werden, wie sich die Anzahl Verbindungen vorab zu Mehrwertdienst-Anbieterinnen entwickelt hat. Eine rückläufige Anzahl TAS-Minuten kann jedenfalls nicht unbesehen dahingehend interpretiert werden, dass die TAS-Dienste der Gesuchsgegnerin durch andere Anbieterinnen substituiert worden sind.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Anbieterinnen generell bestrebt sind, ihre Kosten zur Erbringung von Fernmeldediensten zu minimieren. Führen direkte Netzzusammenschlüsse mit anderen Anbieterinnen zu einer rentablen Einsparung bei den Kosten für Transitdienste, so werden solche Zusammenschlüsse auch vorgenommen. Dies ist jedoch offensichtlich nicht in dem 2001 erwarteten Ausmass geschehen. Die Gesuchsgegnerin vermag daher die Annahme der Weko, wonach die Kos-



ten einer direkten Interkonnektion als Substitut für einen Transitdienst nicht marginal seien, nicht zu entkräften. Für die Transitdienste TAS, welche hier zu beurteilen sind, spielt indessen der Umstand, dass die Dienstanbieterin keinen direkten Einfluss auf die Wahl des Transitnetzes hat, eine zusätzliche und für die Frage der Marktbeherrschung letztlich entscheidende Rolle. Die Dienstanbieterin hat ein Interesse, dass ihre Mehrwertdienste von möglichst vielen Endkundinnen und Endkunden genutzt werden. Sie ist indessen gerade nicht in der Lage, im Sinne einer Kostenoptimierung Transitdienste mit Anbieterinnen ihrer Wahl zu vereinbaren. Vielmehr ist sie bestrebt, mit derjenigen FDA Interkonnektion zu vereinbaren, die selbst wiederum über eine hohe Anzahl direkter Interkonnektionen verfügt. Aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse führt dies zum Schluss, dass der Gesuchsgegnerin zum heutigen Zeitpunkt, wie auch in naher Zukunft, eine marktbeherrschende Stellung hinsichtlich des Angebots von TAS-Diensten zukommt. Die unterschiedliche Interessenlage der Anbieterinnen bei TAS und TTS rechtfertigt es somit, die Marktbeherrschung der Gesuchsgegnerin hier abweichend von den Entscheiden der ComCom vom 10. Juni 2005 zu bejahen. Die offerierten Preise der Gesuchsgegnerin (nutzungsabhängige Dienste, usage) sind folglich kostenorientiert festzusetzen und unterliegen der Überprüfung durch die ComCom.

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. Sie 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, 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 Regulationsbehörde 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. Diese Bestimmung ist mit der teilweisen Änderung des Fernmeldegesetzes am 1. April 2007 in Kraft getreten. 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. Die darin enthaltenen Anforderungen legen unter anderem fest, dass die marktbeherrschende Fernmeldedienstanbieterin 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. Nach Massgabe der Übergangsregelung in Ziff. 5 findet Anhang 3 ComComV auch Anwendung auf Zugangsverfahren, die bereits vor 2007 anhängig gemacht wurden. Als Verfahrens-



gegenstand sind entsprechend der konstanten Praxis der ComCom zwar die Zugangsbedingungen für die gesamte Dauer des Verfahrens bis zum Entscheiddatum zu betrachten. Die Vorgaben an den Kostennachweis beschlagen indessen den Verfahrensgegenstand erst ab dem Jahr 2007. Eine rückwirkende Anwendung der neuen Bestimmungen für die Jahre 2004-2006 ist nicht vorgesehen, so dass die Gesuchsgegnerin auch nicht verpflichtet war, für diese Zeitspanne den Kostennachweis erneut einzureichen. Für die Preise der Jahre 2007 und 2008 ist der Kostennachweis jedoch nach Massgabe von Anhang 3 ComComV zu erbringen.

Hinsichtlich der Anforderungen an den Kostennachweis muss folglich unterschieden werden zwischen den Preisen der Jahre 2004 - 2006 einerseits sowie den Preisen der Jahre 2007 und 2008 andererseits.

3.1.2 Kostennachweis 2004 - 2006, Plausibilitätstabellen

In den sog. Interkonkktionsverfahren für die Jahre 2000 - 2003 musste erstmals methodisch entschieden werden, wie die von der Gesuchsgegnerin offerierten Preise konkret auf ihre Kostenorientierung überprüft werden können. Die Gesuchsgegnerin machte damals geltend, dass sie das bei der Preisberechnung angewandte Kostenmodell wegen der grossen Datenmenge nicht in seiner Gesamtheit zur Verfügung stellen könne. Mit ihrem Modell liessen sich zudem in einem nur sehr beschränkten Ausmass Sensitivitäten berechnen. Die Instruktionsbehörde entwickelte deshalb in enger Zusammenarbeit mit der Gesuchsgegnerin ein Instrument, das in Form von Exceltabellen eine Plausibilisierung der im Streite liegenden Preise erlaubt (sog. Plausibilitätstabellen). Das Bundesgericht hatte im Rahmen der Beschwerdeverfahren betreffend Interkonkktionsbedingungen der Jahre 2000 - 2003 Gelegenheit, die von der ComCom in ihren Verfügungen vom 10. Juni 2005 vorgenommene Preis- bzw. Kostenüberprüfung einer Rechtskontrolle zu unterziehen. Es kam dabei zum Schluss, dass das Bundesrecht der Regulierungsbehörde auch diesbezüglich einen erheblichen Ermessensspielraum belässt. Die Methodik der Umsetzung des Kostenmodells der Gesuchsgegnerin in Form von Plausibilitätstabellen und das dabei verwendete Referenzszenario erachtete das Gericht als nachvollziehbar und für die Ermittlung der strittigen Interkonkktionspreise als geeignet und damit gesetzeskonform (BGE 132 II 257 E. 6.5 S. 277 f.).

Im vorliegenden Verfahren stellte die Instruktionsbehörde für den Kostennachweis 2004 – 2006 wiederum auf die Plausibilitätstabellen ab. Die Gesuchsgegnerin wurde deshalb aufgefordert, sämtliche relevanten Daten und Informationen zu liefern, die sie ihrem eigenen Modellansatz zugrunde gelegt hat. Für jedes Jahr wurde aus den eingereichten Exceldateien ein Tabellenwerk erstellt. Die untereinander verknüpften Dateien und Tabellenblätter zeigen auf, wie die Gesuchsgegnerin vom geltend gemachten investierten Kapital und den ausgewiesenen Betriebskosten die Interkonkktionspreise ableitet. Im Ergebnis stellen sie ein Abbild des Kostenmodells der Gesuchsgegnerin dar und erlauben es der Entscheidbehörde, die im Streite liegenden Preise bei gleichen, von der Gesuchsgegnerin bereitgestellten Dateninputs, in ihrer Grössenordnung reproduzieren zu können. Im Einzelnen ermöglicht das Instrument der Behörde, eine unabhängige Sicht auf das Kostenmodell der Gesuchsgegnerin zu gewinnen, die Höhe des investierten Kapitals und der ausgewiesenen Betriebskosten zu erkennen, allfällige Doppelzählungen zu identifizieren, Kostenallokationen zu überprüfen und auf Grund von Anpassungen neue Interkonkktionspreise zu berechnen. Anpassungen kann die ComCom beispielsweise am Kapitalkostensatz, an den Nutzungsdauern, an der Preisänderungsrate oder an der Höhe der angesetzten Investitionen vornehmen. Der Aufbau der Plausibilitätstabellen folgt der typischen Unterteilung von Kostenrechnungen in die Bausteine Kostenartenrechnung, Kostenstellenrechnung und Kostenträgerrechnung. Die Kostenartenrechnung erfolgt in den Exceldateien, die mit Ziffern von 1 bis 10 bezeichnet sind. In diesen Dateien geht das Investitionsvolumen als Produkt von Preisgerüst und Mengengerüst hervor. Die Kostenstellen- und Kostenträgerrechnung ist in der Datei Kostenallokation abgebildet. Während die Kostenstellenrechnung darüber Auskunft gibt, wo die Kosten anfallen, zeigt die Kostenträgerrechnung, welche Produkte (Dienste) schliesslich die zuvor berechneten Kosten tragen.



3.1.3 Kostennachweis 2007 – 2008, Kostenmodell Cosmos

Die Gesuchsgegnerin hat dem BAKOM gestützt auf die neuen gesetzlichen Grundlagen das für ihre Preisbestimmung verwendete Kostenmodell per 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 bei sämtlichen Zugangsformen mit Ausnahme der Berechnung des X-Faktors bei der Verrechnung des Teilnehmeranschlusses VTA gemäss Art. 60 Abs. 2 FDV 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.

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.

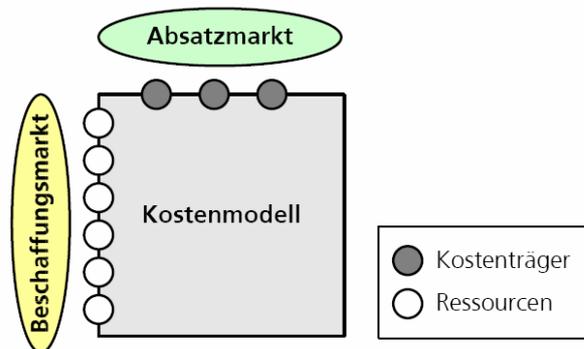


Abbildung 1 : Grundprinzip des Kostenmodells (Quelle: Eingabe Gesuchsgegnerin vom 29. Februar 2008)

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

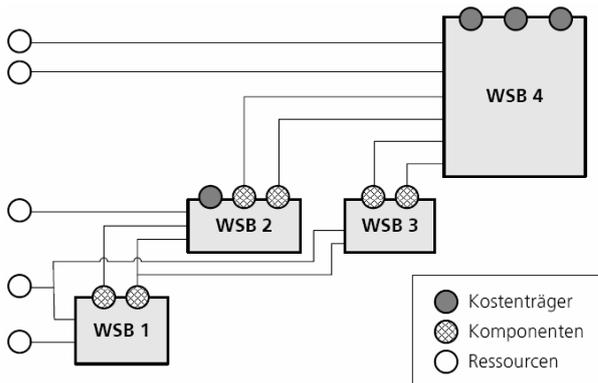


Abbildung 2 : Wertschöpfungsstufen in Cosmos (Quelle: Eingabe Gesuchsgegnerin vom 29. Februar 2008)

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 Ressource) 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.

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 zusätzlichen 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

3.1.4.1 Plausibilitätstabellen für die Jahre 2004 - 2006

Den ersten Kostennachweis (im Folgenden ursprünglicher Kostennachweis genannt) reichte die Gesuchsgegnerin am 30. Oktober 2006 ein. Nebst den Tabellen fanden zwei Dokumentationen zum Kostennachweis Eingang in die Akten. Eine Version der Plausibilitätstabellen mit zusätzlichen Verknüpfungen und ein Verzeichnis aller intern vorhandenen Dokumente stellte sie dem BAKOM am 1. Dezember 2006 zu. Nach einer eingehenden Überprüfung formulierte die Instruktionsbehörde im Laufe des Verfahrens eine Reihe von Fragen und Nachforderungen, denen die Gesuchsgegnerin mittels verschiedener Eingaben nachkam. Nach gründlicher Analyse der Beweismittel hatte die Instruktionsbehörde weiteren Erklärungsbedarf, was zu Instruktionstreffen zwischen Vertreterinnen und Vertretern des BAKOM sowie der Gesuchsgegnerin führte (vgl. Protokoll der Instruktionstreffen vom 3. September 2007). Schliesslich hat die Gesuchsgegnerin mit Eingabe vom 5. Juni 2007 den überarbeiteten, definitiven Kostennachweis (im Folgenden finaler Kostennachweis genannt) für die nutzungsabhängigen und nutzungsunabhängigen Dienste eingereicht.

Die eingereichten Plausibilitätstabellen entsprechen den bereits in früheren Verfahren verwendeten Tabellen. Durch sie lassen sich die Preise für regionale und nationale Terminierungs- und Originierungsdienste, Mehrwertdienste sowie Transitdienste abbilden. Zusätzlich ist der Terminierungsdienst für Notrufe inklusive einem dienstspezifischen Zuschlag in der Kostenträgerrechnung abgebildet. Bei den Plausibilitätstabellen für die nutzungsunabhängigen Tarife verwendete die Gesuchsgegnerin pro Dienstgruppe ein Tabellenblatt, aus welchem für jeden Dienst die Prozesskosten, Plattformkosten, Kosten für Supportsysteme und die Zuschlagsfaktoren für die Abgeltung von Gemeinkosten ersichtlich sind. In einem separaten Tabellenblatt wird die Herleitung des Stundensatzes dargestellt, wie er in die Berechnung der Prozesskosten einfliesst.

Eine besondere Stellung nimmt die Instruktion betreffend Kostennachweis für die Betriebskosten ein, da die Gesuchsgegnerin – wie bereits in früheren Verfahren – methodische und technische Schwierigkeiten bei der Aufbereitung der hierfür notwendigen Tabellen hatte. Ein grundsätzliches Problem für die Überprüfung bestand darin, dass der ursprüngliche Kostennachweis mit Ausnahme einiger Summenfunktionen keine Verknüpfungen aufwies. Mit Schreiben vom 15. November 2006 wurde die Gesuchsgegnerin darauf aufmerksam gemacht und aufgefordert, sämtliche Daten und Dokumente in einem editierbaren Format einzureichen. Die Gesuchsgegnerin machte hierzu geltend, dass die Tabellen manuell ausgefüllt worden seien und deshalb keine Verknüpfungen aufwiesen. Diesem Argument konnte nicht gefolgt werden, da aus der Struktur der Tabellen so genannte Pivot-Tabellen¹ zu erkennen waren. Nachdem ein gemeinsames Verständnis zwischen instruierender Behörde und Gesuchsgegnerin bezüglich des Begriffs „editierbares Format“ gefunden worden war, wurde die Gesuchsgegnerin erneut angewiesen, die erforderlichen Verknüpfungen vorzunehmen. Am 9. März 2007 lieferte die Gesuchsgegnerin eine Version mit Verknüpfungen und die für Pivot-Tabellen notwendigen Rohdaten. In den Instruktionstreffen zum Kostennachweis im März 2007 stellte sich allerdings heraus, dass die Daten fehlerhaft waren oder gänzlich fehlten. Die Gesuchsgegnerin anerkannte, dass die ausgewiesenen Werte zwar in ihrer Summe, nicht aber auf Stufe der einzelnen Kostenstellen korrekt gewesen seien. Sie machte hierfür Übertragungsschwierigkeiten zwischen ihrem Kostenmodell und der

¹ Eine Pivot-Tabelle ist ein interaktiver Kreuztabellenbericht, der Daten (beispielsweise Datensätze aus einer Datenbank) zusammenfasst und analysiert.



Struktur der Plausibilitätstabellen geltend. Die Gesuchsgegnerin wurde erneut aufgefordert, den Kostennachweis so zu überarbeiten, dass auch auf Stufe der einzelnen Kostenstellen eine Überprüfung hinsichtlich Relevanz und Kostenschlüssel möglich wurde. Am 24. Mai 2007 reichte die Gesuchsgegnerin eine überarbeitete Version der Tabellen ein. Es zeigte sich indessen, dass die Tabellen für die Jahre 2004 und 2005 noch immer fehlerbehaftet waren. Die Eingabe vom 5. Juni 2007 entsprach schliesslich den formalen Anforderungen an ein editierbares Format sowie an die Prüfmöglichkeiten auf Stufe der einzelnen Kostenelemente respektive Kostenstellen.

3.1.4.2 Kostenmodell Cosmos für die Jahre 2007 - 2008

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 wurde 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 (vgl. z.B. Wissenschaftliches Institut für Kommunikationsdienste GmbH [WIK] oder Dialog Consult²). Allfällige Umwege werden durch den Wegfall von Durchleitungsgebühren und anderen Transaktionskosten kompensiert.

Ein weiterer Schritt war die Überprüfung der Transformation der Investitionen in Kosten mittels Annuitätenformel. Der manuelle Nachvollzug dieses Berechnungsschrittes zeigte, dass das Modell in dieser Hinsicht errechnet, was es vorgibt. Das Resultat der manuellen Berechnung entspricht dem Resultat der Berechnung in Cosmos. Die mengen- und wertmässigen Zusammenhänge zwischen den Ressourcen und den Kostenträgern werden in Cosmos in den Wertschöpfungsblöcken abgebildet und können nachvollzogen werden. Eine stichprobenweise Überprüfung liess keine Fehlfunktionen erkennen. 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.

3.1.5 Fazit

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Gesuchsgegnerin ihrer Beweispflicht nachgekommen ist und den Nachweis der Kostenorientiertheit in formeller Hinsicht erbracht hat. Mit den von ihr eingereichten Plausibilitätstabellen sowie den weiteren Unterlagen hat sie die von ihr geltend gemachten Kosten für die Jahre 2004 - 2006 in geeigneter und nachvollziehbarer Weise dargelegt. Dies gilt für die nutzungsabhängigen Dienste (usage charges), wie auch für die nutzungsunabhängigen Dienste (non usage charges). Gleichermassen kommt die verfügende Behörde zum Schluss, dass das Kostenmodell Cosmos grundsätzlich ein ausreichend präzises Rechenmodell zum Nachweis der kostenorientier-

²<http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/264.pdf>, S. 16.



ten Preisgestaltung der regulierten Dienste der Jahre 2007 - 2008 darstellt. Auch die Berechnungen in den zusätzlichen Exceltabellen sind zweckmässig und nachvollziehbar dargestellt, die von ihr geltend gemachten Kosten grundsätzlich in geeigneter und nachvollziehbarer Weise dargelegt. Dies gilt sowohl hinsichtlich der einzelnen Preise wie auch hinsichtlich der Preisstruktur, respektive des gesamten Preisgebildes.

Anzufügen ist jedoch Folgendes: mit Schreiben vom 16. Juni 2008 präzisierte die Gesuchstellerin anforderungsgemäss den Verfahrensgegenstand für die Jahre 2004 - 2008. In dieser Eingabe verlangt die Gesuchstellerin unter Anderem die Festsetzung der einmaligen Preise für die Dienstgruppe "Swisscom Network Joining Services" (Cancellation Fee for Cancellation, Ziff. 1.1.1.2 und 1.1.1.3). Für diese Preise hat die Gesuchsgegnerin jedoch keinen Kostennachweis eingereicht. Aus dem Kostenmodell Cosmos, wie es dem BAKOM eingereicht wurde, können die Kosten für diese Dienste nicht ersehen werden. Es bleibt somit festzustellen, dass die Gesuchsgegnerin für diese Preise den formellen Kostennachweis noch zu erbringen hat (vgl. die Ausführungen zur Teilverfügung in Ziff. 1.3.3).

Mit dem Nachweis der Kostenorientiertheit aus Sicht der Gesuchsgegnerin ist 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 Bst. d FMG vor, dass marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen in Form von Interkonnektion Zugang zu ihren Einrichtungen und zu ihren Diensten zu gewähren haben.

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

1. Es dürfen nur relevante Kosten berücksichtigt werden, also Kosten, welche in einem kausalen Zusammenhang mit der Interkonnektion 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 interkonnektionsbedingten Zusatzkosten (Incremental Costs) der in Anspruch genommenen Netzkomponenten sowie Zusatzkosten, welche ausschliesslich durch Interkonnektionsdienstleistungen 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.

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 (im Folgenden auch Modellunternehmen genannt) zu erfolgen hat. 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 simuliert den plötzlichen Markteintritt einer alternativen Anbieterin mit eigener Infrastruktur.

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 unterscheidet. 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 Anschlusstechnologien 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 ein hypothetischer Markteintreter sein 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

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



4 Überprüfung der Preisfestsetzung

Nachfolgend 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.

Die nutzungsabhängigen und die nutzungsunabhängigen Dienste werden in eigenständigen Abschnitten erläutert. Für die Jahre 2004 - 2006 wird das Vorgehen sowohl der Gesuchsgegnerin beim Erstellen des Kostennachweises in der Form der Plausibilitätstabellen als auch der Behörde bei der Überprüfung des Kostennachweises aufgezeigt. Für die Jahre 2007 - 2008 werden die Anpassungen im Zusammenhang mit dem Kostenmodell Cosmos beschrieben. Es wird auch 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.

Für den Zeitraum 2007 - 2008 ist Folgendes zu beachten: 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 nachfolgenden Ausführungen zu den einzelnen Anpassungen werden somit stets getrennt dargestellt für die Jahre 2004 - 2006 einerseits und 2007 - 2008 andererseits. Dies hat formal einmal mit den seit 1. April 2007 geltenden neuen Vorschriften bezüglich der Erbringung des Kostennachweises zu tun, wie zuvor ausgeführt. Die zeitliche Unterscheidung beruht sodann aber auch auf inhaltlichen Abweichungen bei der Kostenmodellierung, da seit 2007 nebst der Interkonnektion noch weitere Zugangsformen der Regulierung unterliegen (Art. 11 Abs. 1 FMG). Die kostenorientierten Preise für diese Dienste werden allesamt im Kostenmodell Cosmos dargestellt. Sämtliche Kosten, welche für die Berechnung kostenorientierter Preise bei den Zugangsformen relevant erscheinen, sind folglich untereinander verknüpft. Werden mit anderen Worten einzelne Kostenfaktoren bei einem Preis verändert, so hat das Auswirkungen auf die anderen Preise, für welche diese Kostenfaktoren ebenfalls relevant sind. Dies hat zur Konsequenz, dass die Interkonnektionspreise nicht mehr, wie anhand der Plausibilitätstabellen der Jahre 2004 - 2006, für sich allein betrachtet werden können, sondern immer nur als Teil des umfassenden Preismodells. Wurden vor 2007 einzelne Kostenfaktoren für die Interkonnektionspreise ausser Acht gelassen, weil sie ohne grosse Bedeutung sind, so sind diese nun gleichermassen für die Preisbildung relevant, wenn auch immer noch mit lediglich geringer Auswirkung. Schliesslich bleibt zu erwähnen, dass das Kostenmodell seit 2007 auch weitere abweichende Modellierungen enthält, was bei der Überprüfung der Preise der einzelnen Jahre zu beachten ist.

Für die Jahre 2007 - 2008 macht die Gesuchsgegnerin in ihrer Schlussstellungnahme vom 18. August 2008 geltend, dass die ComCom mit den Anpassungen von ihrer konstanten Praxis zur Festlegung von Modellparametern abweiche und dass die Preise der Interkonnektionsdienste im europäischen Vergleich auf das Niveau der tiefsten Preise zu liegen kämen.



Dazu ist zu bemerken, dass die Regulierung vor einer veränderten Ausgangslage steht, da seit dem 1. April 2007 insbesondere auch die entbündelte Teilnehmeranschlussleitung zu den regulierten Produkten gehört. In der bisherigen Regulierungspraxis bezogen auf das Festnetz war das Verbindungsnetz das zu Grunde 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 Markteinträterin 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 grundsätzlich einer Überprüfung und Neubemessung zu unterziehen. Damit verbunden kann es naturgemäss in ihrer Praxis 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 nicht ohne weiteres abschätzen kann. Nicht beige-pflichtet 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.

Bezüglich der Auswirkungen der Anpassungen auf die Preise der Interkonnektionsdienste ist zudem festzuhalten, dass der grösste Teil der Preisänderungen auf Anpassungen beruht, die von der ComCom bereits in ihren Verfügungen vom 14. Dezember 2007 in den Verfahren Colt Telecom AG vs. Swisscom Fixnet AG und Verizon Switzerland AG vs. Swisscom Fixnet AG vorgenommen wurden. Die entsprechenden Entscheide wurden nicht angefochten und sind in Rechtskraft erwachsen. Die Argumentation der Gesuchsgegnerin in ihrer Schlussstellungnahme vom 18. August 2008, wonach die Anforderungen an eine Praxisänderung nicht eingehalten seien, erscheint vor diesem Hintergrund nicht stichhaltig.

4.1 Nutzungsabhängige Dienste (Usage Charges)

Im Folgenden gilt es zunächst die Kostenorientierung bei den nutzungsabhängigen Preisen zu überprüfen, welche sich in je eine Komponente für den Verbindungsaufbau und für die Verbindungsdauer unterteilen.

Vorliegend von Interesse sind die von der Gesuchsgegnerin angebotenen Originierungs- und Terminierungsdienste. Diese beanspruchen zusammen mit weiteren Diensten für Fernmeldedienstanbieterinnen (Wholesale) und Diensten für Endkundinnen und Endkunden (Retail) das Verbindungsnetz (Core-Netz) der Gesuchsgegnerin, mittels dessen neben den erwähnten Sprachdiensten auch Mietleitungen und IP-basierte Dienste bereitgestellt werden. Man spricht in diesem Zusammenhang von einer Verbundproduktion, welcher durch eine entsprechende Kostenallokation in der Preisfestsetzung Rechnung zu tragen ist. Nicht Gegenstand der Betrachtung ist hingegen das Anschlussnetz (Access), welches beispielsweise für die Bereitstellung des Telefonanschlusses notwendig ist. Bei der Überprüfung der Preissetzung für die Jahre 2007 - 2008 wird jedoch das Gesamtnetz der Gesuchsgegnerin betrachtet und es werden für diese beiden Jahre die Anpassungen aufgelistet, die sowohl Verbindungsnetz als auch Anschlussnetz betreffen (vgl. dazu Ziff. 4 hiervor).

Die Kosten des Anschluss- und Verbindungsnetzes der hypothetischen effizienten Markteinträterin setzen sich einerseits aus den Betriebskosten und andererseits aus Kapitalkosten sowie Kosten für



Abschreibungen zusammen. Die Berechnung der Kapitalkosten und Kosten für Abschreibungen erfolgt mittels einer so genannten Annuitätenformel³, in welche die Höhe der Investitionen, der Preiszerfall, die Nutzungsdauer und der Kapitalkostensatz (WACC) einfließen. Jedem dieser Inputparameter wird nachfolgend ein Unterkapital gewidmet. Auch die Betriebskosten wie beispielsweise für Unterhalt, Personal und Overhead werden in einem eigenständigen Unterkapitel abgehandelt. Die Kosten der Technikfläche (Miete und Energie) stellen ebenfalls Betriebskosten dar, werden jedoch aufgrund ihrer Bedeutung ebenfalls in einem weiteren Unterkapitel thematisiert. Die an den Imputwerten vorgenommenen 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.

4.1.1 Abweichungen und Differenzen

Die Plausibilitätstabellen erlauben es, die von der Gesuchgegnerin geltend gemachten und in ihrem Price Manual publizierten Preise zu reproduzieren, und erfüllen somit den „Gütetest“ (3.1.4.1). Dennoch gilt es festzuhalten, dass gewisse Abweichungen in den Jahren 2004 - 2006 einerseits zwischen den strittigen Preisen gemäss Price Manual und dem ursprünglichen Kostennachweis und andererseits zwischen dem ursprünglichen und dem finalen Kostennachweis bestehen.

Die Abweichungen zwischen Price Manual und ursprünglichem Kostennachweis ergeben sich aus der Tatsache, dass die Plausibilitätstabellen das Kostenmodell der Gesuchgegnerin nicht vollumfänglich abzubilden vermögen. Die Gesuchgegnerin spricht bei den Plausibilitätstabellen deshalb von einem „Proxy“. Bezogen auf ein vierminütiges Gespräch bewegen sich die Abweichungen im tiefen einstelligen Prozentbereich und treten nicht systematisch auf, so dass weder Gesuchgegnerin noch Gesuchstellerin einseitig übervorteilt werden.

Die Abweichungen zwischen ursprünglichem und finalem Kostennachweis lassen sich darauf zurückführen, dass die Gesuchgegnerin die Plausibilitätstabellen im Laufe des Instruktionsverfahrens aus eigenem Antrieb oder als Folge behördlicher Kritik, insbesondere anlässlich der Instruktionstreffen, verbessert hat.

Bei der Überprüfung des finalen Kostennachweises hat die ComCom in einigen Bereichen Anpassungsbedarf ermittelt und in den Plausibilitätstabellen umgesetzt.

Zusammenfassend begründen drei Faktoren die Differenz zwischen den ursprünglich von der Gesuchgegnerin offerierten und den verfügbaren Preisen:

- Verbesserungen der Plausibilitätstabellen während der Instruktion;
- von der ComCom ermittelter Anpassungsbedarf;
- Überführungsschwierigkeiten und kleine Unschärfen zwischen Kostenmodell und Plausibilitätstabellen.

4.1.2 Höhe der Investitionen

Die Höhe der Investitionen ist ein Inputwert für die Berechnung der Kapitalkosten und der Kosten für Abschreibungen. Das Netz setzt sich aus verschiedenen Komponenten zusammen, welche in den nachfolgenden Unterkapiteln behandelt werden. Zunächst werden die Vermittlungs- und die Übertra-

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.



gungstechnik thematisiert. Hierbei handelt es um die technischen Anlagen, die sich in den Zentralen (Netzknoten) befinden. Anschliessend wird die Linientechnik behandelt, das heisst die Investitionen in Kabel, Kabelkanalisationen und Schächte. Daran schliesst das vierte Unterkapitel betreffend die Supportsysteme an.

4.1.2.1 Investitionen in Vermittlungstechnik: Anpassungsbedarf 2004 - 2006

Die Vermittlungstechnik bildet den eigentlichen Kern eines leitungsvermittelten Netzes. An jedem Netzknoten sind technische Ausrüstungen der Vermittlungstechnik installiert und haben zur Aufgabe, zeitweilig bestehende Verbindungskanäle zwischen Gesprächspartnern zu schalten.

Bei der Kostenmodellierung der Vermittlungstechnik verfolgt die Gesuchsgegnerin einen hybriden Ansatz, der basierend auf den gegebenen Standorten und gegebener Anzahl Anschlüsse die einzelnen Komponenten (Konzentrator, Portkarten, Signalisierung, Matrix, CPU) abhängig von der tatsächlichen Nachfrage dimensioniert. Ausgangspunkt der Dimensionierung bildet der Durchschnitt der drei höchsten Monatswerte des vermittelten Verkehrs, welche in den vergangenen zwölf Monaten für jede Verbindung gemessen wurden. Für jede einzelne Komponente und aufgegliedert nach Standort ergeben sich aus dem Produkt von Mengen und Preis die in den Plausibilitätstabellen geltend gemachten Investitionswerte. Diese Werte korrigiert die Gesuchsgegnerin anschliessend um die jährliche, zu erwartende Preisänderungsrate.

Ein Mass für die Beurteilung der Effizienz eines leitungsvermittelten Netzes ist die durchschnittliche Anzahl Beschaltungseinheiten⁴ (BE) pro Vermittlungsstelle. Für die Jahre 2004 bis 2006 geht die Gesuchsgegnerin – wie auch in ihrem tatsächlichen Netz (vgl. Swisscom, Form 20-F, 2004, S. 51 und 2005, S. 54) – von unter 100 Knotenzentralen aus. Daraus ergibt sich eine durchschnittliche Anzahl BE pro Knotenzentrale, die rund einen Drittel über dem Wert liegt, welche die ComCom in ihrem Referenzszenario für die Preisfestsetzung der Preise für die Jahre 2000 - 2003 zu Grunde gelegt hat. Auch die Anzahl Transitzentralen hat die Gesuchsgegnerin reduziert und entsprechend in ihrem Kostenmodell abgebildet. Somit lässt sich festhalten, dass die Gesuchsgegnerin in ihrem Modell eine effiziente Netzstruktur abbildet.

Der von der Gesuchsgegnerin verfolgte Ansatz zur Herleitung der Dimensionierung der Vermittlungstechnik ist nicht zu beanstanden. Die Gesuchsgegnerin stellt auf die tatsächlichen Verkehrswerte ab und korrigiert diese Werte um so genannte Wachstumsfaktoren. Sie geht davon aus, dass der dimensionierungsrelevante Verkehr in der Zukunft abnehmen wird und setzt deshalb für alle Jahre und alle Verbindungstypen negative Wachstumsfaktoren an. Daraus lässt sich ableiten, dass den Anforderungen an die Effizienz gemäss Art. 54 Abs. 2 FDV entsprochen wird.

Obwohl das methodische Vorgehen der Gesuchsgegnerin keinen Anlass zur Kritik gab, liessen sich in den Plausibilitätstabellen mehrere Unstimmigkeiten feststellen. Im Laufe des Instruktionsverfahrens wurde die Gesuchsgegnerin deshalb verschiedentlich auf diese Unstimmigkeiten in den Plausibilitätstabellen hingewiesen und die Gesuchsgegnerin hat ihren Kostennachweis in den folgenden Punkten verbessert:

- In ihrem ursprünglichen Kostennachweis 2004 wies die Gesuchsgegnerin am Standort einer Knotenzentrale eine sehr hohe Anzahl Portkarten aus. In ihren Antworten zu den Fragen und Nachforderungen zum Kostennachweis erklärte sie, dass es sich um ein Versehen handle und wies den korrekten Wert aus.

⁴ Ein Analoganschluss entspricht einer, ein Basis-ISDN-Anschluss zwei und ein Primärmultiplexanschluss 30 Beschaltungseinheiten.



- Im Kostennachweis für das Jahr 2004 hat die Gesuchsgegnerin die Anzahl Portkarten für Verbindungen zwischen Host und Client-Knotenzentralen gegenüber ihrem ursprünglichen Kostennachweis deutlich reduziert.
- Die Dimensionierung der Komponente Matrix⁵ erfolgt anhand einer Dimensionierungsregel, welche der Systemlieferant der Gesuchsgegnerin kommuniziert. Diese Berechnungsformel wurde in den ursprünglichen Plausibilitätstabellen teilweise nicht korrekt implementiert. Auf Basis eines Schreibens des Systemlieferanten an die Gesuchsgegnerin wurden die Tabellen angepasst.
- Die Systemlieferanten der Gesuchsgegnerin bieten bei beiden Vermittlungsausrüstungen CPU und Matrix eine Grundausrüstung und darauf aufbauend Ausbauschritte an. Dabei gibt es teilweise verschiedene Grundausrüstungen, die in Abhängigkeit der Grösse der Vermittlungsstelle gewählt werden. Bei Vermittlungsstellen mittlerer Grösse kann es geschehen, dass eine grosse Grundausrüstung kostengünstiger ist, als eine kleine, um mehrere Ausbauschritte erweiterte Grundausrüstung. Denn obwohl die kleinere Matrix an mittelgrossen Standorten nicht an ihre Kapazitätsgrenzen stösst, ist der Einsatz der grösseren Matrix effizienter, da die vielen Ausbauschritte beim kleineren Typ hohe Kosten verursachen. Der Systemlieferant führt in einem Schreiben an die Gesuchsgegnerin den Wert auf, ab dem sich der Einsatz der grösseren Grundausrüstung lohnt. In ihrem finalen Kostennachweis für die Jahre 2004 und 2005 übernimmt die Gesuchsgegnerin diesen Wert, um die Investitionen in Matrix am Standort der Knotenzentralen herzuleiten.

Die Überprüfung des definitiven Kostennachweises vom 5. Juni 2007 für die relevanten Jahre hat ergeben, dass die Gesuchsgegnerin nicht in allen Fällen den jeweils günstigeren Typ Matrix bei ihrer Modellierung berücksichtigt hat. Wie oben aufgezeigt, hat sie dies nur bei den Knotenzentralen und nur für die Jahre 2004 und 2005 getan. Die ComCom passt deshalb die Tabellen an, so dass der jeweils günstigere Typ Matrix in allen drei Jahren 2004 - 2006 sowohl in den Knotenzentralen als auch Transitzentralen berücksichtigt wird.

In ihrem Kostenmodell für die Preisberechnung 2005 sieht die Gesuchsgegnerin vor, dass alle Knotenzentralen mit der grösseren und teureren CPU ausgerüstet sind. Hingegen unterscheidet sie bei den Transitzentralen zwischen den beiden CPU-Typen. Dieses Vorgehen ist weder in sich schlüssig noch sachgerecht. Auch bei den Knotenzentralen hätte die Gesuchsgegnerin den CPU-Typ in Abhängigkeit der Grösse der Vermittlungsstelle wählen müssen. Die ComCom passt die Tabelle Vermittlungstechnik des Jahres 2005 an, indem sie das Verhältnis der kleinen und grossen CPU des Jahres 2004 auch für das Jahr 2005 anwendet.

Die Gesuchsgegnerin macht geltend, dass für die Festsetzung kostenorientierter Preise der regulierten Dienste ihre Kosten für Lawful Interception berücksichtigt werden müssten. 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 neu dem Informatik Service Center des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (ISC-EJPD) angegliedert ist.

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

⁵ Eine Matrix oder zu Deutsch Koppelfeld dient der Vermittlung und Durchschaltung von Signalen. Dabei werden Eingangssignale auf entsprechende Ausgänge geschaltet.



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 der 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. Die Kosten 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.

4.1.2.2 Investitionen in Vermittlungstechnik: Anpassungsbedarf 2007 - 2008

Der Hybrid-Ansatz zur Kostenmodellierung der Vermittlungstechnik aus den Vorjahren bleibt auch für die Jahre 2007-2008 gültig. Alle mengenbezogenen Parameter des bestehenden Netzes werden dem Inventar der Gesuchsgegnerin entnommen, welches an einem bestimmten Stichtag erhoben wird. Diese Anlageressourcen werden um für die Modellierung irrelevante Elemente bereinigt. Für die Festlegung der verkehrsbezogenen Parameter werden die angepassten historischen Messwerte der Belegungszeit des realen Netzes verwendet.

Die Investitionen in die Vermittlungstechnik werden tendenziell tiefer. In den Jahren 2007-2008 hat die Gesuchsgegnerin bei der Modellierung weitere Effizienz Anpassungen vorgenommen. Die Anzahl der Knotenzentralen wurde reduziert. Die durchschnittliche Anzahl Beschaltungseinheiten pro Vermittlungsstelle ist somit wie in den Vorjahren gestiegen. Für den Kostennachweis 2008 hat die Gesuchsgegnerin auch weniger Transitzentralen modelliert, dagegen neu die Gateway-Funktion in einigen Knotenzentralen berücksichtigt. Ausserdem wurden nur jeweils ein Typ für Matrix und CPU angesetzt, was zur Vereinfachung der Modellierung führt.

Die Gesuchsgegnerin hält in ihrer Schlussstellungnahme vom 18. August 2008 an der Berücksichtigung der Kosten für Lawful Interception (LI) fest. Aus den oben unter Ziff. 4.1.2.1 bereits genannten Gründen können diese Kosten indessen nicht berücksichtigt werden und sind deshalb aus dem Kostennachweis zu streichen.

4.1.2.3 Investitionen in Übertragungstechnik: Anpassungsbedarf 2004 - 2006

An jedem Netzknoten stehen übertragungstechnische Ausrüstungen, welche für den Transport von Sprache und Daten zwischen den Netzknoten sorgen. In einem modernen Telekommunikationsnetz kommen meistens mehrere Übertragungsplattformen zum Einsatz. Vorliegend relevant ist die so genannte SDH-Übertragungsplattform. In ihrem Kostenmodell geht die Gesuchsgegnerin davon aus,



dass vermittelte Dienste und andere Dienste wie beispielsweise Mietleitungen die gleiche SDH-Übertragungsplattform in Anspruch nehmen. Die Dimensionierung der Sprach-Verbindungen erfolgt auf Basis von Verkehrsmessungen, die auch der Dimensionierung der Vermittlungstechnik zugrunde liegen. Die übrigen Dienste werden auf Basis von Prognosen dimensioniert.

Bei der Überprüfung der ursprünglichen Tabellen in der Version vom 31. Oktober 2006 wurde festgestellt, dass die Aufteilung der Investitionen auf die verschiedenen Verbindungstypen nicht sachgerecht ist. Auf der Kostenstelle T-T (Verbindung zwischen den Transitzentralen) wurden zu tiefe Kosten und auf der Kostenstelle R-L (Verbindung zwischen Konzentratoren und Knotenzentralen) zu hohe Kosten verbucht. Die Gesuchsgegnerin wurde deshalb aufgefordert, die Aufteilung auf die Kostenstellen zu überprüfen und zu dokumentieren. Für den finalen Kostennachweis vom 5. Juni 2007 hat die Gesuchsgegnerin die Aufteilung der Investitionen auf die verschiedenen Verbindungstypen korrigiert. Somit wurde den behördlichen Bemerkungen Rechnung getragen.

Die SDH-Übertragungsplattform wird von verschiedenen Diensten in Anspruch genommen. Dieser Verbundproduktion ist Rechnung zu tragen, indem die Kosten der Übertragungsplattform den vermittelten Diensten nur anteilmässig zuzurechnen sind. Diese Aufteilung geschieht nach Massgabe des Verhältnisses zwischen den von vermittelten Diensten in Anspruch genommenen Portkarten und den übrigen Diensten zugewiesenen Portkarten. Die Aufteilung der Investitionen auf vermittelte Leistungen und übrige Dienste ist in der ursprünglichen Plausibilitätstabelle jedoch nicht sachgerecht abgebildet. Der Grund liegt darin, dass es für einen Standort zum Teil mehrere Einträge gibt und die Anzahl Portkarten für vermittelte Leistungen und Mietleitungen nicht auf der gleichen Zeile erfasst wurde. Die Gesuchsgegnerin hat in ihrem finalen Kostennachweis vom 5. Juni 2007 diesem Umstand Rechnung getragen.

Die ComCom hält deshalb fest, dass die Höhe der Investitionen in Übertragungstechnik korrekt ausgewiesen wird.

4.1.2.4 Investitionen in Übertragungstechnik: Anpassungsbedarf 2007 - 2008

Die Investitionen in die Übertragungstechnik im betrachteten Zeitraum sind deutlich tiefer als in den Jahren 2004 - 2006. Im Jahr 2008 haben sich die Investitionen im Verhältnis zum Jahr 2006 fast halbiert. Dies bedeutet einerseits, dass die Gesuchsgegnerin bestimmte Effizienz Anpassungen in der Modellierung vorgenommen hat, andererseits hat sich das Preisgerüst für die Anlagen zum Teil verringert. Im Bereich Investitionen in Übertragungstechnik müssen deshalb im Kostennachweis 2007-2008 keine Anpassungen vorgenommen werden.

4.1.2.5 Investitionen in Linientechnik: Anpassungsbedarf 2004 - 2006

Die Linientechnik besteht aus Kanälen, Schächten und Kabeln und stellt die physikalische Verbindung zwischen den einzelnen Netzknoten dar. Die Investitionen der Linientechnik werden einerseits aus einem Mengengerüst, welches sich aus der Länge Kabelkanalisation und Kabel sowie der Anzahl Schächte ergibt, andererseits aus einem Preisgerüst ermittelt. Während das Mengengerüst für den Kostennachweis der Jahre 2004 und 2005 aus einem Inventarsystem extrahiert wurde, verwendet die Gesuchsgegnerin für die Jahre 2006, 2007 und 2008 eine Bottom-up-Berechnung. Das Preisgerüst wird jährlich angepasst.

Die Investitionen leitet die Gesuchsgegnerin mittels eines modifizierten Top-down-Ansatzes her. Im Gegensatz zu den Vorjahren geht die Gesuchsgegnerin in ihren Modellrechnungen für die vorliegend relevanten Jahre von der zu dem Zeitpunkt aktuellen und etablierten Technologie aus. Für die Bewertung der Kabelkanalanlagen im Verbindungsnetz trifft sie die Annahme, dass ausschliesslich Kunststoffrohre verwendet werden, in die Glasfaserkabel eingeblasen werden können.



Die von der Gesuchsgegnerin geltend gemachten Investitionen wurden mit den Werten aus dem Referenzszenario, welches die ComCom für die Preisfestsetzung 2000 - 2003 verwendete, verglichen. Dabei hat sich gezeigt, dass die Werte der vorliegend relevanten Jahre etwa sieben Prozent über den Werten aus dem Referenzszenario liegen. Daraus ist jedoch nicht zu schliessen, dass die Gesuchsgegnerin die Kosten der effizienten Leistungserbringung überschätzt hat, gilt es doch zu beachten, dass die Anzahl Netzknoten seither zugenommen hat. Da mehr Netzknoten miteinander verbunden werden müssen, steigt auch der Investitionsbedarf in Linientechnik.

Der Vergleich mit Werten aus früheren Verfahren und die Tatsache, dass die Gesuchsgegnerin die Bewertung anhand der aktuellen und etablierten Technologie vorgenommen hat, führen dazu, dass in diesem Bereich keine Anpassungen gemacht werden müssen.

4.1.2.6 Investitionen in Linientechnik: Anpassungsbedarf 2007 - 2008

Die Wiederbewertung der Linientechnik im Kostennachweis 2007-2008 erfolgt nach einem Bottom-up-Ansatz. Bei der Modellierung der Netzstruktur geht die Gesuchsgegnerin von den aktuellen Anschlusszentralenstandorten aus. Die Längenberechnung der Kanalisationen und Kabel werden mit Hilfe des Strassenverlaufprogramms VECTOR25 des Bundesamtes für Landestopografie (swisstopo35) ermittelt. Da Cosmos ein integriertes Modell darstellt, wurden die Investitionen in die gesamten linientechnischen Einrichtungen (Verbindungsnetz und Anschlussnetz) unter Betracht gezogen. Eine vertiefte Analyse des Kostennachweises ergibt Anpassungsbedarf beim Beilauflauf, der Modellierung der Schächte, der Preise gewisser NPK-Ressourcen, der Preise für Werkleitungs- und Belagbau, des Kupfer- und Kupferkabelpreises, des Regieanteils und des Ingenieurhonorarzuschlags.

4.1.2.6.1 Beilauflauf

Der Beilauflauf 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 Beilauflauf ist vorliegend die Rede, wenn ein Unternehmen in den gleichen Gräben Kanalisation für Anschluss- und Verbindungsnetz verlegt. Externer Beilauflauf 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 Beilauflauf insbesondere Grabungskosten von verschiedenen Unternehmen getragen, während beim internen Beilauflauf die Kosten auf verschiedene Produkte derselben Unternehmung aufgeteilt werden.

Die Gesuchsgegnerin geht in ihrer Bottom-up-Modell-Herleitung der Kanalisation zweistufig vor. Zwecks Optimierung des internen Beilauflaufs modelliert sie zuerst 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 Beilauflauf 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 die Gesuchsgegnerin geltend, der von ihr berechnete Beilauflauf orientiere sich 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 Beilauflauf realisiert werden könne und dass bei der Koordination mit alternativen Infrastrukturen weniger als die Hälfte der Investitionen eingespart werden könne.

Die verfügende Behörde nimmt aus folgenden Gründen Anpassungen im Kostennachweis der Gesuchsgegnerin hinsichtlich Beilauflauf vor: Eine effiziente Anbieterin gemäss Art. 54 FDV würde versu-



chen, einen möglichst hohen Beilau 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 Beilau nicht dem einer hypothetischen effizienten Markteintreterin entspricht sondern optimiert werden kann. Insbesondere fehlen in ihrer Herleitung des Beilaufs vertiefte Überlegungen im Bezug auf alternative Fernmeldedienstanbieterinnen und Kabelnetzbetreiberinnen (CATV), welche zweifelsfrei Interesse an der Teilung von Infrastrukturkosten hätten. Eine Abweichung vom effizienten Beilau 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 Beilau 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 würden. Diesfalls könnte davon ausgegangen werden, dass die Kosten der betroffenen Kanalisationsabschnitte halbiert werden könnten, 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 würde. Mit einer vorsichtigen Schätzung ist davon auszugehen, dass mindestens die Hälfte der alternativen Infrastruktur die Hälfte ihrer erwarteten Lebensdauer überschritten hat und erneuert würde. 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 Anschlussdichte⁶ 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 Beilau in Frage kommende Kanalisation macht deshalb wohl ca. 50% der gesamten Kanalisation aus. Damit ergibt sich ein Beilau von 25%, sofern man davon ausgeht, dass die alternative Anbieterin ihr Netz lediglich zusammen mit einer weiteren Netzbetreiberin verlegt. Würden sich gar mehrere Netzbetreiberinnen an den Grabarbeiten beteiligen, könnte eine noch weitergehende Kostenteilung Platz greifen. Auch nicht berücksichtigt ist der zusätzlich mögliche Beilau 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 (Bun-

⁶ Die geografische Anschlussdichte entspricht der Division der Anzahl Anschlüsse durch die Gemeindefläche.



desnetzagentur) 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 angemessen.

4.1.2.6.2 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 wird 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 Einstiegschacht ist von der Breite und Höhe der Einführungen her ähnlich dimensioniert wie der sog. kleine Einstiegschacht. 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 Einstiegschacht, zwingend notwendig wäre um ein statisches Telekommunikationsnetz zu unterhalten. Ein Netzausbau ist in der Modellwelt nicht vorzusehen und für Unterhalt und Reparaturen würden Kleinstiegschächte ausreichen. Eine effiziente Anbieterin würde deshalb auf den grössten Schachttyp verzichten und nur die drei kleineren Modelle anwenden.

Die ComCom hat deshalb bei der Modellierung des Anschlussnetzes den gewichteten Preis für die Ressource Schacht wie folgt berechnet: Die Kategorie Einstiegschächte wird durch die Kategorie Kleinstiegschächte ersetzt. Das heisst, die Anzahl Einstiegschächte wird je Oberflächentyp zur Anzahl der Kleinstiegschächte 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.

4.1.2.6.3 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 auf Grund der stetigen Belastung durch Fahrzeuge sinnvoll erscheint, gibt es keine Gründe wieso 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%.

4.1.2.6.4 Anpassungen der Preise für Werkleitungs- und Belagsbau

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 zuliesse. In ihrer Schlussstellungnahme vom 18. August 2008 macht sie zudem geltend, dass keine Beweismittel vorliegen würden, die den Schluss zuliesse, 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 sie 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 Gesamtaussumme 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 Markt- eintreterin nicht massiv grössere Baulose verwenden und entsprechend höhere Skaleneffekte erzielen würde.

Es liegt somit nahe, dass die Höhe der Bausumme (sicherer Jahresumsatz der Baubranche mit einem einzigen Auftrag) und der deutliche Mengenunterschied auf den sich die anzuwendenden Preise be- ziehen, 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 gros- se Einsparungen für die beauftragte Baufirma beispielsweise im Bereich Verwaltungs- und Vertriebs- gemeinkosten, 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 entspre- chend nach unten zu korrigieren. Angesichts der Dimension der Investitionen, welche zum Bau eines nationalen Telekommunikationsnetzes notwendig wären, handelt es sich dabei um eine eher vorsichti- ge Anpassung.

4.1.2.6.5 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 Kup- ferpreis 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 ver- suchen, das Kupfer zum tiefstmöglichen Preis zu beschaffen und sich nicht dem Risiko eines Zufalls- preises 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 Aus- sage 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 methodi- sches Vorgehen, welches zudem die Konsistenz zur Herleitung der Preisänderungsrate wahrt (vgl.



4.1.4.2.2). 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 Logistikkzuschlag 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.

4.1.2.6.6 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)
- Durchleitungsschädigungen
- 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 Durchleitungsentzündigungen 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.

4.1.2.6.7 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, 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 Baulösungsgrösse 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 auf Grund 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.

4.1.2.7 Investitionen in Supportsysteme: Anpassungsbedarf 2004 - 2006

Die Supportsysteme tragen zur Bereitstellung der Interkonnektionssprachdienste bei, indem sie beispielsweise die Netz- und Verkehrsüberwachung, Fehlerbehebung, Inventarisierung oder Rechnungsstellung ausführen.

In ihrem Kostenmodell hat die Gesuchsgegnerin die Supportsysteme wiederbewertet, zuerst auf die Hauptprozesse (Serviceprozesse, Plattformen, Billing, Gemeinkosten) und anschliessend auf Netzplattformen (Voice, IP, Data, Lines) zugewiesen.



Die beschriebene Kostenmodellierung wurde in den Plausibilitätstabellen vom 30. Oktober 2006 für die Jahre 2004 - 2006 nur ansatzweise abgebildet. Aus diesem Grund wurde die Gesuchsgegnerin aufgefordert, eine ausführliche Darstellung der Kostenzuweisung, Kostenstellenrechnung sowie eine Beschreibung der benötigten Supportsysteme einzureichen. Zudem wurde eine Erklärung der Kosten Schwankungen über die Jahre verlangt. Die Gesuchsgegnerin hat die vom BAKOM vorbereiteten Tabellenblätter entsprechend ausgefüllt. Die Schwankungen seien laut Gesuchsgegnerin wegen Änderungen der Wiederbewertungsmethoden, Veränderungen der Struktur und Zuordnung der Supportsysteme sowie wegen Anpassung der Nutzungsdauer aufgrund neuer Erkenntnisse begründet. Bei der Nachprüfung hat die Gesuchsgegnerin festgestellt, dass die Betriebskosten des Supportsystems Netzmanagement SDH in ihrem ursprünglichen Kostennachweis vom 30. Oktober 2006 zu hoch ausgewiesen wurden. Sie hat den Wert entsprechend korrigiert.

In ihren Antworten zum Fragenkatalog hat die Gesuchsgegnerin für jedes Supportsystem die Relevanz bezüglich Interkonnectionsdienste ausgewiesen. Zusätzlich hat sie eine Kostenallokation für jedes einzelne Supportsystem eingereicht. Zwischen diesen beiden Darstellungen gibt es Inkonsistenzen. Ein Vergleich der beiden Beweismittel zeigt, dass die Gesuchsgegnerin einige als nicht relevant bezeichnete Supportsysteme in der Kostenallokation dennoch als relevant verbucht. Die Gesuchsgegnerin hat während der Instruktionstreffen die Relevanz bestimmter Supportsysteme erläutert und die Kostenallokation der anderen betreffenden Systeme nachgeprüft. Die inkonsistente Zuordnung über die Jahre erklärte die Gesuchsgegnerin mit der fehlenden End-zu-End-Sicht, die eine Plausibilisierung für das einzelne Supportsystem für die Jahre 2004 und 2005 verunmöglichte. In ihrem Kostennachweis vom 5. Juni 2007 hat die Gesuchsgegnerin diese Inkonsistenzen beseitigt und sichergestellt, dass nur Kosten von als relevant bezeichneten Supportsystemen in die Preisfestsetzung einfließen.

Für die Teilleistung Verbindungsaufbau bei Anrufen auf Mehrwertdienstnummern ist das Supportsystem für das intelligente Netz⁷ (Intelligent Network, kurz IN) der wichtigste Kostentreiber. Da das intelligente Netz neben Anrufen auf Mehrwertdienstnummern von einer Reihe anderer Dienste in Anspruch genommen wird, ist eine Überprüfung der Kostenallokation angezeigt. Die Gesuchsgegnerin hat die Kostentreiber der einzelnen Dienste untersucht und dabei für jeden Dienst berechnet, in welchem Ausmass der Dienst das intelligente Netz in Anspruch nimmt. Darauf basierend hat sie dem Verbindungsaufbau bei Anrufen auf Mehrwertdienstnummern einen Teil der Kosten für das IN verursachungsgerecht zugeschlüsselt. Dieses Vorgehen der Gesuchsgegnerin ist sachgerecht und weitere Anpassungen erscheinen deshalb nicht angezeigt.

4.1.2.8 Investitionen in Supportsysteme: Anpassungsbedarf 2007 - 2008

Für die Jahre 2007 - 2008 hat die Instruktionsbehörde weitere Abklärungen betreffend die Relevanz gewisser in der Kostenrechnung berücksichtigter Supportsysteme und deren Funktionalität durchgeführt. Die Gesuchsgegnerin wurde auch aufgefordert, die Steigerung der Investitionen in einzelne Supportsysteme zu erklären. Die genannten Gründe sind eine veränderte Zuordnung der Systemkomponenten, implementierte Systemerweiterungen sowie die Wiederbewertung, welche die erweiterten Funktionalitäten und die Entstehungskosten der Systeme berücksichtigen. Ausserdem hat die Instruktionsbehörde die Kostenallokation auf regulierte Dienste und Dienstgruppen überprüft.

Im Bereich der Investitionen in Supportsysteme sieht die ComCom in den Jahren 2007 - 2008 keinen Anpassungsbedarf.

⁷ Das Intelligente Netz (IN) ist kein eigenes physikalisches Netz, sondern ein diensteorientiertes zentrales System, das auf ein vorhandenes Telefonnetz aufsetzt. Ein IN erweitert ein Telefonnetz um intelligente Netzkomponenten und zusätzliche Leistungsmerkmale.



4.1.3 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.

Die vorliegend relevante Nutzungsdauer von Anlagen richtet sich nach der gesetzliche 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. Daneben erfährt eine Anlage andererseits auch eine Abnutzung. Diese Abnutzung gilt es ebenfalls kostenrechnerisch mittels Abschreibungen zu kompensieren.

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.⁸ Für die Beurteilung der technischen Lebensdauer stützt sie sich somit auf die Richtlinie 16 der International Accounting Standards ab.⁹ 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 IFRS 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 zu Grunde 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 Dynamik wird bei diesen Voraussetzungen vielmehr dadurch Rechnung getragen, dass im Rahmen der

⁸ 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).

⁹ http://www.ifrs-portal.com/Texte_deutsch/Standards/Standards_2006/IAS_16/IAS_16_4.htm#Abschreibung



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.

4.1.3.1 Anpassungsbedarf 2004 - 2006

Die Gesuchsgegnerin hat im Vergleich zu den Vorjahren 2000-2003 für einzelne Anlagekategorien in den Jahren 2004-2006 wiederholt die Nutzungsdauern angepasst. Diese Anpassungen haben die Instruktionsbehörde veranlasst, die geltend gemachten Nutzungsdauern grundsätzlich zu überprüfen.

Die Gesuchsgegnerin wendet die von ihr ausgewiesenen Nutzungsdauern sowohl für ihre regulierten, als auch für die nicht regulierten Bereiche an. Dieses Vorgehen entspricht jedoch nicht den gesetzlichen Vorgaben im Sinne von Art. 54 Abs. 2 FDV. Die ComCom hat die Nutzungsdauern deshalb aufgrund eigener Überlegungen festzulegen. Im Rahmen des Beweisverfahrens ist die Gesuchsgegnerin aufgefordert worden, Informationen zur effektiven durchschnittlichen Lebensdauer der eingesetzten Infrastruktur einzureichen. Aufgrund der Kenntnisse über die Einsatzdauer der bislang vorhandenen Infrastrukturen hätten Rückschlüsse auf die durchschnittlichen technischen Lebensdauern aktueller und etablierter Technologien und Infrastrukturen gezogen werden können. Trotz mehrfacher Aufforderung hat die Gesuchsgegnerin jedoch keine sachdienlichen Angaben unterbreitet.

Der Preisüberwacher hat in seiner Stellungnahme vom 5. September 2007 zu den Interkonnektionspreisen 2004 - 2006 festgehalten¹⁰, dass eine geänderte Praxis bei der Umsetzung von Rechnungslegungsvorschriften allein nicht belege, dass die Lebensdauer von Schächten und Kanalisationen kürzer geworden wäre. Er unterstrich die Wichtigkeit, die Nutzungsdauern anhand der tatsächlichen Lebensdauern der Anlagen festzulegen und er bemerkt, dass Netzteile, die bereits vollumfänglich abgeschrieben sind, nicht erneut in Rechnung gestellt werden sollten. Er empfahl daher, die Nutzungsdauern auch insbesondere im Hinblick auf künftige Verfahren kritisch zu prüfen und diese anhand der tatsächlichen Nutzungsdauern der Anlagen festzulegen, wobei bilanztechnisch motivierte, vorsorglich kurze Abschreibungszeiten zu vermeiden seien.

Die Gesuchsgegnerin ist demgegenüber der Meinung, die Nutzungsdauern seien nicht anzupassen. Sie bringt vor, sie habe sich bei der Angabe der Nutzungsdauern an die Vorgaben der Rechnungslegungen gemäss IFRS gehalten und entsprechend die Anlagewerte unter Verwendung marktgerechter Nutzungsdauern neu bewertet, selbstverständlich aus der Sicht einer neu in den Markt eintretenden Anbieterin. Die Nutzungsdauern habe sie anhand des zukünftigen Cash-Flows approximativ über die Anwendung der Annuitätenmethode einer Anlage bestimmt. Die erwartete Nutzungsdauer einer Anlage müsse daher nicht zwangsweise mit der technischen Lebensdauer übereinstimmen. Die technische Lebensdauer sei aufgrund der geforderten zukunftsgerichteten Betrachtungsweise irrelevant. Des Weiteren macht die Gesuchsgegnerin geltend, dass eine effiziente Anbieterin ihr Netz laufend auf den neusten technologischen Stand bringe und dadurch ihre Anlagen ersetzen müsse, bevor diese die technisch mögliche Nutzungsdauer erreicht habe. Den Empfehlungen des Preisüberwachers sei nicht zu folgen. Auch seien die durch die Instruktionsbehörde vorgenommenen Anpassungen der von der Gesuchsgegnerin vorgegebenen Nutzungsdauern nicht nachvollziehbar. Es sei schliesslich nicht zulässig, Nutzungsdauern nachträglich abzuändern, wenn die ursprüngliche Einschätzung der Gesuchsgegnerin vertretbar sei. Zur Untermauerung ihrer Behauptung, dass die von ihr gewählten Nutzungsdauern durchaus der Markt- und Branchenüblichkeit entsprechen, verweist sie auf eine Studie aus dem Jahr 2003 von Ernst & Young, welche eine internationale Übersicht über Nutzungsdauern im Telekom-Sektor gibt.

¹⁰ Vgl. die publizierten Entscheide der ComCom vom 14. Dezember 2007 in Sachen Verizon Switzerland AG respektive Colt Telecom AG vs. Swisscom Fixnet AG.



Die von der Gesuchsgegnerin genannte Studie zeigt auf, dass die an der Studie beteiligten 14 globalen Telekommunikationsunternehmen sehr unterschiedliche Nutzungsdauern ansetzen. Bei den namentlich erwähnten Unternehmungen handelt es sich um börsenkotierte Unternehmen respektive Tochterunternehmen von börsenkotierten Unternehmungen, welche wie die an der Studie beteiligte Gesuchsgegnerin selber IFRS oder analogen international anerkannten Buchführungs- und Bilanzierungsrichtlinien folgen müssen. Wie die nachfolgende aufgrund der Studie hergeleitete Abbildung 3 zeigt, variieren die gewählten Nutzungsdauern der einzelnen Anlagekategorien sehr stark.

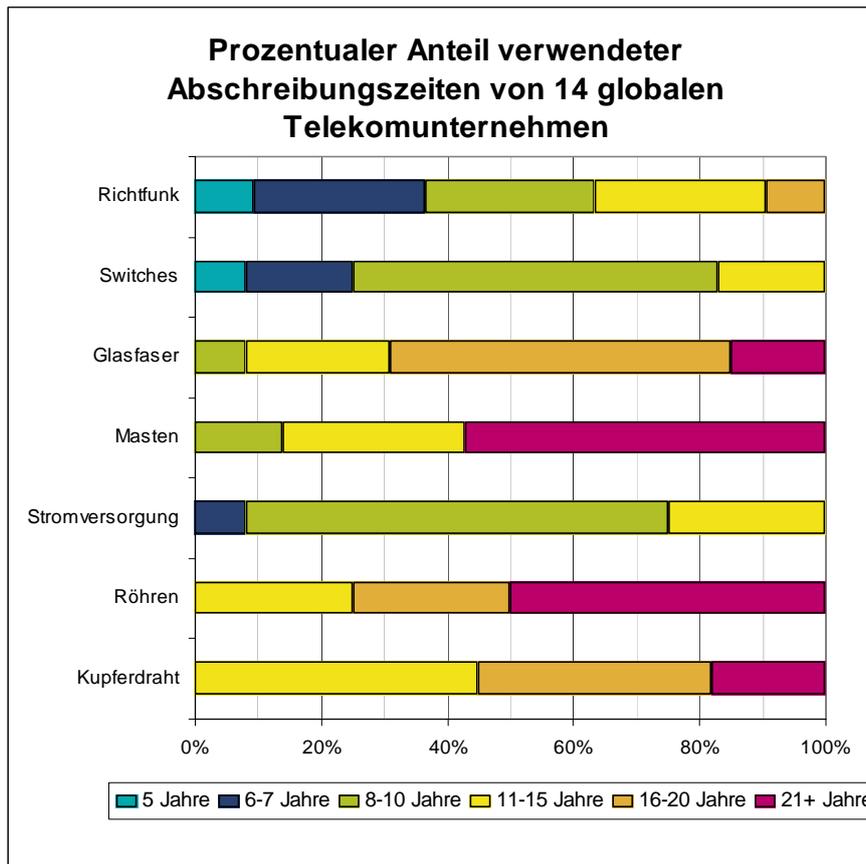


Abbildung 3 : Prozentualer Anteil verwendeter Abschreibungszeiten

Aus Abbildung 3 geht hervor, dass, obschon sich die von den Unternehmen eingesetzten Anlagen in ihrer technischen Ausgestaltung nicht grundsätzlich unterscheiden dürften, die dafür vorgesehenen Nutzungsdauern der einzelnen Unternehmen markant untereinander abweichen können. Dies lässt nur den Schluss zu, dass ein Abstützen alleine auf IFRS oder andere international anerkannte Buchführungs- und Bilanzierungsrichtlinien einen zu grossen Ermessensspielraum zulässt, weshalb zwecks Bestimmung der Nutzungsdauern weitere Kriterien herangezogen werden müssen. Immerhin dürfen nur die Kosten einer neu in den Markt eintretenden effizienten Anbieterin geltend gemacht werden und dies bedeutet, dass nicht zu schnell, aber auch nicht zu langsam abgeschrieben werden darf, weil ansonsten eine ungerechtfertigte doppelte Amortisation der Investitionen ermöglicht würde, respektive die Kosten nur teilweise wieder eingespielt werden könnten. Die von der Gesuchsgegnerin gemachten Ausführungen, dass sie die Nutzungsdauern anhand des zukünftigen Cash-Flows approximativ über die Anwendung der Annuitätenmethode einer Anlage bestimmt habe, sind zudem nicht korrekt. Nur mittels ökonomischer Abschreibungen werden effektiv die zukünftigen Cash-Flows in die Betrachtung der Nutzungsdauer miteinbezogen. Mittels Annuitätenmethode wird einzig sichergestellt, dass die Summe von Abschreibung und Verzinsung der Investition unter Einbezug des Preiszerfalls über die Zeitachse ceteris paribus gleich bleibt. Dabei stellt die Nutzungsdauer einen Inputparameter dar und



ist nicht Resultat dieser Methode. Es kann sehr wohl in der Realität zutreffen, dass die Nutzungsdauer effektiv kürzer ist als die technische Lebensdauer, was sich mittels ökonomischer Abschreibung bestimmen lässt. Dies wurde indessen von der Gesuchsgegnerin nicht entsprechend modelliert. Daher sind die von der Gesuchsgegnerin gemachten Ausführungen zwar für ökonomische Abschreibungen zutreffend, aber nicht, wie sie behauptet, für ihre Abschreibungspraxis und somit auch nicht für die von ihr verwendete Annuitätenmethode.

Ein Vergleich mit der von ausländischen Regulierungsbehörden entwickelten Praxis bezüglich Nutzungsdauern für Telekom-Infrastrukturen zeigt, dass die Zielsetzungen der Regulierungsbehörden in den einzelnen Ländern unterschiedlich sind. Der Anreiz für (Ersatz-)Investitionen in flächendeckende Infrastruktur wird mittels relativ kurzen Nutzungsdauern grundsätzlich erhöht. Können Infrastrukturinvestitionen relativ schnell abgeschrieben werden, reduziert sich das Investitionsrisiko. Wird eine lange Nutzungsdauer unterstellt, steigt entsprechend das Investitionsrisiko. In Ländern mit nur unterdurchschnittlicher Infrastrukturausbreitung besteht ein grundsätzliches Interesse, höhere Anreize für einen weiteren Ausbau der Infrastruktur zu schaffen, indem tendenziell tiefere Nutzungsdauern festgelegt werden. Ein weiterer gewichtiger Unterschied für die Festlegung unterschiedlicher Nutzungsdauern liegt in der effektiven Bauart des Netzes. Je nach Dimensionierung und Ausgestaltung der Materialien kann eine längere oder kürzere technische Nutzungsdauer erwartet werden. Schliesslich spielen auch noch regulierungsökonomische Aspekte eine Rolle. Eine Betrachtung aufgrund von Buchwerten oder nach Massgabe der Forward Looking Long Run Incremental Costs beeinflusst die von der Regulierungsbehörde festzulegende Nutzungsdauer. Insbesondere im Fall einer Buchwertbetrachtung ist es unter Umständen volkswirtschaftlich nicht erwünscht, dass sämtliche in der Vergangenheit getätigte Investitionen in das Netz nochmals als abschreibungsrelevant in die Kostenbetrachtung einbezogen werden. Für die Interpretation von Art. 54 FDV dürfen jedoch solche wirtschaftspolitisch motivierten Überlegungen für eine verkürzte Nutzungsdauer nicht berücksichtigt werden. Vielmehr sind die im internationalen Vergleich durch Regulierungsbehörden festgelegten Nutzungsdauern einer kritischen Betrachtung zu unterwerfen, bevor auf diese abgestützt werden darf.

Die von der Instruktionsbehörde durchgeführte Umfrage bei 14 nationalen Regulierungsbehörden zeigt, dass sie die Nutzungsdauern nicht einheitlich festlegen: Für Kanalisation und Schächte wurden Nutzungsdauern zwischen 15 und 40 Jahren angesetzt, für Kupferkabel Nutzungsdauern zwischen 10 und 25 Jahren, für Vermittlungstechnik Hardware Nutzungsdauern zwischen 5 bis 10 Jahren, für Software solche zwischen 3 bis 10 Jahren und für Eigenleistungen solche zwischen 5 bis 10 Jahren.¹¹ In der Schweiz existieren Infrastrukturen, welche zumindest in Bezug auf die Tiefbauleistungen dem Anschlussnetz der Gesuchsgegnerin nicht unähnlich sind. Einer Publikation des Bundesamtes für Umwelt (BAFU),¹² wie auch des Wasser- und Energiewirtschaftsamtes des Kantons Bern (WEA)¹³ lässt sich entnehmen, dass beispielsweise für die Abwasserkanalisation eine Nutzungsdauer von durchschnittlich 80 Jahren üblich ist. Im Strombereich sind Nutzungsdauern für Stromkabelkanalisationen von 50 - 60 Jahren üblich. Daraus kann geschlossen werden, dass offenbar für in der Schweiz verlegte Kanalisation eine lange technische Lebensdauer anzunehmen ist. Nun unterscheidet sich indessen eine Abwasserkanalisation von einer Kabelkanalisation für das Anschlussnetz in verschiedener Hinsicht. So wird beispielsweise die Abwasserkanalisation tiefer verlegt, ist frostschutzsicher gebaut und normalerweise anders dimensioniert. Inwieweit sich diese Unterschiede auf die Nutzungsdauer auswirken, kann in diesem Rahmen nicht exakt bestimmt werden. Ein alleiniges Abstützen auf Erfahrungswerte von mit dem Anschlussnetz verwandten Infrastrukturen in der Schweiz bietet sich daher nicht an.

¹¹ 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.

¹² Mitteilungen zum Gewässerschutz Nr. 42, Bundesamt für Umwelt, Wald und Landschaft BUWAL, 2003.

¹³ Finanzierung der Wasserversorgung, Wasser- und Energiewirtschaftsamtes des Kantons Bern, Ausgabe 2004.



Gestützt auf die vorangehenden Ausführungen erscheinen für Kanalisation und Schächte Nutzungsdauern von jeweils 40 Jahren als realistisch. Für Kanalisation und Schächte bestehen wie dargelegt Hinweise, dass längere Nutzungsdauern durchaus möglich wären, jedoch lassen sich im europäischen Kontext keine deutlich höheren Werte finden. 40 Jahre werden denn auch von verschiedenen nationalen Regulierungsbehörden (Frankreich, Schweden, UK) angesetzt. Die Gesuchsgegnerin selber hat aufgrund des neuen Zugangsregimes gemäss Art. 11 FMG für den Kostennachweis im Anschlussnetz ihre Nutzungsdauern für Schächte und Kanalisation gegenüber dem Kostennachweis für das vorliegende Verfahren um 10 Jahre erhöht.

Die Nutzungsdauern für Investitionen in Vermittlungshardware, -software und Eigenleistungen werden auf 10 Jahre, 5 Jahre und 10 Jahre angesetzt und entsprechen der bisherigen Praxis der ComCom. Dabei wird für Software eine Mischrechnung vorgenommen, weil die Gesuchsgegnerin in den Verfahren betreffend die Interkonnektionspreise 2000 - 2003 unterschiedliche Nutzungsdauern für Software und Software-Upgrades angesetzt hatte. Seither hat sie darauf verzichtet, Software-Upgrades separat auszuweisen. Die Gesuchsgegnerin selbst hat diese Nutzungsdauern in den vergangenen Jahren mehrheitlich als realistisch erachtet. Zudem lassen sich alle von der Instruktionsbehörde festgelegten Nutzungsdauern auch in mehreren anderen Ländern in Europa finden, weshalb es sich hier nicht um ein in der Realität nicht beobachtbares Konstrukt handelt.

Die ComCom legt die Nutzungsdauern somit analog den rechtskräftigen Entscheiden vom 14. Dezember 2007 in Sachen Verizon Switzerland AG respektive Colt Telecom AG vs. Swisscom Fixnet AG für die Jahre 2004 - 2006 wie folgt fest:

		In Jahren
Kanalisation	Hardware	40
Schächte	Hardware	40
Vermittlung	Hardware	10
	Software	5
	Eigenleistungen	10

Tabelle 1 : Von der ComCom festgelegte Nutzungsdauern in den Jahren 2004 - 2006

4.1.3.2 Anpassungsbedarf 2007 - 2008

Die unter Ziff. 4 erwähnte veränderte Ausgangslage bezüglich der neu regulierten Zugangsformen führt dazu, 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 nun insbesondere der Abschreibungsdauer der Kupferdoppelader besonderes Augenmerk zu schenken. Die unter Ziff. 4.1.3.1 für die Jahre 2004-2006 festgesetzten Abschreibungsdauern für Kanalisation, Schächte und Vermittlung sind hingegen auch für die Jahre 2007 - 2008 relevant und es kann auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen werden.

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.

Wie unter Ziff. 4.1.3 hiavor bereits erwähnt, untersteht das Modell der bestreitbaren Märkte 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 Dynamik 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. 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 Kupferkabel durch die Gesuchsgegnerin beruht aus den dargelegten Gründen teilweise auf falschen Annahmen und entsprechend sind Anpassungen vorzunehmen.

Wie oben ausgeführt, sind die Nutzungsdauern für Kanalisationen, Schächte, Hardware (Vermittlungstechnik) und Software (Vermittlungstechnik) auch für die Jahre 2007 - 2008 so festzusetzen, wie dies für den Kostennachweis für die Jahre 2004 - 2006 notwendig war. Im Weiteren ist für die Jahre 2007 - 2008 bezüglich Abschreibungsdauer der Kupferkabel insbesondere zu berücksichtigen, dass grundsätzlich nicht ohne weiteres ersichtlich ist, weshalb für die Kupferkabel nicht die gleiche Nutzungsdauer wie für die Kanalisation verwendet werden sollte. Es ist in diesem Zusammenhang auch festzustellen, dass die Gesuchsgegnerin im Rahmen des Instruktionsverfahrens trotz entsprechender Aufforderung nicht in der Lage war, 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 publizierten Empfehlungen des Schweizerischen Verbandes der Elektrizitätsunternehmen (VSE) mit Werten von 35-40 Jahren für eine Nutzungsdauer von vierzig Jahren für Kupferkabel sprechen.¹⁴

¹⁴ http://www.strom.ch/upload/cms/user/Technik_MA_SD_NNMV_d_080623.pdf, S. 65.



Die unter Ziff. 4.1.3.1 hiervor erwähnte Umfrage bei europäischen Regulierungsbehörden zeigt, dass der am häufigsten verwendete Wert für Kupferkabel zwanzig Jahre beträgt. Aufgrund der zuvor aufgeführten Hinweise legt die ComCom für die Jahre 2007 – 2008 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.

4.1.4 Preisänderungsraten

Nebst den Nutzungsdauern spielen die Preisänderungsraten bei der Berechnung der Amortisationskosten für getätigte Investitionen eine wichtige Rolle. Es gilt jeweils für die nächste Periode zu prognostizieren, wie teuer eine wiederzubeschaffende Anlage mit gleicher Kapazität sein wird. Üblicherweise wird von einem Preiszerfall für Telekommunikationstechnologien ausgegangen, es lässt sich aber auch das Gegenteil finden. So steigen die Lohnkosten normalerweise aufgrund der allgemeinen Teuerung und sofern diese Kostensteigerung nicht durch eine Produktivitätssteigerung (über-)kompensiert wird, werden arbeitsintensive Güter und Dienstleistungen tendenziell teurer, das heisst, es findet eine Preiszuschreibung statt. Auch die Inflation kann dazu führen, dass Güter und Leistungen in der nächsten Periode teurer werden. 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.

4.1.4.1 Anpassungsbedarf 2004 - 2006

Im Vergleich zu den Vorjahren 2000 - 2003 macht die Gesuchsgegnerin für die Jahre 2004 und 2005 einen tieferen prognostizierten Preiszerfall geltend. Für das Jahr 2006 hat die Gesuchsgegnerin für Vermittlung wieder einen leicht höheren prognostizierten Preiszerfall hergeleitet, welcher sich aber weiterhin weit unter den Preisänderungsraten der Vorjahre befindet. Ein auch vom Preisüberwacher geforderter Vergleich der prognostizierten Preisänderungsraten mit den jeweils im darauf folgenden Jahr geltend gemachten respektive effektiv bezahlten Preisen zeigt, dass die Gesuchsgegnerin die Preisänderungsraten nicht systematisch über- oder unterschätzt hat.

Im Rahmen des Beweisverfahrens wurde zudem geprüft, inwiefern die Gesuchsgegnerin bei der Einholung von Preisofferten zwecks Wiederbewertung der Anlagen die gesetzlichen Bestimmungen befolgt. Hierzu hat die Instruktionsbehörde unter anderem Einblick in die Offerteinholung und eine Stichprobe von eingeholten Offerten verlangt. Gestützt auf die Überprüfung der Preisänderungsraten wie auch generell des geltend gemachten Preisgerüsts zeigt sich, dass das von der Gesuchsgegnerin für den Kostennachweis 2004 - 2006 geltend gemachte Preisgerüst und die hergeleiteten Preisänderungsraten nachvollziehbar sind und keiner Anpassung bedürfen.

4.1.4.2 Anpassungsbedarf 2007 - 2008

Die Gesuchsgegnerin weist in ihrem Kostenmodell für jede Anlageressource eine eigene Preisänderungsrate (Delta-P) aus. Der Systemwechsel bezüglich Kostennachweis von 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 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 darauf hingewiesen, dass auch die Preisänderungen des Kupferpreises zu berücksichtigen seien, was die Gesuchsgegnerin in ihrem Kostennachweis unterlassen hat.

4.1.4.2.1 Preisänderungsraten der Tiefbauleistungen

Bei den Tiefbauinvestitionen, die gemäss Kostenmodell Cosmos 65.6% der gesamten Investitionen ausmachen, setzt die Gesuchsgegnerin einen gewichteten Teuerungszuschlag an. 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 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 war es zum Beispiel nicht der Fall, dass der eine Index durchgehend über dem anderen lag.

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 Belagsbau 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...“ beginnen, 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 berech-

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



nen (vgl. unten Ziff. 4.1.5.2.1.2). 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 mit dem durchschnittlichen Konsumentenpreis-Index (KPI) über den gleichen Zeitraum zeigt sich, dass die Preisänderungsraten für Tiefbauleistungen deutlich über dem KPI liegen. 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 Preise für Zugangsformen stabilisiert.

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

Auf Grund 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 wird. Damit kann sichergestellt werden, dass Preisänderungen berücksichtigt werden, gleichzeitig aber keine allzu grossen Schwankungen auftreten. Abschliessend wird die Preisänderungsrate für jeden Kupferkabeltypen bestimmt, indem die prozentualen Anteile des Kupferpreises mit der Preisänderungsrate für Kupfer multipliziert werden (vgl. nachstehende Tabelle 2).



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 2 : Preisänderungsraten für die verschiedenen Kabeltypen

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.

4.1.5 Kapitalkostensatz (WACC)

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 Interkonnectionspreise für die Jahre 2000-2003 (Entscheidung 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 vom 15. Dezember 2002 gestützt und



damit die Richtlinien zur Bestimmung der Kapitalkosten in der Praxis vorgegeben. 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 Entschiede der ComCom vom 14. Dezember 2007 in Sachen Colt Telecom AG vs. Swisscom Fixnet AG und Verizon Switzerland AG vs. Swisscom Fixnet AG), welche auch im vorliegenden Verfahren für den Zeitraum 2004-2006 vorzunehmen sind (dazu sogleich Ziff. 4.1.5.1).

Für die Preise der Jahre 2007 - 2008 wird ebenfalls vom Gutachten von Prof. Dr. Spremann ausgegangen. Auf Grund der veränderten Umstände sind diesbezüglich aber Anpassungen zu machen (vgl. dazu 4.1.5.2)

4.1.5.1 Anpassungsbedarf 2004 - 2006

Die Gesuchsgegnerin hat für die Jahre 2004, 2005 und 2006 je ein Gutachten zum Kapitalkostensatz eingereicht, welche sie bei dem Beratungsunternehmen IFBC AG in Auftrag gab. Die in den Gutachten verwendeten Inputparameter wurden von der Gesuchsgegnerin auch der Gesuchstellerin kommuniziert. Zur Bestimmung der durchschnittlichen gewichteten Kapitalkostensätze (WACC, Weighted Average Cost of Capital) hat sich die Gesuchsgegnerin an der Vorgehensweise, wie sie die ComCom in ihrer Verfügung vom 10. Juni 2005 für die Festlegung kostenorientierter Interkonnenktionspreise für die Jahre 2000-2003 dargelegt hat, orientiert und auf gleicher Basis die Kapitalkostensätze für die nachfolgenden Jahre 2004 - 2006 berechnet. Sie hat den risikolosen Zinssatz wie auch die Markttrendite und den Fremdkapitalzinssatz aktualisiert. Das Beta als Risikomass hat sie mittels der schon in der Verfügung der ComCom vom 10. Juni 2005 verwendeten Peer-Gruppe berechnet. Mittels CAPM-Formel¹⁶ können entsprechend für die Jahre 2004-2006 CAPM-Renditen berechnet werden. Die gewichteten gemittelten Kapitalkostensätze für die Jahre 2004-2006 können unter Einbezug der WACC-Formel¹⁷ und der notwendigen Parameter CAPM-Rendite, Steuersatz, Fremdkapitalkostensatz nach Steuern und den Anteilen Eigenkapital und Fremdkapital (Leverage) als Kapitalkostensätze (nach Steuern) von 5.70% (2004), 5.46% (2005) und 5.41% (2006) hergeleitet werden. Die nun relevanten gewichteten Kapitalkostensätze (vor Steuern) für die Jahre 2004-2006 werden errechnet, indem 25% als Steuersatz abgezogen werden.

Die Instruktionsbehörde hat die Gutachten und Inputparameter mittels eigener Kalkulationen überprüft und festgestellt, dass die Herleitung den Vorgaben der ComCom in ihrer Verfügung vom 10. Juni 2005 zu den Jahren 2000 - 2003 entspricht.

Der Preisüberwacher macht geltend, dass zwar der Ansatz der ComCom und ihres Gutachters Prof. Dr. Spremann ein weit verbreitetes Vorgehen darstelle, sich jedoch trotz der grundsätzlich einheitlichen Methode bei der Herleitung bzw. Schätzung einzelner Parameter Unterschiede ergeben könnten. So entspreche das von der ComCom gewählte Vorgehen nicht in allen Punkten der Praxis des Preisüberwachers. Der Preisüberwacher sieht deshalb Anpassungsbedarf bei der Markttrendite aufgrund von in unterschiedlicher Höhe berücksichtigter Inflation, zudem seien die Fremdkapitalzinsen zu überprüfen, insbesondere deren Finanzierungskosten. Entsprechend seien die Kapitalkostensätze zu senken.

Die Gesuchsgegnerin verlangt aus Gründen der Rechtssicherheit, dass der Empfehlung des Preisüberwachers im Bereich des Kapitalkostensatzes nicht gefolgt werde. Im Übrigen verweist sie darauf, dass sie die Finanzierungskosten nicht doppelt geltend gemacht habe und auch die Herleitung der Finanzierungskosten nicht von der effektiven Situation der Gesuchsgegnerin abgeleitet werden dürfe.

¹⁶ $r_{CAPM} = R_f + \text{Beta} \times (R_M - R_f)$, wobei r_{CAPM} die CAPM-Rendite, R_f der risikolose Zinssatz, R_M die Markttrendite und Beta das Risikomass für die zu betrachtende Aktivität darstellen.

¹⁷ $r_{WACC} = (e) \times r_{CAPM} + (d) \times R_d \times (1 - t)$, wobei r_{WACC} die WACC-Rendite, e der Anteil Eigenkapital in % am Gesamtkapital, d der Anteil Fremdkapital in % am Gesamtkapital und t der Steuersatz Tax darstellen.



Es sei vielmehr von den entsprechenden Kosten einer effizienten, neuen Anbieterin auszugehen. Des Weiteren weist die Gesuchsgegnerin darauf hin, dass Preisüberwacher und ComCom für die Berechnung der Fremdkapitalzinsen unterschiedlich lange Zeiträume berücksichtigt hätten und nur die ComCom eine Bonitätsprämie berücksichtige. Die von der ComCom hergeleiteten Fremdkapitalzinsen seien sachgerecht.

Die Instruktionsbehörde ist der vom Preisüberwacher geforderten Überprüfung der Fremdkapitalzinsen nachgekommen. Dabei ist kein Anpassungsbedarf festgestellt worden. Dieser Feststellung kann sich die ComCom anschliessen. Die Höhe der Fremdkapitalzinsen orientiert sich nicht an den effektiven Fremdkapitalzinsen, wie sie die Gesuchsgegnerin hat. Auch bezüglich Bonität ist nicht auf die Situation der Gesuchsgegnerin abzustützen, sondern es ist diejenige Bonität zu berücksichtigen, welche eine neu in den Markt eintretende effiziente Anbieterin hätte. Insofern muss ein Zuschlag zu den effektiven Fremdkapitalzinsen der Gesuchsgegnerin sowohl aufgrund der unterschiedlichen Bonität wie auch der Finanzierungskosten berücksichtigt werden, da die Gesuchsgegnerin über eine zu hohe Bonität verfügt. Wie hoch dieser Zuschlag ist, hängt davon ab, welche Bonität und welche Möglichkeiten der Fremdfinanzierung einer neu in den Markt eintretenden effizienten Anbieterin gemäss Art. 54 FDV zugestanden werden. Diese Frage ist eine Ermessensfrage und lässt einen gewissen Spielraum zu bei der Festlegung der entsprechenden Parameter. Für die Jahre 2004-2006 liegen keine relevanten neuen Informationen vor, welche die Einschätzungen des Gutachters Prof. Dr. Spremann zu Bonität und Fremdfinanzierungsmöglichkeiten einer neu in den Markt eintretenden effizienten Anbieterin massgeblich verändern könnten, weshalb auch nach eingehender Überprüfung an den Fremdkapitalkostensätzen festgehalten wird.

Hingegen ist der Empfehlung des Preisüberwachers zu folgen, wonach die Markttrendite aufgrund unterschiedlich berücksichtigter Inflationssätze nachzubessern ist. In der Tat gibt es einen erheblichen Unterschied betreffend Inflation in der Marktrisikoprämie und in dem aktuell für die Betrachtung des risikolosen Zinssatzes relevanten Zeithorizont. Dieser Unterschied muss harmonisiert werden, will man eine Markttrendite aufgrund historischer Herleitung für aktuelle Berechnungen verwenden. Die Gesuchsgegnerin führt in ihrer Stellungnahme keine Argumente auf, welche diese im Gutachten von Prof. Dr. Spremann vorherrschende Inkonsistenz rechtfertigen würde.

Eine Anpassung der Marktrisikoprämie im Sinne des Preisüberwachers bietet sich daher folgendermassen an:

Es wird wie zum Zeitpunkt der Gutachtenserstellung der Gesuchsgegnerin auf Daten von 1926 bis 2004 von Pictet abgestützt, jedoch werden sämtliche zum Zeitpunkt der Gutachtenserstellung verfügbaren Informationen berücksichtigt – dies analog zur Vorgehensweise im Gutachten von Prof. Dr. Spremann. Obschon die Gutachten der Gesuchsgegnerin allesamt im Jahr 2006 erstellt wurden, flossen für die Berechnung der Kapitalkostensätze der Jahre 2004 und 2005 nur die Daten bis und mit 2002 respektive bis und mit 2003 ein, analog für 2006 wurden die Daten bis und mit 2004 berücksichtigt. Zumindest zum Zeitpunkt der effektiven Gutachtenserstellung für die Jahre 2004 und 2005 waren aktuellere Informationen und Zeitreihen verfügbar, weshalb diese mit zu berücksichtigen sind. Die durchschnittliche Markttrendite in der Schweiz betrug von 1926 bis 2004 nominal 9.81%. Die durchschnittliche Inflation betrug im Zeitraum von 1926 bis 2004 2.42%. Für die bestrittenen Jahre 2004 bis 2006 respektive den relevanten Beobachtungszeitraum 2002 - 2004 (aktuellste damals verfügbare Jahresdaten) betrug die durchschnittliche Inflation 0.66%. Aufgrund der Inflationsbereinigung betrug die durchschnittlich zu erwartende Markttrendite für die bestrittenen Jahre 8.05% ($9.81\% - 2.42\% + 0.66\%$). Wird analog zum Gutachten von Prof. Dr. Spremann eine Mittelung dieser Markttrendite mit der auf neueren Studien basierenden Markttrendite von 7.7% vorgenommen, beträgt die in das CAPM-Modell einzusetzende Markttrendite für die bestrittenen Jahre 2004 - 2006 wie auch vom Preisüberwacher hergeleitet 7.875%. Wird nun anstatt der Markttrendite, wie sie aus den Gutachten der Gesuchsgegnerin abzuleiten ist, die vom Preisüberwacher vorgeschlagene Rendite von 7.875% ver-



wendet und in die CAPM- und WACC-Formel eingesetzt, resultiert ein gewichteter durchschnittlicher Kapitalkostensatz für das Jahr 2004 von 7.16%, für 2005 von 6.85% und für 2006 von 6.75%.

Die relevanten Inputparameter der Gesuchsgegnerin wie auch die durch die ComCom angepassten Werte sind der nachfolgenden Tabelle 3 zu entnehmen:

WACC						
	2004	2004	2005	2005	2006	2006
	<i>Swisscom</i>	<i>ComCom</i>	<i>Swisscom</i>	<i>ComCom</i>	<i>Swisscom</i>	<i>ComCom</i>
CAPM Rendite						
Risikoloser Zinssatz	1.60%	1.60%	0.53%	0.53%	0.84%	0.84%
Beta	0.78	0.78	0.78	0.78	0.80	0.80
Marktrendite	8.70%	7.88%	8.70%	7.88%	8.70%	7.88%
Marktrisikoprämie	7.10%	6.28%	8.17%	7.35%	7.86%	7.04%
CAPM Rendite	7.14%	6.49%	6.90%	6.26%	7.16%	6.47%
Fremdkapitalkosten						
Fremdkapitalkosten	5.60%	5.60%	5.29%	5.29%	4.79%	4.79%
Tax	25%	25%	25%	25%	25%	25%
Fremdkapitalkosten nach Steuern	4.20%	4.20%	3.97%	3.97%	3.59%	3.59%
WACC						
Anteil Eigenkapital	51%	51%	51%	51%	51%	51%
Anteil Fremdkapital	49%	49%	49%	49%	49%	49%
WACCs	5.70%	5.37%	5.46%	5.14%	5.41%	5.06%
WACC pre Tax	7.60%	7.16%	7.29%	6.85%	7.22%	6.75%

Tabelle 3 : Parameter des Kapitalkostensatzes für die Jahre 2004 - 2006

Die grau unterlegten Stellen zeigen, wo die ComCom aufgrund der Empfehlung des Preisüberwachers die Marktrendite anpasst und aufgrund der Neuberechnung der CAPM- und WACC-Renditen von den ursprünglichen Werten der Gesuchsgegnerin abweicht.

4.1.5.2 Anpassungsbedarf 2007 - 2008

Zur Bestimmung der Kapitalkosten für den Kostennachweis 2007 hat die Gesuchsgegnerin wiederum 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-Ansatz¹⁸ von Prof. Dr. Spremann nicht mehr im gleichen

¹⁸ Beim 3Beta-Ansatz wird das Beta des Interkonnections-Geschäfts über das Beta eines Portfolios bestimmt, das sich aus genau jenen Ressourcengruppen zusammensetzt, die für Interkonnection 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



Masse herangezogen werden. Für das Jahr 2008 hat die Gesuchsgegnerin daher ein neues Gutachten zur Herleitung der CAPM- und WACC-Parameter durch die 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 und damit Änderungen 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 nicht mehr mit den bisherigen Vergleichsunternehmen (Peer-Group) berechnet werden. 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 ohne Anpassungen übernehmen. Im Weiteren sind aufgrund von Änderungen der faktischen 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, 2006¹⁹) 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.

4.1.5.2.1 Berechnung der CAPM-Rendite

4.1.5.2.1.1 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

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.

¹⁹ Abrufbar unter www.preisueberwacher.admin.ch/dokumentation/00445/00637/00644/index.html?lang=de



Methodik herzuleiten, ist dieses Vorgehen für das Jahr 2008 nicht mehr sachdienlich (vgl. oben Ziff. 4.1.5.2).

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 für das Jahr 2008 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 hypothetischen 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.²⁰ Abweichend vom Vorgehen der Gesuchsgegnerin kann das Unternehmen Tele2 Sverige AB jedoch für die Vergleichsgruppe (Peer-Group) nicht berücksichtigt werden, da ihr 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. 4.1.5.2.1.2). 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.

²⁰ 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.



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. 4.1.5.2.4).

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.

4.1.5.2.1.2 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.

4.1.5.2.1.3 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 Markttrendite und dem langfristigen risikolosen Zinssatz. Die Bestimmung der Marktrisikoprämie erfordert mithin die Kenntnis der durchschnittlichen Markttrendite und des langfristigen risikolosen Zinssatzes.

4.1.5.2.1.4 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 beiziehen, 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 Netzzugangsentgelten 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. 4.1.5.2.1.2 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 2008²¹). Diese Berechnung ergibt eine durchschnittliche Markttrendite für das Jahr 2007 von 8.21% und für das Jahr 2008 von 8.35%.

4.1.5.2.1.5 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

²¹ Abrufbar im Internet unter <http://www.pictet.com/de/home/communications/research/special/performance.html>



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 Ziff. 4.1.5.2.1.2) 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 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.

4.1.5.2.1.6 Ergebnis

Die Marktrisikoprämie als Differenz zwischen Marktrendite und langfristigem risikolosem Zinssatz entspricht einem Wert von 4.30%²² für das Jahr 2007 respektive 4.51% 2008. Mit dem kurzfristigen risikolosen Zinssatz (i), dem Beta-Wert ($Beta$) und Marktrisikoprämie (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%.

4.1.5.2.2 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 4 unter Ziff. 4.1.5.2.5 zu entnehmen ist, beläuft sich dieser für das Jahr 2007 auf 2.82% und für das Jahr 2008 auf 2.84% (vgl. dazu auch Ausführungen unter Ziff. 4.1.5.2.1.2 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 und für die Jahre 2004-2006 setzt die ComCom den Zuschlag für die Kosten für die Aufnahme von Fremdkapital hingegen nicht mehr 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 Prime-

²² 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 Marktrisikoprämie 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 den Tabellen 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.



rate 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.

4.1.5.2.3 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“²³ 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.

4.1.5.2.4 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.

4.1.5.2.5 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 4 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.

²³ Abrufbar im Internet unter http://www.kpmg.ch/library/pdf/Corp_Tax_Rate_Survey_2007_WEB.pdf.



WACC				
	2007	2007	2008	2008
	Swisscom	ComCom	Swisscom	ComCom
CAPM Rendite				
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%
Fremdkapitalkosten				
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%
WACC				
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 4 : Parameter des Kapitalkostensatzes für die Jahre 2007 und 2008

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, welcher 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 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.

4.1.6 Betriebskosten

Nachdem hiervor die Investitionskosten behandelt wurden, sind nachfolgend nunmehr die Betriebskosten Gegenstand der Betrachtung. Die Darstellung der Betriebskosten einer neu in den Markt eintretenden effizienten Anbieterin stellt eine der grössten Herausforderungen in einem Kostennachweis dar. Die Gesuchsgegnerin geht vorliegend von ihren effektiven Betriebskosten aus und bereinigt diese



hinsichtlich allfälliger Ineffizienzen und irrelevanter Kosten. Dabei stellt sich die grundsätzliche Frage, ob überhaupt auf die Betriebskostensicht der Gesuchsgegnerin abgestellt werden darf, weil die Organisationsstruktur der Gesuchsgegnerin nicht zwingend derjenigen einer effizienten Markteintreterin entspricht. Die Frage ist vorläufig insofern zu bejahen, als alternative Betriebskostenmodellierungen in komplexerem Ausmasse, wie dies für die Darstellung der Betriebskosten eines Verbindungsnetzes beispielsweise mittels Bottom-up-Herleitung der direkten und gemeinsamen Betriebs- und Wartungskosten sowie entsprechender Zuschlagsrechnungen für Gemeinkosten nötig ist, nicht zwingend ein verlässlicheres Abbild der Betriebskosten einer effizienten Markteintreterin ermöglichen. Die Beantwortung der Frage hängt zudem von der Güte des auf den eigenen Betriebskosten basierenden Kostennachweises der Gesuchsgegnerin ab.

4.1.6.1 Anpassungsbedarf 2004 - 2006

Die Gesuchsgegnerin hat bei der Darlegung ihrer Betriebskostensicht nicht von Beginn weg eine ausreichende Güte erreicht. In diversen Instruktionstreffen wurde mit der Gesuchsgegnerin besprochen, wie ein geeignetes Abbild der Betriebskosten herzuleiten sei. Dieses hat einerseits der Darstellung des Kostenmodells zu entsprechen, wie es von der Gesuchsgegnerin verwendet wurde. Andererseits muss sich dieses Abbild auch in die Plausibilitätstabellen integrieren lassen. In der Folge hat die Gesuchsgegnerin mit Eingabe vom 5. Juni 2007 eine neue Darstellung der Betriebskosten eingereicht. Diese neue Betriebskostendarstellung – basierend auf Pivot-Tabellen und unterteilt in nicht vermittelte und vermittelte Betriebskosten – verfügt nebst den Rohdaten zusätzlich über eine Darstellung des Kostenflusses, beinhaltet eine Kostenstellenzuordnung, weist die Betriebskosten pro Kostenstelle auf, hat eine Kostenartenzuweisung und zeigt detailliert pro Kostenstelle allfällige Effizienz Anpassungen auf. Basierend auf dieser Darstellung konnten die Betriebskosten der Jahre 2004 bis 2006 auch von der Instruktionsbehörde einerseits auf irrelevante oder doppelt verrechnete Kosten überprüft werden, andererseits konnte auch auf Stufe der aggregierten Kostenstellen-Werte über die Jahre hinweg eine Plausibilisierung vorgenommen werden. Gleichfalls konnten Effizienz Anpassungen der Gesuchsgegnerin nachvollzogen werden.

Gestützt auf die Eingabe vom 5. Juni 2007 konnten die von der Gesuchsgegnerin geltend gemachten Kostenstellen noch immer nicht befriedigend überprüft werden. Auf Geheiss der Instruktionsbehörde lieferte die Gesuchsgegnerin deshalb zu jeder Kostenstelle nebst den Angaben zu deren organisatorischen Einbettung zusätzlich einen detaillierten Beschrieb, der eine Überprüfung der Relevanz auf der Stufe der einzelnen Kostenstellen ermöglichte. Basierend darauf liessen sich für die einzelnen Jahre diverse irrelevante Kostenstellen identifizieren und eliminieren. Es handelt sich hierbei um Kostenstellen, die keinen Zusammenhang mit den regulierten Diensten im Sinne der gesetzlichen Anforderungen nach Art. 54 FDV aufweisen. Konkret wurden Kostenstellen eliminiert im Zusammenhang mit dem für die regulierten Dienste irrelevanten internationalen Geschäft, mit für die regulierten Dienste irrelevanten Daten-, Mietleitungs-, xDSL/BBCS- und IP-Diensten und deren entsprechenden Plattformen, mit gemäss Wiederbeschaffungswerten nicht notwendigen Migrations-, Ablösungs-, Forschungs- und Entwicklungsaufwendungen sowie mit weiteren von der Gesuchsgegnerin nicht näher spezifizierten Aktivitäten, die eine neu in den Markt eintretende effiziente Anbieterin nicht hätte (alle Eliminationen sind in Anhang 1, 08_Betriebskosten_200X.xls Tabellenblatt Datenbasis als rot markierte Stellen gekennzeichnet, unter Angabe des jeweiligen Grundes für die Elimination).

Mangels anderer Indikatoren werden die Gemeinkosten üblicherweise anhand des Kostenschlüssels der anteiligen Anzahl Vollzeitstellen (FTE, Full Time Equivalents) zugewiesen. Als Folge der Elimination einzelner Kostenstellen hat sich das Verhältnis der relevanten anteiligen Anzahl Vollzeitstellen, die dem Verbindungsnetz zugeordnet werden können, zur gesamten Anzahl Vollzeitstellen auf Ebene Swisscom Fixnet für die einzelnen Jahre verschoben. Eine Korrektur der Höhe der zugewiesenen Gemeinkosten muss daher nach Massgabe der veränderten anteiligen Vollzeitstellen vorgenommen werden. Diese Korrektur erfolgt zweistufig. In einem ersten Schritt werden die Gemeinkosten, welche



auf Stufe Swisscom Fixnet von der Gesuchsgegnerin geltend gemacht wurden, gemäss der neuen anteiligen Anzahl Vollzeitstellen für das Inkrement Verbindungsnetz angepasst. Weil diese vorgenommene Verringerung der anteiligen Vollzeitstellen ebenfalls Auswirkungen auf der Konzernebene hat (Corporate Overhead), müssen in einem zweiten Schritt diese „Corporate Overhead“-Gemeinkosten auf Konzernebene ebenfalls in angepasster Weise dem Inkrement Verbindungsnetz zugewiesen werden (vgl. Anhang 1, 08_Betriebskosten_200X.xls Tabellenblatt Datenbasis, orange und grün markierte Stellen).

Ein weiterer Anpassungsbedarf ergab sich aufgrund der Tatsache, dass die Gesuchsgegnerin für ihre auf „Corporate Overhead“-Ebene anfallenden Betriebskosten einen pauschalen Gewinnzuschlag geltend machte. Der branchenübliche Kapitalertrag für die eingesetzten Investitionen gemäss Art. 54 Abs. 1 Bst. d FDV definiert abschliessend den zulässigen Umfang der Gewinnerzielung, weshalb zusätzliche Gewinnkomponenten nicht in die Preisfestsetzung einfließen dürfen. Dieser pauschale Zuschlag wurde daher rückgängig gemacht (vgl. Anhang 1, 08_Betriebskosten_200X.xls Tabellenblatt Datenbasis, orange und grün markierte Stellen).

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 auszunehmen sind. Im vorerwähnten Beschrieb zu den einzelnen Kostenstellen bezeichnete auch die Gesuchsgegnerin Systeme wie beispielsweise UNICURU, Int. Mgmt Tools oder Netzmgmt Transport als irrelevant und lieferte deshalb auch keine Angaben, weshalb diese Kosten interkonkonnktionsrelevant sein sollten. So gibt sie zum System UNICURU an, es könne aufgrund der BKST-Beschreibung nicht plausibel erklärt werden, warum das System IC-relevant sein sollte. Dasselbe gilt für Int. Mgmt Tools. Auch dazu bemerkt die Gesuchsgegnerin, dass die Systeme dem Management des internationalen Verkehrs dienen und die Kosten im Rahmen der Kostenallokation ausgeschieden werden. Netzmgmt Transport bezeichnet sie als „Alarm- und Qualitätsüberwachungssysteme Transportdienste (QMOS, TLMS, ZEVA, ZEMPA): Ermöglicht im PDH-Netz $\geq 2\text{Mb/s}$ eine aktive Alarmüberwachung und Kundeninfo über die Qualität der Übertragungsdienstleistungen zur statistischen Erfassung und Auswertung.“ PDH entspricht jedoch keiner aktuellen und etablierten Technologie und wurde von der Gesuchsgegnerin deshalb selber aus ihrer Modellrechnung eliminiert, womit auch konsequenterweise diese Systemplattform nicht kostenrelevant sein darf. Sämtliche eliminierten Kostenstellen lassen sich aufgrund eigener Beschriebe oder fehlender Beschriebe der Gesuchsgegnerin bzgl. Relevanz in analoger Weise rechtfertigen. Die vorgenommenen Anpassungen an den Betriebskosten sind deshalb gerechtfertigt.

Zusammenfassend hat die ComCom bei den von der Gesuchsgegnerin eingereichten Betriebskosten irrelevante Kostenstellen eliminiert, aufgrund der aus diesen Anpassungen sich ergebenden veränderten anteiligen Anzahl Vollzeitstellen für das Verbindungsnetz die Gemeinkostenzuschlüsselung angepasst und einen von der Gesuchsgegnerin geltend gemachten aber nicht gesetzeskonformen pauschalen Gewinnzuschlag für die Gemeinkosten auf Konzernebene rückgängig gemacht.

4.1.6.2 Anpassungsbedarf 2007 - 2008

Bei der Überprüfung der Betriebskosten in Cosmos 2007 - 2008 ergab sich ein gewisser Anpassungsbedarf. Dies betrifft Dienstleistungskosten (direkte Betriebskosten), Projektkosten sowie Overhead und Corporate Overhead.



4.1.6.2.1 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.

4.1.6.2.2 Projektkosten

Die Gesuchsgegnerin macht rollierende gemittelte Projektkosten aus den vergangenen drei Jahren geltend, welche für die Migration von diversen Plattformen und weiteren Systeme 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.

Wie für den Anpassungsbedarf 2004-2006 bereits unter Ziff. 4.1.6.1 ausgeführt, können die bei der Gesuchsgegnerin anfallenden Projektkosten nicht berücksichtigt werden. Dazu ist allerdings zu bemerken, dass die Betriebskosten, die kostenträgerspezifisch notwendig sind, durch diese Anpassungen nicht berührt werden und für den administrativen Aufwand mit effizienten Strukturen die übrigen Positionen der VVGK aufkommen. 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 würden. 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.

4.1.6.2.3 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



auch anderen, wenn auch nicht allen Kostenträgern zuzurechnen. Gemeinsame Kosten werden in Cosmos nach dem Verfahren von Shapley auf die verursachenden Kostenträger verteilt.²⁴

Die Gesuchsgegnerin macht neben 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 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

²⁴ 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 Standalone-Kosten bis hin zum Fall, in welchem alle anderen Kostenträger bereits produziert werden.



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.²⁵ Acht weitere Positionen betreffen nicht relevante Projekte und können deshalb vorliegend nicht berücksichtigt werden (vgl. oben Ziff. 4.1.6.2.2). 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)²⁶ 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. 4.1.6.2.2).

Entscheidend dafür ob eine Position zur Erbringung der regulierten Dienste oder für eine effiziente Anbieterin relevant ist oder nicht, ist die Tätigkeit, die durch eine Position abgedeckt wird. Nicht berücksichtigt werden können die Positionen gemäss nachstehender Tabelle 5.

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 wie bereits erwähnt 6.1% und für den Kostennachweis 2008 6.0%.

²⁵ 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).

²⁶ DK steht für Dienstleistungskosten und ILV steht für Interne Leistungsverrechnung.



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	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 5 : Nicht relevante Overhead-Positionen

4.1.7 Miete für Technikfläche

Bei der Miete für Technikfläche handelt es sich eigentlich um Betriebskosten. Die Thematik wird vorliegend jedoch in einem eigenständigen Kapitel behandelt. Die Technikfläche beherbergt die technischen Ausrüstungen an den verschiedenen Netzknoten. Die Miete für Technikfläche setzt sich aus einer Nettomiete für Netto- und Gemeinflächen, den Mietnebenkosten und den Energiekosten zusammen. Der angesetzte Platzbedarf leitet die Gesuchsgegnerin aus den am Standort vorhandenen technischen Einrichtungen ab. Während sie für den Kostennachweis 2004 Durchschnittswerte ansetzt,



kommt für die Folgejahre ein Bottom-up-Modell (Treibermodell) zum Einsatz. Dabei wird für jeden Standort der benötigte Flächenbedarf separat berechnet. Die Energiekosten alloziert die Gesuchsgegnerin gemäss dem Verbrauch der einzelnen Anlagen.

Die Miete für Technikfläche für 2004 - 2006 hat die Gesuchsgegnerin nachvollziehbar in den Plausibilitätstabellen hergeleitet. Leerflächen wurden keine verrechnet und die Allokation zwischen den Plattformen für Sprache, Mietleitung und IP erscheint plausibel. Sowohl die Netto- als auch die anteilige Gemeinfläche für vermittelte Dienste sind angemessen. Dies bestätigt ein Vergleich mit den Werten, welche die ComCom bei der Festsetzung der Preise für 2000 - 2003 hergeleitet hat.

Für 2007 - 2008 hat die Gesuchsgegnerin Exceltabellen geliefert, in welchen sie Informationen über die Anzahl und Gliederung der eingesetzten Gebäudetypen, die Dimensionierungsregeln für die Flächenberechnung der jeweiligen Gebäudeteile und die Herleitung des Mietpreises abgebildet hat. Die aggregierten Mengenangaben und der Mietpreis werden in Cosmos zur Kostenrechnung verwendet.

Die berechnete Totalfläche des Verbindungsnetzes nimmt insgesamt über die Jahre 2004 - 2008 ab. Der Nettomietpreis wird seit 2004 wegen den sinkenden Nebenkosten schrittweise tiefer und 2008 erhöht er sich leicht. Die Tendenz zur Senkung der gesamten Gebäudekosten bleibt aber über den ganzen Betrachtungszeitraum bestehen. Die Herleitung der Kostenposition Miete für Technikfläche wurde von der Gesuchsgegnerin korrekt vorgenommen und Anpassungen seitens der ComCom sind in diesem Bereich deshalb nicht notwendig.

4.2 Nutzungsunabhängige Dienste (Non Usage Charges)

Nachdem in Ziff. 4.1 der Kostennachweis für die Originierungs- und Terminierungsdienste behandelt wurde, ist die Preisfestsetzung bei den verbindungsunabhängigen Tarifen (Non Usage Charges, Implementierungsdienste) Gegenstand der folgenden Kapitel. Zu den verbindungsunabhängigen Diensten gehören Installations- und Testdienste bezüglich verschiedener für die Interkonnektion notwendiger Einrichtungen. Bei den nutzungsunabhängigen Diensten handelt es sich um Dienste, welche die eigentliche Interkonnektion ermöglichen. Die nutzungsunabhängigen Dienste werden nicht pro Minute oder pro Anruf verrechnet, sondern sind meist einmaliger Natur oder werden pro Monat in Rechnung gestellt. Sie lassen sich somit in einmalige (Non Recurring Charges) und in wiederkehrende Preise (Recurring Charges) unterteilen.

4.2.1 Anpassungsbedarf 2004 - 2006

4.2.1.1 Abweichungen und Differenzen

Im Bereich der nutzungsunabhängigen Dienste lassen sich in mehreren Bereichen erhebliche Abweichungen zwischen den Preisen gemäss Price Manual und dem Kostennachweis der Gesuchsgegnerin feststellen. Diese Abweichungen beruhen in erster Linie darauf, dass die Gesuchsgegnerin ihren ursprünglichen Kostennachweis, auf welchem die Preise des Price Manuals beruhen, korrigieren musste. Sie betreffen insbesondere den Preis für CPS Relocation, den wiederkehrenden Preis bei den Network Implementation Services und die Nummernportierung bei den Durchwahlnummern. Sie werden weiter unten in eigenständigen Kapiteln (Ziff. 4.2.1.3 ff.) thematisiert.

4.2.1.2 Kostenarten

Bevor auf den Kostennachweis für die einzelnen Dienste oder Dienstgruppen eingegangen wird, sind im Folgenden zunächst die einzelnen Kostenarten für Prozesse, Plattformen, Supportsysteme und Verwaltung und Vertrieb, welche alle Dienstgruppen betreffen, zu thematisieren.



4.2.1.2.1 *Stundensatz*

Die im Kostennachweis der Gesuchsgegnerin verwendeten Stundensätze, welche die wesentlichen Treiber der Prozesskosten sind, berechnen sich aus den kalkulatorischen Personalkosten geteilt durch die Anzahl produktiver Stunden. Die veranschlagten Kosten setzen sich aus einem Bruttolohn, den Kosten des Arbeitgebers (Sozialabgaben, Boni, Fringe Benefits, Weiterbildung), den kalkulatorischen Kosten (Mietaufwand, Informatikaufwand, Verwaltungsaufwand, übriger Betriebsaufwand), den Kosten für nicht produktive Mitarbeitende der Organisationskostenstelle und den Kosten der übergeordneten Kostenstelle zusammen. Die Summe dieser Kosten wird durch das Netto der jährlichen produktiven Stunden dividiert. Die Gesuchsgegnerin unterscheidet zudem zwischen zwei Arbeitsgebieten, die unterschiedliche Qualifikationsniveaus beanspruchen.

Zwecks Plausibilisierung der Bruttolöhne verweist die Gesuchsgegnerin auf Werte aus der Lohnstrukturerhebung 2004 des Bundesamts für Statistik. Dort werden Bruttolöhne ausgewiesen, die bereits Naturalleistungen, regelmässig ausbezahlte Prämien-, Umsatz- oder Provisionsanteile beinhalten. Ein Vergleich mit den von der Gesuchsgegnerin angesetzten Bruttolöhnen zeigt, dass sich die Werte auf einem ähnlichen Niveau bewegen. Allerdings sind bei den von der Gesuchsgegnerin aufgeführten Bruttolöhnen die Boni, der variable Erfolgsanteil und übrige Fringe-Benefits nicht enthalten, sondern diese Werte werden zusätzlich geltend gemacht. Dies ist nicht gerechtfertigt und der Kostennachweis ist entsprechend zu korrigieren (vgl. Anhang 2, 10_NonUsageCharges, Tabellenblatt Stundensatz ComCom). Auf diese Weise wird sichergestellt, dass sich die verwendeten Löhne auf dem vom Bundesamt für Statistik berechneten Niveau und damit auf branchenüblichem Niveau befinden. Alle übrigen verrechneten Kosten erscheinen hingegen sachgerecht.

Für die Überprüfung der von der Gesuchsgegnerin 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.

4.2.1.2.2 *Prozesskosten*

Die Prozesskosten werden für jeden Prozess, der für die Herstellung eines nutzungsunabhängigen Dienstes relevant ist, ausgewiesen. Sie lassen sich aus dem Produkt von Stundensatz, Eintretenswahrscheinlichkeit und Bruttozeit des Prozesses herleiten. Die Bruttozeit setzt sich aus der eigentlichen Dauer eines Prozesses und den so genannten Bereitstellungszeiten zusammen. Mit wenigen Ausnahmen macht die Gesuchsgegnerin diese Bereitstellungszeit bei allen Diensten geltend.

Während die Eintretenswahrscheinlichkeit und Nettozeit der Prozesse nicht beanstandet werden, geben die Bereitstellungszeiten Anlass zu Kritik. Wie oben aufgeführt, ist die geltend gemachte Anzahl produktiver Stunden plausibel, falls von einer unproduktiven Zeit von 20% ausgegangen wird. Die Verwendung von Bereitschaftszeiten, welche die unproduktive Zeit weiter erhöhen, ist deshalb nicht sachgerecht und verstösst gegen die Anforderung, die Kosten eines effizienten Anbieters zu modulieren. Die Zuschläge für Bereitschaftszeiten sind zu streichen und die Prozesskosten entsprechend anzupassen.

4.2.1.2.3 *Plattformkosten*

Plattformkosten werden bei den wiederkehrenden Gebühren der Network Implementation Services geltend gemacht und setzen sich einerseits aus Kosten für Abschreibungen und Kapitalkosten und andererseits aus Betriebskosten zusammen. Dabei wird zwischen verschiedenen Anlagen (Kanalisation, Kabel, Übertragung und Stromversorgung) unterschieden.



Bei den Plattformkosten wurde insbesondere die Aufteilung in distanzabhängige und distanzunabhängige Komponenten überprüft. Die eingereichten Beweismittel konnten belegen, dass die Aufteilung sachgerecht vorgenommen wurde und die geltend gemachten Beträge konnten anhand der Angaben aus dem Bereich der nutzungsabhängigen Dienste plausibilisiert werden.

Bei der Berechnung der Plattformkosten werden Angaben zur Nutzungsdauer bei der Linientechnik verwendet. Wie bereits die Überprüfung des Kostennachweises bei den nutzungsabhängigen Diensten zeigt, hat die Gesuchsgegnerin diese Nutzungsdauern teilweise zu kurz angesetzt und somit die Kosten einer effizienten Leistungserbringung überschätzt (vgl. oben Ziff. 4.1.3.1). Entsprechend den im genannten Zusammenhang gemachten Ausführungen sind die Angaben zu den Nutzungsdauern auch für die nutzungsabhängigen Dienste anzuwenden (vgl. Anhang 2, Tabellenblatt NIS und SAP).

4.2.1.2.4 Supportsysteme (OSS/BSS)

Die Kosten für Supportsystem werden entweder für jedes einzelne System getrennt oder bei relativ geringen Beträgen pauschal ausgewiesen.

Während die Kosten für Supportsysteme bei den meisten Diensten einen kleinen Anteil haben, sind die Kosten der beiden CPS-Dienste „Activation“ und „Relocation“ massgeblich durch die Kosten für Supportsysteme getrieben. Der Anteil an den fünf Supportsystemen, welche für die Bereitstellung dieser CPS-Dienste notwendig ist, bewegt sich zwischen 8 % und 34 %. Diese Beträge lassen sich anhand weiterer Angaben seitens der Gesuchsgegnerin plausibilisieren, indem gezeigt wird, dass die Kosten in Abhängigkeit der nachgefragten Dienste aufgeteilt wurden. Das Vorgehen der Gesuchsgegnerin erscheint vor diesem Hintergrund als sachgerecht.

4.2.1.2.5 Verwaltungs- und Vertriebsgemeinkosten

Die Verwaltungs- und Vertriebsgemeinkosten umfassen Kosten für Billing, Human Resources, Marketing, Management Fee, Rechnungswesen, Verkauf und Vertrieb. Die Gesuchsgegnerin schlägt deren Kosten mittels Zuschlagssätzen auf die Herstellkosten der einzelnen nutzungsunabhängigen Dienste.

Die verwendeten Zuschlagsätze liegen auf einem mit den nutzungsabhängigen Diensten vergleichbaren Niveau. Das Vorgehen der Gesuchsgegnerin ist grundsätzlich nicht zu beanstanden. Jedoch wurden bei den wiederkehrenden Gebühren (Network Implementation Services) die Werte teilweise nicht mittels Verknüpfungen, sondern mittels festen Beträgen oder mittels Aufschlag auf die Herstellkosten anstatt auf die Plattformkosten hergeleitet. Die Verknüpfungen sind anzupassen, so dass bei allen Diensten die Verwaltungs- und Vertriebsgemeinkosten als prozentualer Aufschlag auf die Herstellkosten berechnet werden.

4.2.1.3 Interconnect Voice Services

Wie bei allen Diensten werden auch bei den Network Implementation Services die Kosten des einzelnen Dienstes aus der Summe der verschiedenen Kostenarten berechnet. In den Tabellen wird dies durch eine Addierung der entsprechenden Zeilen abgebildet.

Die Gesuchsgegnerin hat bei Diensten im Bereich Interconnect Voice Services nicht alle Kostenarten addiert, obwohl dieser Punkt Gegenstand der Instruktionstreffen war. Da die entsprechenden Anpassungen in den Tabellen nicht vorgenommen wurden, korrigiert die ComCom die entsprechenden Verknüpfungen, so dass alle relevanten Kostenarten aufaddiert werden (vgl. Anhang 2).

4.2.1.4 Nummernimplementierung

Bei den Diensten für die Nummernimplementierung unterscheidet die Gesuchsgegnerin zwischen Kosten pro Auftrag und Kosten pro Region. Sie geht davon aus, dass ein Auftrag für Nummerimplementierung im Schnitt drei Regionen umfasst. Entsprechend werden die Kosten pro Auftrag umgelegt.



Bei der Nummernimplementierung für die ganze Schweiz geht die Gesuchsgegnerin davon aus, dass Grössenvorteile bestehen, welche sie mit 5.5 % beziffert.

Beim Kostennachweis bezüglich der Preisfestsetzung der Nummernimplementierung für die einzelnen Regionen nimmt die ComCom nebst den bereits unter Ziff. 4.2.1.2 vorgenommenen keine weiteren Anpassungen vor. Den Preis der Nummernimplementierung für die ganze Schweiz berechnet sie aus der Summe der Preise für die einzelnen Regionen, welche um die von der Gesuchsgegnerin berechneten Grössenvorteile von 5.5 % reduziert wird (vgl. Anhang 2).

4.2.1.5 CPS Activation und CPS Relocation

Die Kosten für die Activation und Relocation Dienste sind massgeblich durch die beanspruchten Supportsysteme getrieben (vgl. Ziff. 4.2.1.2.4). Da beide Dienste im gleichen Masse auf die Supportsysteme zurückgreifen, kommen auch die Kosten bei beiden Diensten auf ähnlichem Niveau zu liegen. Aufgrund der leicht höheren Prozesskosten liegen die Kosten für Relocation aber über den Kosten für Activation.

Im Price Manual ist der Preis für die Relocation im Vergleich zur Activation zwar um einiges tiefer. Die Gesuchsgegnerin konnte in ihrem Kostennachweis jedoch nachvollziehbar darlegen, dass die beiden Dienste ein ähnliches Kostenniveau aufweisen.

Sowohl die Preise für Activation als auch Relocation liegen zwar über den von der ComCom am 10. Juni 2005 in den Verfahren TDC Switzerland AG vs. Swisscom Fixnet AG und MCI WorldCom AG vs. Swisscom Fixnet verfügbaren Preisen für die Jahre 2000 bis 2003, welche mittels eines internationalen Benchmarks hergeleitet wurden. Dies heisst nun aber nicht, dass die Gesuchsgegnerin die gesetzlichen Vorgaben in Art. 54 FDV zur Kostenberechnung nicht eingehalten hat. Die internationalen Vergleichswerte mussten im erwähnten früheren Verfahren zur Preisfestsetzung herangezogen werden, da damals im Gegensatz zum vorliegenden Verfahren kein Kostennachweis vorlag.

Da der von der Gesuchsgegnerin vorgelegte Kostennachweis plausibel erscheint, sieht die ComCom keinen Anlass, Anpassungen an der Preisfestsetzung vorzunehmen.

4.2.2 Anpassungsbedarf 2007 - 2008

Die Serviceprozesse werden im Kostenmodell Cosmos in Wertschöpfungsblöcken modelliert und setzen sich aus verschiedenen Inputgütern zusammen. Die Überprüfung des von der Gesuchsgegnerin beigebrachten Kostennachweises führt auch in den Jahren 2007-2008 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 Gesuchsgegnerin möglich ist, die Prozesse auf Grund der tatsächlichen Gegebenheiten gleich auszugestalten, wie es der Massstab der effizienten Anbieterin vorgibt, da die hypothetische Anbieterin und nicht das reale Unternehmen der Gesuchsgegnerin effizient zu sein hat. In diesem Lichte ist auch der Hinweis der Gesuchsgegnerin 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 Gesuchsgegnerin über denjenigen zu liegen kommen, welche eine hypothetische aber effiziente Markteintreterin messen würde. Dies ist aber in 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 allenfalls 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 Markteintrerin zu modifizieren sind. Zudem sind auch von der Gesuchsgegnerin zu Unrecht geltend gemachten Prozessschritte vollständig zu streichen, respektive deren benötigte Zeit ist mit null zu veranschlagen.

4.2.2.1 Anpassungen bei den Prozesszeiten für Interkonnektion nur im Jahr 2007

Für die Überprüfung der von der Gesuchsgegnerin verrechneten Anzahl produktiver Stunden werden die gleichen Annahmen getroffen, die schon unter Ziff.4.2.1.2.1 beschrieben sind. Die Wochenendtage, nationale Feiertage, Ferien sowie unproduktive Zeit in der Höhe von 20% (Teamsitzungen, Workshops, administrative Arbeiten, Ausbildung, bezahlte Abwesenheiten wie Krankheit oder Unfall usw.) sind dabei berücksichtigt und von 365 Tagen in Abzug genommen. Die von der Gesuchsgegnerin geltend gemachte Anzahl produktiver Stunden pro Jahr kann also 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 einer effizienten Anbieterin zu modulieren. Diese Zuschläge sind folglich für die Berechnung der Prozesszeiten nicht zu berücksichtigen.

4.2.2.2 Interconnect Voice Services

Die beiden Teilprozesse TPI_Order_Entry_Order_Management und TPI_PFM_Configuration_NetworkServices des Prozesses zur Implementierung von Interkonnektions-Sprachdiensten (SF_ICVoice_SCtoPTS_add) weisen 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 Kostennachweises 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 mit den 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.

4.2.2.3 Weitere Anpassungen

Nachfolgend werden weitere Anpassungen bei den Serviceprozessen aufgeführt, die nur indirekt einen Einfluss auf die Preisfestsetzung der Interkonnektionsdienste haben. Sie betreffen insbesondere den Dienst der entbündelten Teilnehmeranschlussleitung. Für die Interkonnektionsdienste sind sie insofern relevant, als dass tiefere Herstellkosten bei den Prozessen im Zusammenhang mit dem Teilnehmeranschluss zu einer Umverteilung der VVGK führen und die Kosten der Interkonnektionsdienste tendenziell erhöhen.

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 Gesuchsgegnerin 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 Service-



techniker vor Ort bezeichnet. Removal besteht sogar einzig aus diesem Prozess. Auf Grund dieser Angaben ist einerseits nicht ersichtlich, weshalb die Teilprozesse Delet und Removal länger dauern sollten als der Prozess Add, wie von der Gesuchsgegnerin 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 Gesuchsgegnerin 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.

4.2.3 Anpassungsbedarf 2004 - 2008

4.2.3.1 Supplementary Services for Carrier Preselection

Bei den Supplementary Services für Carrier Preselection CPS (vgl. betreffend Marktbeherrschung oben Ziff. 2.3.1) handelt es sich um Prozesse, welche einer alternativen Anbieterin insbesondere erlauben, sich mittels einer Auswertung der Datenbanken durch die Gesuchsgegnerin über den aktuellen Status und Verbleib einer Kundin oder eines Kunden zu informieren.

Die von der Gesuchsgegnerin ausgewiesenen Arbeitszeiten für die einzelnen Services stellen keine effizienten Arbeitsschritte von Sachbearbeitenden dar, um die im Rahmen der Supplementary Services anfallenden standardisierten Datenbankabfragen auszuführen. Die entsprechenden Zeiten sind deshalb anzupassen. Dabei ist es angemessen, für das Customer&Order Management eine maximale Arbeitszeit von 60 Minuten und für das Aufsetzen, Starten, Auswerten und den Versand der Abfrage selber jeweils maximal 30 Minuten (analog auch 30 Minuten für das sog. Exception Handling) anzusetzen. Für die Migration des Carrier Selection Codes werden Zeiten angesetzt, die mit der durchschnittlichen Zeit für eine CPS Activation korrespondieren (0.27 Minuten pro Fall im Jahr 2006). Für den Service Customer Data Check werden pauschal 30 Minuten veranschlagt, statt den Zeitaufwand wie von der Gesuchsgegnerin vorgeschlagen, nach Anzahl Kundendatensätzen zu bemessen.

Des Weiteren sind analog zu den Anpassungen im Bereich der Services zur Operator Number Portability (ONP), wie sie in der Vergangenheit vorzunehmen waren (vgl. das Urteil des Bundesgerichts 2A.257/2006), die Stundensätze für die einzelnen Jahre anzupassen.

Aufgrund der von der Gesuchsgegnerin gewählten Methode der pauschalen Verrechnung des Overheads mit einem fixen Zuschlag muss beachtet werden, dass auch an dieser Stelle der aufgrund von Overhead-Korrekturen angepasste VVGK-Zuschlag für die einzelnen Jahre eingesetzt werden muss (vgl. oben Ziff. 4.1.6.2.2 und 4.1.6.2.3).



4.2.3.2 Operator Number Portability (ONP)

Die Gesuchsgegnerin hat den Kostennachweis für die Preise zu den Diensten der Nummernportierung (ONP-Diensten) für die Jahre 2004 - 2006 gestützt auf den rechtskräftigen Entscheid im Verfahren in Sachen Cablecom GmbH vs. Swisscom Fixnet AG betreffen Nummernportierung erbracht. Die Preise für 2007 und 2008 hat sie im Kostenmodell Cosmos ermittelt. Dabei wurden aber die Vorschriften von Art. 5 Abs. 2 ComComV nicht erfüllt. Insbesondere hat die Gesuchsgegnerin die leistungsmengenneutralen (fixen) Kosten für Supportsysteme, Projekte und den Overhead geltend gemacht, was den Anforderungen von Art. 5 ComComV widerspricht. Gemäss Art. 5 ComComV dürfen lediglich die mit der Portierung direkt verbundenen Verwaltungskosten – somit nur leistungsmengeninduzierte Kosten – in die Preisfestsetzung einfließen. Die Regelung der Kostenzuweisung verdeutlicht, dass es sich bei den leistungsmengenneutralen Kosten um keine direkten (Verwaltungs-)Kosten der Nummernportierung handelt. Diese Kosten können mithin nicht direkt der Ausportierung zugerechnet werden. Aus diesem Grund sind die (fixen) Kosten für Supportsysteme und Projekte sowie für Overhead zu streichen.

Bei der Implementierung dieser Anpassungen direkt im Kostenmodell Cosmos der Gesuchsgegnerin hätten sich für die Instruktionsbehörde Schwierigkeiten ergeben. Aus diesem Grund hat sie der Gesuchsgegnerin, wie in bisherigen Verfahren üblich, eine Abfragemaske in Form einer Exceldatei zum Ausfüllen zugestellt. Die entsprechenden Daten und Informationen für die Jahre 2007-2008 reichte die Gesuchsgegnerin mit Schreiben vom 30. April 2008 ein. Die Streichung der leistungsneutralen Kosten sowie die weiteren Anpassungen wurden demzufolge in diesem Dokument vorgenommen.

Im Weiteren bestand Anpassungsbedarf bei der Ermittlung des Stundensatzes. Die Kosten für die Pensionskasse, welche die Gesuchsgegnerin neben den Bruttolohnkosten, Sozialleistungen und den Weiterbildungskosten im Personalaufwand kalkuliert, sind für die Herleitung des Stundensatzes für ONP-Dienste irrelevant. Die Gesuchstellerin und andere Fernmeldedienstanbieterinnen haben nicht für die Pensionskassensanierung oder ähnliche Massnahmen der Gesuchsgegnerin aufzukommen. Dies würde insbesondere auch dem LRIC-Konzept in Art. 54 FDV widersprechen.

Die Gesuchsgegnerin macht überdies auch die Kosten für nicht produktive Mitarbeitende der Organisationskostenstelle und die Kosten der übergeordneten Kostenstelle geltend. Wie bereits in den Verfügungen vom 14. Dezember 2007 in den Verfahren Colt Telecom AG vs. Swisscom Fixnet AG und Verizon Switzerland AG vs. Swisscom Fixnet AG rechtskräftig von der ComCom entschieden, sind diese Kosten auch bei der Herleitung des Stundensatzes für ONP-Dienste nicht relevant und demzufolge zu streichen.

4.3 Ergebnis

Die in Ziff. 4.1 und 4.2 ausgeführten Anpassungen führen zu einer Senkung der gemäss Art. 54 FDV zu berücksichtigenden Kosten und somit der strittigen Preise.

Die nutzungsabhängigen Preise erfahren in den Jahren 2004 - 2006 eine Reduktion in der Höhe von 15-20% und in den Jahren 2007 und 2008 eine solche von rund 6-13 % gegenüber dem Kostennachweis der Gesuchsgegnerin. Der Hauptgrund hierfür liegt im ersten Fall vorab bei der Erhöhung der Nutzungsdauer für Kanalisation und Schächte, im zweiten Fall bei den Anpassungen der VVGK und des WACC. Weiter tragen die Anpassungen bei den Betriebskosten zu einer Senkung der Preise bei. Die von der ComCom verfügbaren Preise lassen sich denjenigen im europäischen Ausland gegenüberstellen. Dabei zeigt sich, dass sich das von der ComCom verfügbare Preisniveau unter dem arithmetischen Mittelwert von vierzehn miteinander verglichenen Ländern befindet und sich auf dem Niveau der vier preisgünstigsten Länder bewegt.

Bei den nutzungsunabhängigen Preisen lassen sich für den Zeitraum 2004 - 2006 keine gesamthaft gültigen Aussagen dazu machen, wie sich die Anpassungen der ComCom auf die Preisfestsetzung



auswirken. Insbesondere führen die Reduktion des Stundensatzes und die Streichung des Zuschlags für Bereitschaftszeiten zu grösseren Reduktionen von teilweise bis zu 15%. Für das Jahr 2007 resultieren nochmals Preissenkungen im Bereich von 4-15%, wobei insbesondere die Nummernimplementierungsdienste und die Sprachzusammenschaltungsdienste starken Reduktionen unterliegen. Gleichmässiger sind die Preisreduktionen hingegen für das Jahr 2008. Mit Ausnahme einiger Netzimplementierungsdienste, deren Preise um bis zu 25% reduziert werden, sinken die Preise im Allgemeinen um ca. 3.5%. Die Auswirkungen auf die Preisfestsetzung der nutzungsunabhängigen Dienste der Jahre 2007 und 2008 sind insbesondere auf die Anpassungen bei den VVGK zurückzuführen. Anders als bei den nutzungsabhängigen Preisen lassen die Anpassungen am WACC jedoch die Preise leicht steigen.

In einem Fall, nämlich beim nutzungsunabhängigen Tarif für die Implementierung der Nummernportierungsroutingnummer ONP Routing (erstmalige Installation) lag der Kostennachweis der Gesuchsgegnerin für das Jahr 2007 und folglich auch ihr Preisantrag vom 22. Februar 2008 mit Fr. 4'817 zwar über dem im Rahmen der Überprüfung durch die Instruktionsbehörde erzielten Ergebnis. Der von der Gesuchsgegnerin in ihrem Handbuch Preise im Jahr 2007 offerierte Preis von Fr. 2'550 lag jedoch sowohl unter dem Kostennachweis der Gesuchsgegnerin als auch unter dem Ergebnis der Instruktionsbehörde. Die ComCom sieht deshalb in diesem Fall von einer Preisfestsetzung ab, ist es doch der Gesuchsgegnerin nicht verwehrt, mit ihren Vertragspartnerinnen unter dem Kostennachweis liegende Preise zu vereinbaren und diese allen alternativen Anbieterinnen diskriminierungsfrei zu offerieren. Würde im vorliegenden Fall ein höherer Preis verfügt, hätte die Gesuchsgegnerin aufgrund des Nichtdiskriminierungsgebots gegenüber sämtlichen Vertragspartnerinnen, die den besagten ONP-Dienst im Jahre 2007 bezogen haben, den höheren Preis nachzufordern, was jedoch an den getroffenen Vertragsabreden scheitern müsste.

5 Weitere Interkonnektionsbedingungen

In Ziff. 2 der Rechtsbegehren des Gesuchs vom 19. Mai 2004 verlangt die Gesuchstellerin die Verfügung von Vertragsbestimmungen von nicht preislichen Interkonnektionsbedingungen. Zur Begründung macht sie insbesondere geltend, dass die von ihr verlangten Bestimmungen so oder ähnlich Eingang in zumindest einen Interkonnektionsvertrag zwischen der Gesuchsgegnerin und einer dritten FDA fanden. Die Gesuchsgegnerin hält in ihrer Vernehmlassung vom 30. Oktober 2006 aber grundsätzlich an den im Standardvertrag enthaltenen Formulierungen fest.

Im Rahmen des Dispositionsprinzips steht es einer Partei frei, die ComCom um behördliche Prüfung und Festsetzung des gesamten Vertragswerks oder nur einzelner Aspekte zu ersuchen, über die sich die Parteien im Rahmen der Vertragsverhandlungen nicht einigen konnten. Aus dem im Fernmeldegesetz verankerten Diskriminierungsverbot folgt sodann, dass die marktbeherrschende Anbieterin die in einem Zugangsverfahren rechtskräftig verfügten Vertragsbedingungen in gleichem Masse auch gegenüber ihren anderen Vertragsparteien anwenden muss. Entscheidungen der ComCom kommt mit anderen Worten nicht nur eine Rechtswirkung unter den Parteien zu, sondern indirekt auch gegenüber Dritten. Diesem Aspekt ist nicht nur bei der Festsetzung bestrittener Preise, sondern auch hinsichtlich der weiteren Vertragsbedingungen Rechnung zu tragen.

Nachfolgend ist auf die zwischen den Parteien bestehenden Differenzen bei einzelnen Vertragsbestimmungen einzugehen.

5.1 Drittwirkungsklausel

In Abweichung der im Standardvertrag der Gesuchsgegnerin enthaltenen Formulierung verlangt die Gesuchstellerin mit ihrem Gesuchsbegehren Ziff. 2a die Verfügung einer Regelung, nach welcher



Preisanpassungen bei Behördenentscheiden auf Begehren eines Dritten nach dem Grundsatz der Meistbegünstigung auf den gleichen Zeitpunkt in Kraft treten, wie gegenüber dem Dritten. Zur Begründung verweist sie vorab auf den Entscheid der ComCom vom 6. November 2003, worin festgestellt worden sei, dass das Diskriminierungsverbot für die anderen Interkonnektionspartner einen Anpassungsanspruch auf das Niveau der Meistbegünstigung begründe. Die Gesuchsgegnerin hält demgegenüber an der von ihr in ihrem Standardvertrag vorgesehenen Formulierung fest, mit leichten Anpassungen im Detail. Im Rahmen ihrer Schlussstellungnahme vom 25. August 2008 stellt die Gesuchstellerin einen Eventualantrag mit einer Formulierung, die derjenigen im Standardvertrag der Gesuchsgegnerin nahe kommt. In Ergänzung bzw. Änderung des ursprünglichen Begehrens wird zudem verlangt, dass diese sog. Rück- bzw. Drittwirkungsklausel analog zu den neu zu verfügenden Preisen spätestens per Datum der Gesuchseinreichung wirksam werde.

5.1.1 Diskriminierungsverbot

Die zwischen den Parteien strittige Vertragsklausel (Ziffer 3.2.4 des Interkonnektionsvertrags) war bereits Gegenstand eines Interkonnektionsverfahrens, in welchem zwischenzeitlich ein höchstichterlicher Entscheid vorliegt. Das Bundesgericht schützte in seinem Urteil vom 21. April 2006 die von der ComCom verfügte und auch von der Gesuchstellerin im vorliegenden Verfahren beantragte Version der Klausel, welche es einer Vertragspartei ermöglicht, von in sog. Drittverfahren (zwischen der anderen Vertragspartei und einer Drittpartei) verfügenden Preisanpassungen ab dem Zeitpunkt des rechtskräftig festgesetzten Wirksamwerdens zu profitieren, somit in der Regel rückwirkend ab Anhängigmachung dieses Drittverfahrens. Dabei erwog das Bundesgericht, dass eine solche Rückwirkungsklausel dem Zweck des Gesetzes entspreche und im öffentlichen Interesse liege. Auf Grund des Gebots der Nichtdiskriminierung (Art. 11 Abs. 1 FMG, Art. 52 FDV) sei die marktbeherrschende Anbieterin verpflichtet, allen Konkurrentinnen dieselben Interkonnektionsbedingungen zu gewähren. Kleinere Interkonnektionspartner, so das Bundesgericht weiter, seien nicht ohne weiteres in der Lage, selbst ein aufwändiges Interkonnektionsverfahren zu führen, sondern darauf angewiesen, sich zeitgerecht dem Ergebnis der Interkonnektionsstreitigkeiten grösserer Konkurrenten anschliessen zu können. Gleichzeitig verringere eine Rückwirkungsklausel den Anreiz, Interkonnektionsverfahren aus finanziellen bzw. aus wettbewerbpolitischen Gründen zu verzögern. Wenn die Rückwirkungsklausel im Sinne der Nichtdiskriminierung allen Interkonnektionspartnern einer marktbeherrschenden Anbieterin gewährt würde, sei damit für eine möglichst zeitige Umsetzung des Prinzips des funktionierenden Wettbewerbs unter vergleichbaren Bedingungen für alle Marktteilnehmer gesorgt. Dies entspreche der Zwecksetzung der Rechtsordnung, was auch die damit verbundene (indirekte) Drittwirkung eines Interkonnektionsentscheids auf andere Interkonnektionsverhältnisse rechtfertige (BGE 132 II 284 E. 6.4 S. 289; vgl. hierzu auch die Ausführungen von MATTHIAS AMGWERD, Netzzugang in der Telekommunikation, Diss. Zürich 2008, S. 142 f.).

Es kann somit festgehalten werden, dass die Gesuchstellerin im Lichte des Diskriminierungsverbots Anspruch darauf hat, dass die in einem Drittverfahren verfügenden Preise auch im Vertragsverhältnis zwischen ihr und der Gesuchsgegnerin Anwendung finden. Dies wird denn auch von der Gesuchsgegnerin dem Grundsatz nach nicht (mehr) bestritten.

5.1.2 Vertragsregelung

Wie zuvor ausgeführt, stellt die Drittwirkung sicher, dass die marktbeherrschende Anbieterin allen nachfragenden Fernmeldedienstanbieterinnen die gleichen Zugangsbedingungen gewährt. Sie ist eine direkte Ausprägung des in Art. 11 FMG vorgesehenen und in Art. 52 FDV ausgeführten Diskriminierungsverbots und somit zwingendes öffentliches Recht. Es handelt sich bei der Drittwirkung nicht um eine „Nebenbedingung der Interkonnektion“, welche gemäss Art. 74 Abs. 2 FDV von der ComCom nach markt- und branchenüblichen Kriterien zu verfügen wäre, wie dies die Gesuchsgegnerin in ihrer Schlussstellungnahme vom 18. August 2008 vorbringt. Als Ausfluss des von Art. 11 FMG vorgesehe-



nen Nichtdiskriminierungsgrundsatzes ist sie vielmehr ein zentrales Element des fernmelderechtlichen Zugangsregimes und untersteht deshalb auch nicht der Parteidisposition. Es gibt im Bereich des Diskriminierungsverbots kein Verhandlungsprimat. Die Drittwirkung sorgt für eine Gleichbehandlung aller Anbieterinnen, die mit der marktbeherrschenden Anbieterin Verträge abschliessen. Die Tragweite des Gebots der Nichtdiskriminierung ist im Streitfall von den befassen Behörden festzustellen. Dies geschieht entweder im Rahmen von Zugangsverfahren, falls geltend gemacht wird, das Angebot der marktbeherrschenden Anbieterin verletze das Diskriminierungsverbot, oder im Rahmen von Aufsichtsverfahren, falls zu beurteilen wäre, ob sich die marktbeherrschende Anbieterin bei der Vertragsabwicklung diskriminierend verhält. Die Tragweite der gesetzlich vorgesehenen Nichtdiskriminierung - und damit der Drittwirkung von behördlichen Entscheiden - kann jedoch nicht von den Parteien zweiseitig vertraglich vereinbart werden. Das Nichtdiskriminierungsgebot schützt alle Marktteilnehmenden und es betrifft damit auch alle. Aus diesem Grund wäre es denn auch ausgeschlossen, dass die Gesuchsgegnerin mit ihren verschiedenen Vertragspartnerinnen verschiedene vertragliche Vereinbarungen über die Ausgestaltung der Bedingungen im Zusammenhang mit der Drittwirkung vereinbaren könnte. Es könnte sich höchstens die Frage stellen, ob sich eventuell alle Marktteilnehmenden gemeinsam über den Inhalt und die Ausgestaltung des Diskriminierungsverbots einigen könnten und in diesem Sinne eine Art Verhandlungsprimat bestünde. Dies wäre allerdings schon deshalb nicht möglich, weil der Zutritt zum Telekommunikationsmarkt gemäss Art. 4 FMG lediglich eine Meldepflicht voraussetzt und damit nie alle bereits in den Markt eingetretenen sowie alle potentiell einmal eintretenden Marktteilnehmer um ihre Meinung zum Inhalt des Diskriminierungsverbots angegangen werden könnten.

Die ComCom verfügt gemäss Art. 11a FMG auf Gesuch hin die Bedingungen des Zugangs. Die im Rahmen einer Zugangsverfügung ergehenden Regelungen haben sodann privatrechtsgestaltenden Charakter, das heisst, die getroffenen Verfügungen werden Inhalt des zwischen den Parteien bereits abgeschlossenen oder noch abzuschliessenden Vertrages (vgl. CLEMENS VON ZEDTWITZ, a.a.O., S. 238). Aus den oben erwähnten Gründen kann deshalb den Anträgen der Parteien auf Verfügung einer Drittwirkungsklausel nicht entsprochen werden. Die Drittwirkung gilt von Gesetzes wegen und muss nicht vertraglich vereinbart werden.

Da im vorliegenden Verfahren Umfang und Rechtswirkung der im Fernmelderecht geltenden Drittwirkung umstritten sind, rechtfertigen sich nachfolgende Präzisierungen zu den Ausführungen des Bundesgerichts im erwähnten Entscheid, welche Klarheit über den von Gesetzes wegen für alle Vertragsverhältnisse geltenden Grundsatz der Drittwirkung schaffen sollen.

5.1.3 Betroffene Parteien

Wie dargelegt, gründet das Prinzip der Drittwirkung auf dem im Fernmelderecht verankerten Diskriminierungsverbot, das die marktbeherrschende Anbieterin verpflichtet, allen nachfragenden FDA die Zugangsdienstleistungen zu denselben Konditionen anzubieten. Die Drittwirkung entfaltet gegenüber allen Vertragspartnern der marktbeherrschenden Anbieterin bezüglich der Preise und Vertragsbedingungen Wirkung, welche in einem Verfahren zwischen der Gesuchsgegnerin und einer FDA behördlich verfügt wurden.

5.1.4 Preiserhöhungen

Die Gesuchsgegnerin forderte auch den Einbezug von „Nachzahlungen“ in die Klausel, für den Fall, dass von der zuständigen Behörde Preiserhöhungen verfügt werden sollten. Sie erklärte, die in einem Drittverfahren behördlich festgesetzten Preise könnten nicht nur zu einem Anspruch auf Rückforderung seitens der Gesuchstellerin, sondern auch zu einem Anspruch auf Nachforderung seitens der Gesuchsgegnerin führen. Die Gesuchsgegnerin vertritt mithin die Auffassung, Drittwirkung könnte auch zugunsten der verpflichteten marktbeherrschenden Anbieterin relevant sein.



Diese Forderung lässt sich wettbewerbspolitisch indes nicht rechtfertigen. Nichtdiskriminierung und damit auch Drittwirkung stehen eindeutig im Zusammenhang mit der Preisregulierung marktbeherrschender Anbieterinnen (vgl. BGE 132 II 284 E. 6.4, S. 289). Die Drittwirkung bleibt folglich beschränkt auf Preisverfügungen, die an den Tatbestand der Marktbeherrschung anknüpfen. Dies ist sachgerecht, da die behördliche Marktregulierung den Preismissbrauch marktbeherrschender Unternehmen verhindern soll. In diesem Kontext manifestiert sich indessen Preismissbrauch ausschliesslich in überhöhten Preisen und nicht in zu tiefen, weshalb Preiserhöhungen als Regulierungsmassnahme nicht von Bedeutung sein können. Die gesetzliche Pflicht, kostenorientierte Preise zu offerieren, trifft die marktbeherrschende Anbieterin. Es liegt an dieser, ihre Preisberechnung derart vorzunehmen, dass es nicht zu Nachzahlungen kommt. Schliesslich hat denn auch einzig die marktbeherrschende Anbieterin umfassenden Einblick in ihre Kostensituation und somit in die Preiskalkulation, ihre Interkonnectionspartner dagegen nicht. Müssten diese mit Nachzahlungen als Folge zu tiefer Preis rechnen, so hätten sie aus betriebswirtschaftlichen Gründen jährliche Rückstellungen zu tätigen, um sich nicht der Gefahr einer plötzlichen Insolvenz auszusetzen. Dies käme einer klaren Wettbewerbsbehinderung gleich, was sich selbstredend nicht auf das Fernmelderecht abstützen liesse. Nachzahlungen lassen sich somit nicht auf den Grundsatz der Drittwirkung abstützen.

5.1.5 Zeitliche Beschränkung

Die Gesuchsgegnerin beantragte sodann die Verfügung einer Vertragsklausel, welche die rückwirkende Drittwirkung erst für die ab Rechtskraft der auf Gesuch der Gesuchstellerin vom 19. Mai 2004 ergangenen Verfügungen geltenden Preise vorsah. Sie brachte vor, dies rechtfertige sich, weil für die Zeit davor eine gültige vertragliche Regelung bestanden habe. Auch daraus kann geschlossen werden, dass die Gesuchsgegnerin davon ausgeht, die Tragweite der Drittwirkung könne im Rahmen von bilateralen Verträgen zwischen ihr und den verschiedenen um Zugangsdienste nachfragenden Anbieterinnen ausgehandelt werden.

Der Argumentation der Gesuchsgegnerin kann jedoch nicht gefolgt werden. Es geht gerade nicht um die rückwirkende Änderung der zwischen den Parteien vorbestandenen vertraglichen Regelung. Mit der Drittwirkung von behördlichen Entscheiden wird vielmehr sichergestellt, dass alle Marktteilnehmenden dieselben Zugangsbedingungen erhalten, so dass die Diskriminierung einzelner Anbieterinnen vermieden wird. Das Bundesgericht hat im Weiteren darauf hingewiesen, dass die Rückwirkungsklausel auch den Anreiz verringern soll, dass Interkonnectionsverfahren aus finanziellen bzw. wettbewerbspolitischen Gründen verzögert werden (BGE 132 II 284 E. 6.4). Eine umfassende Geltung entspricht deshalb dem Zweck der Drittwirkung und es wäre nicht zu rechtfertigen, ihren möglichen Gegenstand von vornherein sachlich oder zeitlich einzuschränken.

5.1.6 Verzinsung

In ihrer Schlussstellungnahme vom 25. August 2008 führt die Gesuchstellerin aus, die Gesuchsgegnerin beantrage in ihrem Vorschlag für eine Drittwirkungsklausel den Zinsfuss für Rückzahlungen festzulegen. Die Verzinsung einer bezahlten Nichtschuld sei von den Parteien jedoch bereits vertraglich im Accounting and Billing Manual vereinbart. Ob die Gesuchsgegnerin diese Meinung teilt, kann vorliegend offen bleiben und die Beantwortung dieser Frage würde gemäss Art. 11b FMG auch dem Zivilrichter und nicht der ComCom obliegen. Es wurde bereits dargelegt, dass die ComCom keine Drittwirkungsklauseln verfügen kann, da das Nichtdiskriminierungsgebot allgemein gilt und nicht vertraglich ausgestaltet werden kann. Folglich kann die ComCom auch nicht die Verzinsung von Rückzahlungen aufgrund von Drittverfahren regeln. Sie könnte nur die Verzinsung von Rückzahlungen aus dem Vertragsverhältnis zwischen den Verfahrensparteien regeln, welche vorliegend jedoch nicht bestritten ist. Der Klarheit halber rechtfertigt sich an dieser Stelle jedoch der Hinweis, dass der Argumentation der Gesuchsgegnerin in ihrer Schlussstellungnahme vom 18. August 2008, wonach eine Verzinsungspflicht von Rückzahlungen eigentlich gar nicht vorgesehen sei und allfällige Zinszahlungen deshalb



freiwillig geleistet würden, nicht gefolgt werden kann. Aus der Ausgestaltung des Zugangsregimes in der Schweiz und dem Gesetzeszweck von Art. 11 Abs. 1 FMG würde sich ohne weiteres ergeben, dass Rückzahlungsforderungen zu verzinsen sind. Wie erwähnt ist diese Frage vorliegend nicht umstritten und somit auch nicht zu beurteilen. Im Zusammenhang mit der Frage der Drittwirkung ist jedoch anzumerken, dass diese ausreicht, um die Verzinsung von Rückzahlungen gegenüber allen Vertragspartnerinnen zu garantieren, wenn sie auch nur mit einer einzigen Interkonnektionspartnerin vertraglich vereinbart wurde. Hat sich die Gesuchsgegnerin also gegenüber einer FDA vertraglich verpflichtet, auf Rückzahlungen Zinsen zu leisten, so hat sie dies wegen des Verbotes der Diskriminierung gegenüber allen FDA zu gleichen Bedingungen zu tun.

5.1.7 Rechtsfolgen

Da der Inhalt der Drittwirkung von behördlichen Entscheiden nicht Gegenstand einer vertraglichen Regelung zwischen den Parteien bilden kann, kann die ComCom auch keine entsprechende Vertragsklausel verfügen.

5.2 Kündigung einzelner Dienste

Schliesslich verlangt die Gesuchstellerin in ihrem Gesuch vom 19. Mai 2004 die Aufnahme einer Regelung, wonach jede Partei auch einzelne Dienste unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Monaten jeweils auf Ende eines Monats kündigen kann, ohne dass dabei die Gültigkeit des Vertrags als solche tangiert wird (Gesuchsbegehren Ziff. 2c). Auch dieser Antrag wird lediglich mit dem Anspruch auf Gleichbehandlung begründet. Die Gesuchsgegnerin führte hierzu in ihrer Stellungnahme vom 30. Oktober 2006 aus, eine entsprechende Regelung sei bereits in den Geschäftsbedingungen Wholesale enthalten. Die Gesuchstellerin hielt in ihrer Schlussstellungnahme vom 25. August 2008 am entsprechenden Antrag fest, ohne jedoch inhaltlich auf die Bemerkungen der Gesuchsgegnerin einzugehen.

Der bereits erwähnte Standardvertrag betreffend Interkonnektion regelt im Sinne einer Rahmenvereinbarung die Grundzüge und Rahmenbedingungen der Interkonnektion. Gestützt darauf sind in einem Zusatzvertrag die einzelnen zu beziehenden Dienste zu vereinbaren (Ziff. 2.4). Wird mithin ein solcher Dienst gekündigt, so ist der Interkonnektionsvertrag hiervon nicht betroffen. Dem Antrag der Gesuchstellerin kann deshalb aus diesem Grunde nicht entsprochen werden. Der Vertrag über die einzelnen IC-Dienstleistungen kann unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Monaten jeweils per Ende eines Monats gekündigt werden (Ziff. 10.2), womit dem Anliegen der Gesuchstellerin entsprochen wird.



III Kosten

[...]



Aus diesen Gründen wird verfügt:

1. Auf das Gesuchbegehren 1 wird nicht eingetreten, soweit damit die Festsetzung kostenorientierter Preise für die Jahre 2000 bis 2003 bzw. die rückwirkende Abrechnung über die Preise in der Zeit vom 1. Januar 2000 bis zum 31. März 2004 verlangt wird.
2. Auf das Gesuchsbegehren 2b wird nicht eingetreten.
3. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, mit Wirkung ab dem 1. April 2004 die nachfolgenden Interkonnektionsdienste für die Jahre 2004 bis 2008 zu den folgenden Preisen anzubieten respektive abzurechnen:

Nutzungsabhängige Tarife

Nationale Tarife

National Services		National Rate			
		peak period rate		off peak period rate	
		call set up charge in Rp.	charge for 60 time units in Rp.	call set up charge in Rp.	charge for 60 time units in Rp.
Terminating Services					
Swisscom Fix Terminating Service	2004	1.29	1.89	0.64	0.95
	2005	1.19	1.68	0.59	0.84
	2006	0.98	1.42	0.49	0.71
	2007	0.84	1.08	0.42	0.54
	2008	0.82	1.00	0.41	0.50
Swisscom Emergency Termination Service	2004	0.71	6.18		
	2005	0.71	6.18		
	2006	0.60	6.10		
	2007	0.53	9.66		
	2008	0.52	9.54		
Access Services					
Swisscom Fix to Selected Carrier (PTS) Access Service	2004	1.29	1.89	0.64	0.95
	2005	1.19	1.68	0.59	0.84
	2006	0.98	1.42	0.49	0.71
	2007	0.86	1.09	0.43	0.54
	2008	0.84	1.01	0.42	0.51
Swisscom Publifon® to PTS Freephone Services Access Service (Network Access Charge)	2004	4.47	1.89	2.24	0.95
	2008	3.41	1.01	1.70	0.51
Swisscom Publifon® to PTS Freephone Services Access Service (Publifon® Charge)	2004	0.00	24.74	0.00	24.74
	2008	0.00	24.74	0.00	24.74
Swisscom Publifon® to PTS Freephone Services Access Service, Variant A (Network Access Charge)	2004	4.47	1.89	2.24	0.95
	2005	4.53	1.68	2.27	0.84
	2006	4.13	1.42	2.06	0.71
	2007	3.90	1.09	1.95	0.54
	2008	3.41	1.01	1.70	0.51
Swisscom Publifon® to PTS Freephone Services Access Service, Variant A (Publifon® Charge)	2004	46.47	0.00	46.47	0.00
	2005	46.47	0.00	46.47	0.00
	2006	46.47	0.00	46.47	0.00
	2007	46.47	0.00	46.47	0.00
	2008	46.47	0.00	46.47	0.00



Regionale Tarife

Regional Services		Regional Rate			
		peak period rate		off peak period rate	
		call set up charge in Rp.	charge for 60 time units in Rp.	call set up charge in Rp.	charge for 60 time units in Rp.
Terminating Services					
Swisscom Fix Terminating Service	2004	0.87	1.12	0.43	0.56
	2005	0.88	1.09	0.44	0.55
	2006	0.76	0.99	0.38	0.50
	2007	0.67	0.78	0.33	0.39
	2008	0.67	0.80	0.33	0.40
Swisscom Emergency Termination Service	2004	0.71	6.18		
	2005	0.71	6.18		
	2006	0.60	6.10		
	2007	0.53	9.66		
	2008	0.52	9.54		
Access Services					
Swisscom Fix to Selected Carrier (PTS) Access Service	2004	0.87	1.12	0.43	0.56
	2005	0.88	1.09	0.44	0.55
	2006	0.76	0.99	0.38	0.50
	2007	0.68	0.78	0.34	0.39
	2008	0.66	0.81	0.33	0.40
Swisscom Publifon® to PTS Freephone Services Access Service (Network Access Charge)	2004	4.05	1.12	2.03	0.56
	2008	3.24	0.81	1.62	0.40
Swisscom Publifon® to PTS Freephone Services Access Service (Publifon® Charge)	2004	0.00	24.74	0.00	24.74
	2008	0.00	24.74	0.00	24.74
Swisscom Publifon® to PTS Freephone Services Access Service, Variant A (Network Access Charge)	2004	4.05	1.12	2.03	0.56
	2005	4.22	1.09	2.11	0.55
	2006	3.90	0.99	1.95	0.50
	2007	3.72	0.78	1.86	0.39
	2008	3.24	0.81	1.62	0.40
Swisscom Publifon® to PTS Freephone Services Access Service, Variant A (Publifon® Charge)	2004	46.47	0.00	46.47	0.00
	2005	46.47	0.00	46.47	0.00
	2006	46.47	0.00	46.47	0.00
	2007	46.47	0.00	46.47	0.00
	2008	46.47	0.00	46.47	0.00



Transitdienste

Transit Services		National & Regional Rate			
		peak period rate		off peak period rate	
		call set up charge in Rp.	charge for 60 time units in Rp.	call set up charge in Rp.	charge for 60 time units in Rp.
National & Regional					
Swisscom Transit from fixed Line Cust. to Selected Carrier Access Service (ohne 3rd Party Cost)	2004	0.54	0.57	0.27	0.29
	2005	0.34	0.34	0.17	0.17
	2006	0.32	0.32	0.16	0.16
	2007	0.32	0.26	0.16	0.13
	2008	0.31	0.27	0.16	0.14
Swisscom Transit from Swisscom Mobile to Selected Carrier Service (ohne 3rd Party Cost)	2004	0.54	0.57	0.27	0.29
	2005	0.34	0.34	0.17	0.17
	2006	0.32	0.32	0.16	0.16
	2007	0.32	0.26	0.16	0.13
	2008	0.31	0.27	0.16	0.14
Swisscom Transit (from Fixed Line Cust., Swisscom Mobile, sunrise mobile, Orange Comm.) to PTS Freephone Services Access Service (ohne 3rd Party Cost)	2004	0.54	0.57	0.27	0.29
	2005	0.34	0.34	0.17	0.17
	2006	0.32	0.32	0.16	0.16
	2007	0.32	0.26	0.16	0.13
	2008	0.31	0.27	0.16	0.14
Swisscom Transit to PTS 090x Services Access Service (ohne 3rd Party Cost)	2004	0.54	0.57	0.27	0.29
	2005	0.34	0.34	0.17	0.17
	2006	0.32	0.32	0.16	0.16
	2007	0.32	0.26	0.16	0.13
	2008	0.31	0.27	0.16	0.14
Swisscom Transit to PTS 084x, 0878 Services Access Service (ohne 3rd Party Cost)	2004	0.54	0.57	0.27	0.29
	2005	0.34	0.34	0.17	0.17
	2006	0.32	0.32	0.16	0.16
	2007	0.32	0.26	0.16	0.13
	2008	0.31	0.27	0.16	0.14
Swisscom Transit to PTS 18xy Directory Enquiry Access Service (ohne 3rd Party Cost)	2004	0.54	0.57	0.27	0.29
	2005	0.34	0.34	0.17	0.17
	2006	0.32	0.32	0.16	0.16
	2007	0.32	0.26	0.16	0.13
	2008	0.31	0.27	0.16	0.14
International Incoming Transit to PTS INA Value Added Services Access Service (ohne 3rd Party Cost)	2004	0.54	0.57	0.27	0.29
	2005	0.34	0.34	0.17	0.17
	2006	0.32	0.32	0.16	0.16
	2007	0.32	0.26	0.16	0.13
	2008	0.31	0.27	0.16	0.14



Nutzungsunabhängige Tarife

Einmalentgelte in CHF					
Swisscom Netzzusammenschaltungsdienste					
<i>Installation und Test</i>					
	2004	2005	2006	2007	2008
Für jede Swisscom gebäudeinterne Netzzusammenschaltungsleitung E-1 For each Swisscom In-house Network Joining Link E-1	1124.00	1085.00	1056.00	1030.00	975.00
Für jede Swisscom Signalisierungsverbindung For each Swisscom Signaling Link				3687.00	
<i>SS7 Test</i>					
Netzakzeptanztest Network Acceptance Test				23913.00	
Netzimplementierungstest Network Implementation Test				5407.00	
FDA Nummerimplementierung (erstmalige Implementierung oder Änderungsgesuch)					
<i>Initial</i>					
Whole Switzerland (applies only for Fix Number Ranges)					29196.00
Sprachzusammenschaltungsdienste					
<i>Erstmalige Installation</i>					
Swisscom Terminierungsdienst Swisscom Terminating Service				3751.00	
Swisscom zu PTS Zuführungsdienst Swisscom to Selected Carriers (PTS) Access Service - Carrier Selection Code (CSC)				2469.00	
Swisscom Notruf Terminierungsdienst Swisscom Emergency Services Termination Service				4320.00	
Swisscom zu PTS nicht INA Mehrwertdiensten Zuführungsdienst Swisscom to PTS non INA VAS Access Service					
Swisscom Transit from PTS to Selected Carrier Access Service				2469.00	
Implementierung des PTS Nummernbereichs PTS Number Range implementation (whole Switzerland)		36502.00	34791.00		
Nummerportierung					
<i>Implementierung der Nummernportierungs-Routingnummer ONP Routing Number Implementation (NPRN)</i>					
Erstmalige Installation		4429.00			
<i>Transaktionskosten Transaction Cost</i>					
Einzelanschlüsse (Arbeitszeit) Single Line (Working Hours)		15.00	12.00	13.05	13.12
Vorbestimmte Betreiberwahl					
Carrier Preselection					
<i>Gebühr pro Änderungsgesuch</i>					
CPS-Aktivierung Activation Fee	22.00	18.00	19.00	11.24	12.63
CPS-Umzug Relocation Fee				13.01	14.41
<i>Zusätzliche Dienste für die vorbestimmte Betreiberwahl Supplementary Services for Preselection</i>					
<i>Meldung der Deaktivierung Deactivation Notification</i>					
einmalig (monatlich, wöchentlich oder täglich)	185.00	186.00	179.00	170.00	175.00
monatlich, pro Monat		71.00	68.00	65.10	67.15
wöchentlich, pro Monat	71.00	71.00	68.00	65.10	67.15
<i>Meldung der Anschlusskündigung Access Cancellation Notification</i>					
monatlich, einmalig	185.00	186.00	179.00	170.00	175.00
monatlich, pro Monat	71.00	71.00	68.00	65.10	67.15
<i>Liste der aktivierten Kunden List of Activated Customers</i>					
Einträge < 10'000, pro Liste			179.00	170.00	175.00
Einträge > 30'000, pro Liste			179.00	170.00	175.00
Migrierung des Betreiberwahlcodes (pro MSN) Migration of Carrier Selection Codes (per MSN)					0.60
Laufende Gebühren (CHF/Monat)					
Netzimplementierungsdienste					
<i>Betrieb, Unterhalt und Netzmanagement Operation, maintenance and network management</i>					
jeder Swisscom Zusammenschaltungsleitung mit einer Kapazität über 4 Mio. Minuten (pro E1) of each Swisscom Network Joining Link with a capacity above 4.0 million minutes (per E1)				30.93	33.53
jeder Swisscom Zusammenschaltungsleitung mit einer Kapazität unter 4 Mio. Minuten (pro E1) of each Swisscom Network Joining Link with a capacity beneath 4.0 million minutes (per E1)				30.93	33.53
jeder Swisscom Signalisierungsleitung of each Swisscom Signaling Link				38.86	41.07
jeder Swisscom Signalisierung Rout Set of each Swisscom Signaling Rout Set				30.93	33.53

4. Die Rechtsbegehren der Parteien um Verfügung einer Drittwirkungsklausel werden abgewiesen.

5. Das Gesuchsbegehren 2c wird abgewiesen.



6. [...]

7. 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.