Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung I
A-300/2010

Urteil vom 8. April 2011

Besetzung

Richterin Marianne Ryter Sauvant (Vorsitz),
Richter André Moser, Richterin Kathrin Dietrich,
Richter Lorenz Kneubühler, Richter Jérôme Candrian,
Gerichtsschreiber Cesar Röthlisberger.

Parteien

Swisscom (Schweiz) AG, 3050 Bern,
vertreten durch Margareta Lauterburg, Swisscom AG,
Legal Services & Regulatory Affairs, Postfach, 3050 Bern ,
Beschwerdeführerin/Beschwerdegegnerin,

gegen

Sunrise Communications AG, Hagenholzstrasse 20/22,
Postfach, 8050 Zürich,
vertreten durch Olivier Buchs und Rechtsanwalt Dr. iur.
Matthias Amgwerd, Sunrise Communications AG,
Hagenholzstrasse 20/22, 8050 Zürich,
Beschwerdegegnerin/Beschwerdeführerin,

Eidgenössische Kommunikationskommission ComCom,
Marktgasse 9, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Bedingungen des Zugangs zu den Kabelkanalisationen.

Sachverhalt:

A.
Nachdem sich die Swisscom (Schweiz) AG (nachfolgend: Swisscom) und die Sunrise Communications AG (nachfolgend: Sunrise) in den Vertragsverhandlungen betreffend die Bedingungen des Zugangs zu den Kabelkanalisationen nicht in allen Punkten haben einigen können, stellte Sunrise am 30. November 2007 bei der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom) ein Gesuch um Erlass einer Zugangsverfügung. Nebst anderen, vorliegend nicht interessierenden Begehren, ersuchte Sunrise darum, sämtliche von Swisscom im Handbuch Preise ihres Standardangebots "Kabelkanalisationen FMT" aufgeführten Preise – im Hinblick auf deren Höhe und Preisstruktur – auf Einhaltung der Kostenorientierung zu überprüfen und rückwirkend auf das Datum der Vertragsunterzeichnung (5. bzw. 16. Oktober 2007) kostenorientiert festzulegen (Gesuchsbegehren 1). Zudem sei Swisscom dazu zu verpflichten, ein effizientes und kostengünstiges Online-System zu führen, aus dem insbesondere die genutzten und die noch verfügbaren Kapazitäten der Kabelkanalisationen abgelesen werden können sowie Sunrise den Zugang zu diesen Online-Informationen zu gewähren (Gesuchsbegehren 4).

B.
Mit Teilverfügung vom 1. Dezember 2009 legte die ComCom für die Jahre 2008 und 2009 unter anderem den monatlichen Preis fest, den Swisscom Sunrise für die Mitbenutzung der Kabelkanalisation verrechnen darf (Ziffer 2 Dispositiv). Ebenso wurden die Stundenansätze und die Verrechnung der Serviceprozesse angepasst (Ziffer 2 Dispositiv). Des Weiteren wurde Swisscom dazu verpflichtet, alternativen Anbieterinnen im Rahmen des Bezugs von Kabelkanalisationen ab dem 1. Januar 2011 uneingeschränkten Zugang zu den gleichen Informationen und denselben Systemen bezüglich Belegung von Kabelkanalisationen zu gewähren, die ihr selber auch zur Verfügung stehen (Ziffer 4 Dispositiv). Schliesslich wurden der Swisscom die gesamten Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 137'576.65 auferlegt (Ziffer 5 Dispositiv).

C.
Da vorliegend beide Parteien sowohl Beschwerdeführerin wie auch Beschwerdegegnerin sind, werden diese nachfolgend zur besseren Lesbarkeit ausnahmsweise bei ihrer Firma und nicht bei ihrer Parteirolle genannt.

D.
Mit Beschwerde vom 18. Januar 2010 an das Bundesverwaltungsgericht verlangt Swisscom die Aufhebung von Ziffer 4 des Dispositivs der obgenannten Teilverfügung der ComCom (nachfolgend: Vorinstanz) und die Abweisung des Gesuchsbegehrens 4 des Zugangsgesuchs der Sunrise vom 30. November 2007. Zudem sei Ziffer 5 aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, den geltend gemachten Verfahrensaufwand zu begründen und dabei von einer mehrfachen Verrechnung solchen Aufwandes abzusehen (Bst. a); von einer Auferlegung des in Rz. 194 ff. der Beschwerde genannten Zeitaufwandes an Swisscom abzusehen (Bst. b); den Verfahrensaufwand gemäss Rz. 188 ff., Rz. 192, Rz. 193 und Rz. 197 f. der Beschwerde auszusondern und die entsprechenden Kosten Sunrise aufzuerlegen (Bst. c); die Verfahrenskosten entsprechend neu festzulegen (Bst. d).

D.a
Zur Begründung ihres Begehrens, die den Zugang zu Online-Informationen über die Belegungskapazitäten betreffende Ziffer 4 der angefochtenen Verfügung aufzuheben, führt Swisscom vorab an, die Vorinstanz habe ihre Kompetenz überschritten, indem sie Swisscom eine Verpflichtung gegenüber allen alternativen Anbieterinnen (anstatt nur gegenüber Sunrise) auferlegt habe.

D.b
In der Sache führt Swisscom im Wesentlichen an, die von der Vorinstanz verfügte Verpflichtung, alternativen Anbieterinnen uneingeschränkten Zugang zu den gleichen Informationen und denselben Systemen bezüglich Belegung von Kabelkanalisationen zu gewähren, die ihr selber auch zur Verfügung stünden, sei unverhältnismässig, weder umsetzbar noch zielführend und verletze in unzulässiger Weise Geheimhaltungsinteressen von Swisscom und Dritten. Die Vorinstanz habe weder den rechtserheblichen Sachverhalt ausreichend abgeklärt noch Swisscom das rechtliche Gehör gewährt und so aufgrund unzutreffender Vorstellungen und in Verkennung der Tragweite ihrer Anordnung verfügt. Schliesslich verletze die der Verfügung zu Grunde liegende Verordnungsbestimmung selbst das Gesetzmässigkeitsprinzip, sei durch kein öffentliches Interesse gerechtfertigt und unverhältnismässig.

Swisscom habe zudem geprüft, ob sich allenfalls eine Alternative zum angeordneten Zugriff der alternativen FDA

(Fernmeldedienstanbieterinnen) auf die belegungsrelevanten Informationen in PTA (= Planning and Design Tool Access) realisieren liesse, welche den diversen Geheimhaltungsinteressen Rechnung trage. Ein "einfaches Alternativangebot" könnte mit einer Erweiterung des sog. S/P-Portals (Planauskunft) erfolgen. Ein solches Angebot sei jedoch zu ungenau und unzuverlässig.

D.c
Zur Begründung ihres Begehrens, die Kostenverlegung gemäss Ziffer 5 aufzuheben und zur Neufestlegung an die Vorinstanz zurückzuweisen, kritisiert Swisscom einerseits die Begründungsdichte an sich. Aus der Begründung gehe nicht hervor, auf welche Tätigkeiten der immense Zeitaufwand entfalle. Andererseits sei die Höhe der Verfahrenskosten im Vergleich zu anderen Zugangsverfahren überrissen, die Aufteilung des Aufwandes zwischen den drei Verfahren nicht nachvollziehbar und eine Mehrfachverrechnung nicht auszuschliessen. Zudem verletze die Auferlegung der gesamten Verfahrenskosten an die Beschwerdeführerin das Unterliegerprinzip, sei Sunrise mit ihrem Begehren, Pauschalpreise für die Projektierung festzulegen, doch nicht durchgedrungen und habe es alleine diese zu vertreten, dass sie am 30. November 2007 noch ein Zugangsgesuch KKF für die Preise 2007 gestellt habe, auf welches mangels Rechtsschutzinteresse nicht mehr habe eingetreten werden können. Sodann dürfe allenfalls verrechneter Verfahrensaufwand im Zusammenhang mit den Auseinandersetzungen zwischen Swisscom und dem Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) rund um die Akteneinsicht von Sunrise in Aktenstücke, die für KKF nicht relevant gewesen seien, nicht Swisscom auferlegt werden.

E.
Ebenfalls am 18. Januar 2010 reicht Sunrise eine Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht gegen die obgenannte Teilverfügung der Vorinstanz ein. Ziffer 2 des Dispositivs sei aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Zur Begründung ihres Begehrens, die angefochtene Verfügung zur Neubeurteilung der in Ziffer 2 des Dispositivs festgelegten Preise an die Vorinstanz zurückzuweisen, bringt Sunrise im Wesentlichen vor, die derzeitige Praxis der Vorinstanz zur Bestimmung der kostenorientierten Preise widerspreche dem Diskriminierungsverbot. Swisscom könne im Vergleich zu den von der Vorinstanz festgelegten Zugangspreisen ihre Netzinfrastruktur zu weitaus günstigeren Konditionen nutzen als die

alternativen FDA, da deren Infrastruktur weitgehend abgeschrieben sei. Sunrise habe zwar im Grundsatz nichts gegen die vom Verordnungsgeber festgelegte Kostenberechnungsmethode einzuwenden. Die einschlägige Verordnungsbestimmung sei aber diskriminierungsfrei auszulegen und die Praxis der Vorinstanz entsprechend anzupassen. Massgeblich dürfe nicht der Wiederbeschaffungsneuwert resp. die Brutto-Wiederbeschaffungskosten sein, sondern vielmehr der Wiederbeschaffungsrestwert bzw. die um getätigte Abschreibungen reduzierten Netto-Wiederbeschaffungskosten.

F.
Mit Verfügung vom 16. Februar 2010 vereinigte das Bundesverwaltungsgericht die obgenannten Beschwerden von Swisscom (Verfahren A-300/2010) und Sunrise (Verfahren A-355/2010) und führte diese unter der Verfahrensnummer A-300/2010 weiter.

G.
In der Stellungnahme vom 8. April 2010 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerden und bringt zur Begründung im Wesentlichen Folgendes vor:

G.a
Zur Beschwerde von Sunrise betreffend die Preisgestaltung (Ziffer 2 Dispositiv) führt die Vorinstanz aus, die einschlägigen Netzzugangsbestimmungen könnten unter der derzeit geltenden Regelung nicht anders ausgelegt werden, als von ihr dargelegt. Die angewandte Bewertungsmethode habe bereits vor der letzten Revision des Fernmelderechts im Jahre 2007 existiert und der Gesetzgeber habe an dieser Methodik festhalten wollen. Des Weiteren habe sich die Vorinstanz vorliegend auch nicht veranlasst sehen müssen, wegen angeblichen Diskriminierungen einzuschreiten. Schliesslich sei vor dem Hintergrund der derzeit vom Bundesrat veranlassten Evaluation des Fernmelderechts eine Praxisänderung entgegen der Auffassung von Sunrise gerade nicht angezeigt.

G.b
Zur Beschwerde von Swisscom betreffend das sog. Online-Tool (Ziffer 4 Dispositiv) nimmt die Vorinstanz vorab zur Kritik an ihrer Regelungskompetenz Stellung. Die Verpflichtung (allen) alternativen Anbieterinnen (und nicht bloss Sunrise) Zugang zu den Online-Informationen zu gewähren, sei nicht zu beanstanden, da diese

zukunftsgerichtet sei und keinen Eingriff in einen zum jetzigen Zeitpunkt gültigen Vertrag zur Folge habe.

Zum Vorwurf, sie habe den rechtserheblichen Sachverhalt nicht abgeklärt und Swisscom vorgängig nicht angehört, entgegnet die Vorinstanz, Swisscom habe ihre Verpflichtung, die bekannten Belegungskapazitäten online zur Verfügung zu stellen, nicht beachtet, obwohl ihr diese seit über drei Jahren bekannt gewesen sei. Vielmehr habe sie die Existenz von PTA im vorinstanzlichen Verfahren verschwiegen. Die Vorinstanz habe anlässlich des Instruktionstreffens vom 8. Juli 2009 mehr oder weniger zufällig von PTA erfahren. Zudem treffe die Swisscom in diesem Bereich eine verstärkte Mitwirkungspflicht. Mit PTA verfüge Swisscom über ein System, welches die verfügbaren Kapazitäten in den Kabelkanalisationen darstellen könne. Swisscom müsse diese Informationen gemäss den einschlägigen Bestimmungen den alternativen Anbieterinnen offen legen. Ob sie dies mit PTA oder einem anderen Tool mache, stehe ihr aber grundsätzlich offen. Des Weiteren beruhe die verfügte Verpflichtung entgegen der Behauptung von Swisscom auf einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage, liege im öffentlichen Interesse und sei auch verhältnismässig. Die gesetzte Umsetzungsfrist würde Swisscom schliesslich genügend Zeit lassen, den Informationszugang so zu gestalten, dass auch die vorgebrachten Geheimhaltungsinteressen angemessen gewahrt würden.

H.
In der Beschwerdeantwort vom 9. April 2010 beantragt Sunrise die Abweisung der Beschwerde von Swisscom vom 18. Januar 2010.

H.a
Zur Begründung, weshalb die Beschwerde von Swisscom betreffend das Online-Tool (Ziffer 4 Dispositiv) abzuweisen sei, argumentiert Sunrise ähnlich wie die Vorinstanz. Ergänzend bringt sie vor, es stelle einen enormen Wettbewerbsvorteil für Swisscom dar, wenn nur dieser die Kapazitätsinformationen in Online-Form zur Verfügung stünden. Die von Swisscom dargestellten angeblichen Probleme, die sich bei einem Zugriff Dritter auf PTA stellen würden, muteten befremdlich an, sei man heutzutage doch ständig mit Online-Systemen konfrontiert, welche solche Probleme ohne Weiteres lösten. Zweifellos wäre auch die Errichtung eines FDA-Accounts realisierbar, welches allfällige Geschäftsgeheimnisse wahren würde. Das Argument, eine Anpassung des Systems würde zu hohe Kosten verursachen, sei nicht zu hören, da

eine effiziente Anbieterin, welche sich an ihre gesetzlichen Pflichten halte, mit dem genannten Budget auch ein FDA-Account realisieren würde. Entgegen der Behauptung von Swisscom stelle ein Online-Tool in jedem Fall einen Mehrwert für die alternativen FDA dar, da es ein solches erlauben würde, auf effiziente Weise eigene Vorabklärungen zu treffen. Ob dadurch die Machbarkeitsabklärungen dereinst gänzlich obsolet würden, können an dieser Stelle offen bleiben.

H.b
Soweit sie sich zur Kostenverlegung gemäss Ziffer 5 des Dispositivs äussert, schliesst sich Sunrise weitgehend der Argumentation der Vorinstanz an und betont dabei, dass sie nicht mit einem formellen Antrag Pauschalpreise für Projektierungen gefordert habe, sondern bloss in ihrer Schlussstellungnahme die Idee einer Pauschalisierung begrüsst habe. Folglich sei sie in diesem Punkt auch nicht unterlegen.

I.
Ebenfalls am 9. April 2010 reicht Swisscom eine Beschwerdeantwort zur Beschwerde von Sunrise vom 18. Januar 2010 ein. Sie beantragt die Abweisung der Beschwerde von Sunrise betreffend die Preisgestaltung (Ziffer 2 Dispositiv), soweit darauf eingetreten werde. Zur Begründung stellt Swisscom vorab die Beschwerdelegitimation von Sunrise in Frage, da diese durch die verfügte Preissenkung begünstigt und nicht benachteiligt werde. In der Sache argumentiert Swisscom ähnlich wie die Vorinstanz. Ergänzend bringt sie vor, Kostenorientierung bedeute nicht Kostengleichheit. Der Gleichbehandlungsgrundsatz fordere nicht, dass externen Kunden der Zugang zu den gleichen Preisen angeboten werden müsste, wie swisscom-intern verrechnet werde. Vielmehr seien aktuelle Wettbewerbspreise zu simulieren. Es gehe beim LRIC-Ansatz nämlich darum, den periodischen Wertverzehr zu antizipieren, den eine Konkurrentin mit aktueller Technologie bei einem heutigen Markteintritt zu tragen hätte. Deshalb seien auch für vollständig abgeschriebene Anlagen kalkulatorisch Restwerte einzusetzen. Der von Sunrise beschriebene Übergewinn entstehe bei der von der Vorinstanz angewandten Berechnungsmethode zudem nicht. Die von der Vorinstanz angewandte Berechnungspraxis entspreche schliesslich dem Willen des Gesetzgebers und könne ohne Gesetzesrevision nicht abgeändert werden.

J.
In der Replik vom 18. Juni 2010 hält Sunrise an ihrer Beschwerde vom

18. Januar 2010 betreffend Preisgestaltung (Ziffer 2 Dispositiv) fest und nimmt Stellung zur Vernehmlassung der Vorinstanz vom 8. April 2010 sowie zur Beschwerdeantwort von Swisscom vom 9. April 2010. In ihrer Begründung wiederholt sie weitgehend die bereits in der Beschwerde vorgebrachten Argumente. Ergänzend führt Sunrise an, weder die von Swisscom und der Vorinstanz angeführten ökonomischen Überlegungen noch der Infrastrukturwettbewerb könnten Mehrfachabschreibungen bzw. eine Neubewertung der vollständig abgeschriebenen Anlagen rechtfertigen. Wolle man die ökonomische Realität nicht ausser Acht lassen, müsse sich die zu simulierende effiziente Markteintreterin für einen erfolgreichen Markteintritt an den tieferen Kosten der eingesessenen Anbieterin orientieren. Die von Sunrise vorgeschlagene Kostenrechnung berücksichtige ausreichend Abgeltungen für Investitionsanreize. Schliesslich stehe einer Gesetzesänderung weder die bestehende Regelung noch die Rechtssicherheit entgegen.

K.
Auch Swisscom hält mit Replik vom 18. Juni 2010 an ihrer Beschwerde vom 18. Januar 2010 betreffend Online-Tool (Ziffer 4 Dispositiv) und Verfahrenskosten (Ziffer 5 Dispositiv) fest und nimmt Stellung zur Vernehmlassung der Vorinstanz vom 8. April 2010 und zur Beschwerdeantwort von Sunrise vom 9. April 2010.

K.a
Swisscom hält daran fest, dass die Vorinstanz bei ihrer Anordnung betreffend das Online-Tool (Ziffer 4 Dispositiv) ihre Regelungskompetenz überschritten habe. Es sei nicht einsichtig, weshalb ein Eingriff in Drittverträge nur dann unzulässig sein soll, wenn er "gegenwärtig" sei, nicht aber, wenn er mit Blick auf die Zukunft erfolge.

In der Sache betont Swisscom noch einmal, dass das Dispositiv in Ziffer 4 nicht nur den Zugang zu den gleichen Informationen, sondern auch ausdrücklich denjenigen zu denselben Systemen und damit zu PTA anordne. Aus dem Gesetz lasse sich kein Anspruch anderer FDA auf Zugang zu IT-Systemen von Swisscom ableiten. Mit den derzeit praktizierten Machbarkeitsabklärungen würden die gesetzlichen Erfordernisse erfüllt. Die Ausführungen der Vorinstanz und von Sunrise änderten nichts daran, dass die Realisierbarkeit hätte abgeklärte werden müssen. Für eine (vollständige) Ablösung der Machbarkeitsabklärungen sei ein Schreibzugriff erforderlich und selbst eine Beschränkung auf einen Lesezugriff bedürfte Systemanpassungen mit entsprechenden

Kostenfolgen. Ferner habe Swisscom auch nicht wissentlich ihre gesetzlichen Pflichten ignoriert und bei der Entwicklung von PTA vollständig ausser Acht gelassen. Vielmehr mache Swisscom ernsthafte rechtliche Gründe für ihre Auffassung geltend. Der Vorinstanz obliege angesichts der von Swisscom gemachten Vorbringen die Pflicht, im Rahmen der akzessorischen Normenkontrolle die Rechtmässigkeit der in Frage stehenden Norm zu überprüfen.

L.
Mit Duplik vom 8. September 2010 nimmt Swisscom Stellung zur Replik von Sunrise vom 18. Juni 2010 und zur Vernehmlassung der Vorinstanz vom 8. April 2010 betreffend die Preisgestaltung (Ziffer 2 Dispositiv). Sie beantragt weiterhin die Abweisung der Beschwerde von Sunrise vom 18. Januar 2010. Ergänzend betont sie, dass der Infrastrukturwettbewerb auch bei Kabelkanalisationen ein grundlegendes Anliegen des Gesetzgebers sei. Zudem führt sie aus, weshalb der von Sunrise beschriebene "Kostenvorteil wegen erfolgten Abschreibungen" sich – soweit er denn überhaupt existiere – auf die Finanzbuchhaltung beschränke, die bei der Preisberechnung zu bestimmenden Periodenkosten hingegen aufgrund ökonomischer Abschreibungen zu berechnen seien und dieses Vorgehen nicht zu einer erneuten Amortisation der Anlagen führe.

M.
In der Duplik vom 9. September 2010 beantragt die Vorinstanz weiterhin die Abweisung der Beschwerden. Sie verweist grundsätzlich auf ihre bisherigen Ausführungen.

M.a
Zur Beschwerde von Sunrise betreffend die Preisgestaltung (Ziffer 2 Dispositiv) bringt sie ergänzend an, dass sich die vorliegende Thematik auf das Kriterium der Kostenorientiertheit und nicht der Nichtdiskriminierung beziehe. Des Weiteren erscheine ihr ein Beizug der europäischen Regelungen angesichts der Eigenheiten des schweizerischen Zugangsregimes als heikel.

M.b
Zur Beschwerde von Swisscom betreffend das Online-Tool (Ziffer 4 Dispositiv) wiederholt und vertieft sie weitgehend ihre bisherigen Ausführungen. Soweit Swisscom ernsthafte, rechtliche Gründe für die Nichtbeachtung ihrer gesetzlichen Verpflichtung geltend mache, liege es

alleine in ihrer Verantwortung, wenn sich erweise, dass sie mit ihrer Einschätzung falsch gelegen habe. Deren Versäumnisse dürften den anderen Beteiligten nicht zum Nachteil gereichen.

M.c
Zur Beschwerde von Swisscom betreffend die Verfahrenskosten (Ziffer 5 Dispositiv) verweist die Vorinstanz im Wesentlichen auf vom Bundesverwaltungsgericht in zwei parallelen Verfahren jüngst gefällte Entscheide (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-292/2010 vom 19. August 2010 und A-293/2010 vom 30. August 2010).

N.
Auf Aufforderung der Instruktionsrichterin nimmt der Preisüberwacher am 9. September 2010 Stellung zu den ihn betreffenden Fragen im vorliegenden Verfahren. Er unterstützt grundsätzlich die Haltung von Sunrise, geht mit seinen Forderungen hingegen teilweise deutlich weiter, indem er nicht nur eine andere Auslegung der bestehenden Regelung befürwortet (Annahme von Netto- anstatt Brutto-Wiederbeschaffungskosten), sondern grundsätzlich eine Abkehr vom bestehenden Berechnungsmodell hin zu einer Kalkulation anregt, welche sich stärker an den historischen Herstellungskosten und den getätigten Abschreibungen der Swisscom orientiert.

O.
Mit Duplik vom 10. September 2010 nimmt Sunrise Stellung zur Replik von Swisscom vom 18. Juni 2010 betreffend das Online-Tool (Ziffer 4 Dispositiv) und die Verfahrenskosten (Ziffer 5 Dispositiv). Sie hält an ihren Ausführungen fest und beantragt weiterhin die Abweisung der Beschwerde von Swisscom vom 18. Januar 2010. Ergänzend betont Sunrise, dass es zur Umsetzung der verfügten Verpflichtung ihrer Auffassung nach kein Schreibrecht brauche, sondern ein Leserecht ausreichen würde. Des Weiteren seien Online-Informationen für Sunrise selbst dann von Nutzen, wenn nicht alle Kapazitätsangaben den realen Verhältnissen entsprechen würden, da ein entsprechendes Online-Tool es ihr ermögliche, eigenständig auf effiziente und zeitsparende Weise Vorabklärungen durchzuführen.

P.
Mit Eingabe vom 21. September 2010 nimmt Swisscom Stellung zu den von der Instruktionsrichterin mit Verfügung vom 5. Juli 2010 gestellten zusätzlichen Instruktionsfragen betreffend das Online-Tool (Ziffer 4

Dispositiv). Sie äussert sich im Wesentlichen zur Bekanntheit, zum Umfang und zur Verwendbarkeit der (ihr bekannten) belegungsrelevanten Daten sowie zur Machbarkeit und zu den Kosten eines Online-Systems. Sie kommt zum Ergebnis, dass ein Online-Tool, mit welchem Sunrise Kapazitäten abfragen könne, grundsätzlich möglich sei, die entsprechenden Angaben indessen aus den genannten Gründen nicht verlässlich wären.

Q.
Mit Eingabe vom 18. Oktober 2010 nimmt Swisscom unaufgefordert Stellung zu aus ihrer Sicht neuen tatbeständlichen und rechtlichen Vorbringen der Vorinstanz und Sunrise in den Duplikschriften, zu welchen sie sich noch nicht habe äussern können.

R.
In ihren Schlussbemerkungen vom 18. Oktober 2010 hält die Vorinstanz an ihren bisherigen Ausführungen fest. In Kenntnisnahme der Stellungnahme des Preisüberwachers stimmt sie diesem in Bezug auf die Preisgestaltung (Ziffer 2 Dispositiv) insofern zu, als eine Plausibilisierung anhand der tatsächlichen Kosten der marktbeherrschenden Anbieterin ihrer Auffassung nach tatsächlich geeignet wäre, allfälligen Diskriminierungen entgegen wirken zu können, dies aber unter der geltenden Regelung nicht möglich sei. Zum Online-Tool (Ziffer 4 Dispositiv) verweist die Vorinstanz ergänzend auf die Empfehlung der Europäischen Kommission vom 20. September 2010 welche der bundesrätlichen Regelung weitgehend entspreche und zeige, dass die vom Bundesrat angeordnete Verpflichtung weder unverhältnismässig noch verfehlt sei.

S.
In den Schlussbemerkungen vom 21. Oktober 2010 nimmt Swisscom Stellung zur Stellungnahme des Preisüberwachers vom 9. September 2010 betreffend die Preisgestaltung (Ziffer 2 Dispositiv) und bemerkt im Wesentlichen, die von diesem gestellten Forderungen seien auf politischem Weg einzubringen. Letztlich gehe der Preisüberwacher offenbar selber davon aus, dass eine Abkehr von der LRIC-Methode de lege lata ausscheide.

T.
Am 22. Oktober 2010 reicht schliesslich auch Sunrise ihre Schlussbemerkungen ein. Zur Stellungnahme von Swisscom vom

21. September 2010 zu den von der Instruktionsrichterin mit Verfügung vom 5. Juli 2010 gestellten zusätzlichen Instruktionsfragen betreffend das Online-Tool (Ziffer 4 Dispositiv) führt sie im Wesentlichen aus, mit ihren Ausführungen zum "einfachen Alternativangebot" habe Swisscom nunmehr selber den Nachweis erbracht, dass die Umsetzung eines Online-Systems im Sinne der gesetzlichen Regelung in einem verhältnismässigen Rahmen grundsätzlich möglich sei. Für Sunrise sei dieser wie auch andere Wege denkbar. Schliesslich müsse aber dennoch ein direkter Zugriff auf PTA ins Auge gefasst werden, wenn sich die anderen Wege als nicht zielführend bzw. unvereinbar mit den gesetzlichen Vorgaben erweisen würden. In der Stellungnahme des Preisüberwachers vom 9. September 2010 betreffend die Preisgestaltung (Ziffer 2 Dispositiv) sieht Sunrise schliesslich ihre eigene Position bestätigt.

U.
Auf die übrigen Ausführungen der Beteiligten wird – soweit entscheidrelevant – im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1. Grundsätzlich werden die Bedingungen des Zugangs zu den Einrichtungen und Diensten der marktbeherrschenden Anbieterin im Fernmeldebereich zwischen den beteiligten Unternehmungen direkt vereinbart (Verhandlungsprimat). Eine behördliche Regelung ist gesetzlich nur subsidiär für den Fall vorgesehen, dass sich die Parteien nicht innert vernünftiger Frist einigen können. Einigen sich die Anbieterinnen von Fernmeldediensten nicht innerhalb von drei Monaten über die Bedingungen des Zugangs, so verfügt die Vorinstanz diese auf Gesuch einer Partei und auf Antrag des Bundesamtes (Art. 11a Abs. 1 Satz 1 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 [FMG, SR 784.10]; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 2A.251/2005 vom 21. April 2006 E. 1.2 [in der amtlichen Publikation BGE 132 II 284 nicht enthalten]; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-5982/2010 vom 16. Februar 2011 E. 3.4.1). Die Vorinstanz hat die vorliegend angefochtene Teilverfügung vom 1. Dezember 2009 auf Gesuch von Sunrise vom 30. November 2007 erlassen.

1.2. Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Die ComCom ist eine eidgenössische Kommission nach Art. 33 Bst. f VGG und gehört damit zu den Vorinstanzen des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, ist nicht gegeben (Art. 32 VGG). Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerden.

1.3. Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

1.4. Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat.

1.4.1. Als unterlegene Verfügungsadressatin hat Swisscom ohne Weiteres ein aktuelles, schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung. Sie ist zur Beschwerde legitimiert.

1.4.2. Auch Sunrise hat unbestrittenermassen am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG) und ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG). Swisscom stellt indessen das von Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG geforderte schutzwürdige Interesse von Sunrise in Frage. Diese habe im erstinstanzlichen Verfahren die Festlegung kostenorientierter Preise beantragt und sei mit diesem Begehren durchgedrungen, d.h. die Vorinstanz habe die Preise gesenkt, wodurch Sunrise weder einen unmittelbaren Nachteil erleide noch eines Vorteils beraubt würde. Vielmehr werde sie durch die Preissenkung begünstigt. Sunrise entgegnet, der geforderte unmittelbare Nachteil bestehe offenkundig darin, dass Swisscom (trotz den von der Vorinstanz verfügten Preissenkungen) in Widerspruch zu den gesetzlichen Vorgaben überhöhte und damit diskriminierende Preise verlange.

1.4.3. Ein schutzwürdiges Interesse liegt vor, wenn die tatsächliche oder rechtliche Situation der beschwerdeführenden Person durch den Ausgang des Verfahrens beeinflusst werden kann. Es besteht im

praktischen Nutzen, den die erfolgreiche Beschwerdeführung ihr eintragen würde, das heisst in der Abwendung eines materiellen oder ideellen Nachteils, den der angefochtene Entscheid für sie zur Folge hätte (vgl. ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, S. 48 Rz. 2.67; ISABELLE HÄNER, in: Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich 2008, Rz. 18 ff. zu Art. 48).

Sunrise fordert eine Änderung der Berechnungsmethode, da die bisher von der Vorinstanz praktizierte ihrer Auffassung nach Bundesrecht verletze und zu überhöhten Zugangspreisen bzw. zu ungerechtfertigten Gewinnen der Swisscom führe. Sowohl die Frage der richtigen bzw. rechtskonformen Berechnungsmethode wie auch deren Auswirkungen sind vorliegend umstritten. Es stehen sich verschiedene Fachmeinungen rund um ein komplexes Thema gegenüber. Obwohl vom Bundesverwaltungsgericht nicht abschliessend und konkret beziffert werden kann, welche finanziellen Auswirkungen die von Sunrise geforderte Änderung der Berechnungsmethode letztendlich auf den Zugangspreis haben würde, ist offensichtlich, dass die Berechnung der Zugangspreise einen Einfluss auf die tatsächliche oder rechtliche Situation von Sunrise hat. Die von ihr angestrebte weitere Senkung der Zugangspreise zielt offensichtlich auf einen materiellen Vorteil ab bzw. sie versucht materielle Nachteile – nämlich das Bezahlen höherer Preise – abzuwenden. Dabei spielt es keine Rolle, dass die von der Vorinstanz festgelegten Preise im Verhältnis zu den von Swisscom ursprünglich beabsichtigten Preisen bereits tiefer sind. Somit hat Sunrise durchaus ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung.

1.4.4. Aus diesen Gründen ist auch Sunrise zur Beschwerde legitimiert.

1.5. Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichten Beschwerden (Art. 50 und 52 VwVG) ist einzutreten.

2.
Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition. Gerügt werden kann nicht nur die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, sondern auch die Unangemessenheit des angefochtenen Entscheids (Art. 49 VwVG). Das

Bundesverwaltungsgericht überprüft demnach nicht nur, ob die Verwaltung bei ihrem Entscheid im Rahmen ihres Ermessens geblieben ist, sondern grundsätzlich auch, ob sie eine dem Sachverhalt angemessene Lösung getroffen hat, mithin nicht bloss rechtlich, sondern ebenfalls sachlich richtig entschieden hat (vgl. RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS/DANIELA THURNHERR/DENISE BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht, Grundlagen und Bundesrechtspflege, 2. Aufl., Basel 2010, Rz. 1598). Bei der Prüfung der Angemessenheit auferlegt sich das Bundesverwaltungsgericht indes in manchen Fällen eine gewisse Zurückhaltung, so wenn es um die Beurteilung technischer Spezialfragen geht, in denen die Vorinstanz über ein besonderes Fachwissen verfügt. Es entfernt sich insofern im Zweifel nicht von der Auffassung der Vorinstanz und setzt nicht an deren Stelle ihr eigenes Ermessen (vgl. BGE 130 II 449 E. 4.1; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6291/2010 vom 16. Dezember 2010 E. 2 mit Hinweisen; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/ BRÜHL-MOSER, a.a.O., Rz. 1600).

Die Vorinstanz amtet in einem höchst technischen Bereich, in dem Fachfragen sowohl übermittlungstechnischer als auch ökonomischer Natur zu beantworten sind. Ihr steht dabei - wie anderen Behördenkommissionen auch - ein eigentliches "technisches Ermessen" zu (BGE 131 II 13 E. 3.4). Im Rahmen dieses "technischen Ermessens" darf der verfügenden Behörde bei der Beurteilung von ausgesprochenen Fachfragen ein gewisser Ermessens- und Beurteilungsspielraum belassen werden, soweit sie die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend durchgeführt hat (vgl. BGE 131 II 681 E. 2.3.2). So hat das Bundesgericht bereits im Zusammenhang mit den Interkonnektionsbedingungen festgehalten, dass der Vorinstanz bei der inhaltlichen Festlegung der Zugangsbedingungen erhebliche Beurteilungsspielräume und ein grosses "technisches Ermessen" zukomme. Insbesondere bei der Auslegung der technisch komplexen, unbestimmten Rechtsbegriffe, mit welchen die einschlägige Verordnung die kostenorientierte Preisgestaltung konkretisiere, komme der Vorinstanz zwangsläufig ein gewisser Beurteilungsspielraum zu (vgl. zum Ganzen BGE 132 II 257 E. 3.2 f. und E. 3.3.2; BVGE 2009/35 E. 4; vgl. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-5452/2009 vom 19. August 2010 E. 5). Nichts anderes kann für die vorliegend interessierenden Fragen im Zusammenhang mit den Kabelkanalisationen gelten.

Kostenorientierte Preisgestaltung

3.
Sunrise ficht mit ihrer Beschwerde gegen Ziffer 2 der vorinstanzlichen Verfügung die von der Vorinstanz praktizierte Berechnungsmethode zur Bestimmung der Zugangspreise gemäss Art. 54 der Verordnung vom 9. März 2007 über Fernmeldedienste (FDV, SR 784.101.1) an. Entgegen der bisherigen Praxis der Vorinstanz sei bei der Bestimmung der Kosten des Netzes von Netto- und nicht von Brutto-Wiederbeschaffungskosten auszugehen.

3.1. Sunrise kritisiert, das von der Vorinstanz praktizierte Abstellen auf Brutto-Wiederbeschaffungskosten führe zu überhöhten Zugangspreisen. Die betreffende Infrastruktur von Swisscom sei meist vor Jahrzehnten realisiert worden und demnach weitgehend abgeschrieben. Würden diese Anlagen bei der Preisberechnung neu bewertet, könne Swisscom mehrfach abschreiben, was dieser ungerechtfertigte Übergewinne (Monopolrenten) beschere. Da Swisscom ihre eigene Infrastruktur zu weitaus günstigeren Konditionen nutzen könne als die alternativen FDA, führe dieser "Kostenvorteil bereits erfolgter Abschreibungen" zu einer gesetzeswidrigen Diskriminierung und zu einem unüberwindbaren Wettbewerbsnachteil der alternativen FDA. Aus diesen Gründen seien das Netz bzw. die Kabelkanalisationen von Swisscom zu den um die bereits erfolgten Abschreibungen reduzierten Netto-Wiederbeschaffungskosten, den sog. Wiederbeschaffungsrestwerten zu bewerten. Gemäss eigenen Simulationen (von Sunrise) würde die Berücksichtigung von Wiederbeschaffungsrestwerten bei der Bewertung der massgeblichen Anlagen den Preis für den Zugang zu Kabelkanalisationen um rund 60% reduzieren. Der monatliche Preis pro Meter Kabelkanalisation käme diesfalls im Jahr 2009 bei knapp 8 Rappen (anstatt 20 Rappen gemäss Ziffer 2 Dispositiv) zu liegen. Art. 54 FDV sei in diesem Sinn gesetzeskonform, d.h. diskriminierungsfrei auszulegen. Sollte dies nicht möglich sein, dürfe die Bestimmung in den Bereichen, wo sie zu einer Diskriminierung führe resp. den wirksamen Wettbewerb behindere, als gesetzes- resp. verfassungswidrig nicht zur Anwendung gelangen (akzessorische Normenkontrolle). Es sei in diesem Fall eine Gesetzeslücke anzunehmen, welche durch Richterrecht zu füllen sei.

3.2. Der Preisüberwacher unterstützt den von Sunrise geforderten Ansatz, da dieser je nach Umsetzung den Kritikpunkten der

Preisüberwachung zumindest teilweise Rechnung trage. Verhindert würde, dass Swisscom für bereits vollumfänglich abgeschriebene Netzkomponenten Kapitalkosten geltend machen könne. Er gehe davon aus, dass entsprechend tiefere Netzkosten den wirksamen Wettbewerb zwischen den Anbietern verbessere und zu tieferen Konsumentenpreisen führten. Damit würde dem Umstand Rechnung getragen, dass Konsumentinnen und Konsumenten die amortisierten Netzteile bereits bezahlt haben. Der grosse Vorteil am Konzept des Nettowiederbeschaffungswerts sei darin zu sehen, dass er zur besseren Erfüllung des Gesetzeszweckes beitrage, die diskriminierende Situation für zugangsnachfragende Parteien entschärfe und aus Sicht der Preisüberwachung weder den Wortlaut noch den Sinn und Zweck von Art. 54 FDV verletze.

3.3. Gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG muss die marktbeherrschende Anbieterin von Fernmeldediensten den anderen zu kostenorientierten Preisen Zugang zu ihren Einrichtungen und zu ihren Diensten gewähren. Der Begriff der Kostenorientierung wird im Gesetz nicht weiter umschrieben. Das Bundesgericht hat sich zu diesem Begriff indessen bereits geäussert. Danach ist Kostenorientiertheit nicht mit Kostengleichheit gleichzusetzen. Auch die marktbeherrschende Anbieterin darf auf ihren Investitionen einen Gewinn erzielen. Die Preise müssen sich aber an den Kosten ausrichten und der Gewinn darf nicht übermässig sein. Im Zweifel hat er den markt- und branchenüblichen Profiten für die fraglichen Zugangsdienstleistungen zu entsprechen (vgl. BGE 132 II 257 E. 3.3.2). Damit wird deutlich, dass nicht allein die tatsächlichen Kosten massgebend sind und ein kleiner Gewinn zulässig ist. Darüber hinaus lässt sich dem Begriff der Kostenorientiertheit aber nichts Wegweisendes für die vorliegend interessierende Frage der Kapitalbewertung entnehmen, da dieser zwar sagt, der Preis müsse sich an den Kosten orientieren, nicht aber, welche Kostenbasis der Preisberechnung zugrunde zu legen ist (vgl. nachfolgende Erwägungen sowie den Evaluationsbericht des Bundesrates vom 17. September 2010 zum Fernmeldemarkt in Erfüllung des Postulats 09.3002 der Kommission für Verkehr und Fernmeldewesen [KVF-S] vom 13. Januar 2009, S. 74; nachfolgend: Evaluationsbericht).

3.4. Die Regelung der Einzelheiten wurde dem Bundesrat übertragen (Art. 11 Abs. 3 FMG). Dies hat der Bundesrat mit Art. 54 FDV getan und die kostenorientierte Preisgestaltung konkretisiert. Danach beruht die Festsetzung der Preise für Dienstleistungen im Zugangsbereich auf den

in einem kausalen Zusammenhang mit der Dienstleistung stehenden Kosten (relevante Kosten; Art. 54 Abs. 1 Bst. a FDV), den langfristigen Zusatzkosten der in Anspruch genommenen Netzkomponenten und denjenigen, die ausschliesslich durch Zugangsdienstleistungen hervorgerufen werden (long run incremental costs, LRIC; Art. 54 Abs. 1 Bst. b FDV), einem konstanten Zusatz, der auf einem verhältnismässigen Anteil an den relevanten gemeinsamen Kosten und den Gemeinkosten (joint and common costs) basiert (constant mark up; Art. 54 Abs. 1 Bst. c FDV) sowie einem branchenüblichen Kapitalertrag für die eingesetzten Investitionen (Art. 54 Abs. 1 Bst. d FDV). Die Kosten entsprechen den Aufwendungen und Investitionen einer effizienten Anbieterin. Die Berechnung der Kosten beruht auf aktueller Basis (forward looking). Die Kosten des Netzes entsprechen den Wiederbeschaffungskosten (modern equivalent assets; Art. 54 Abs. 2 FDV).

Unbestritten ist, dass die Vorinstanz in ihrer bisherigen Praxis bei der Überprüfung der Kosten des Netzes im Sinn von Art. 54 Abs. 2 Satz 3 FDV stets von Brutto- und nicht von Netto-Wiederbeschaffungskosten ausgegangen ist. Die Vorinstanz hat in der angefochtenen Verfügung vom 1. Dezember 2009 aber begründet, weshalb ihrer Auffassung nach Art. 54 FDV nicht im Sinn der anderslautenden Empfehlung des Preisüberwachers ausgelegt werden könne (vgl. insbesondere Abschnitt 3.2.3).

3.5. Die Rügen von Sunrise geben zu folgendem Prüfprogramm Anlass: In einem ersten Schritt ist durch Auslegung von Art. 54 FDV zu ermitteln, ob die Vorinstanz die Verordnungsbestimmung richtig angewendet hat. Stellt sich bei dieser Überprüfung heraus, dass die Verordnung im Einzelfall richtig angewendet wurde, ist weiter zu prüfen, ob die Verordnungsbestimmung gegen Gesetzes- oder Verfassungsrecht verstösst (vgl. PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Bern 2007, § 8 Rz. 17).

Bei der Überprüfung von Bundesratsverordnungen auf ihre Gesetzes- oder Verfassungskonformität ist dabei Folgendes zu beachten: Verordnungen fallen nicht unter den Vorbehalt von Art. 190 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101). Danach sind Bundesgesetze und Völkerrecht für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend. Verordnungen des Bundesrates können hingegen im Rahmen der konkreten Normenkontrolle frei auf ihre Gesetzes- und

Verfassungsmässigkeit hin überprüft werden. Bei unselbständigen Verordnungen, die sich im Sinne von Art. 164 Abs. 2 BV auf eine gesetzliche Delegation stützen, ist zu prüfen, ob sich der Bundesrat an die Grenzen der ihm im Gesetz eingeräumten Befugnisse gehalten hat. Räumt die gesetzliche Delegation dem Bundesrat einen sehr weiten Bereich des Ermessens für die Regelung auf Verordnungsstufe ein, so ist dieser Spielraum nach Art. 190 BV für die rechtsanwendenden Behörden verbindlich. Daraus folgt, dass auch das Bundesverwaltungsgericht bei der Überprüfung der Verordnung nicht sein eigenes Ermessen an die Stelle desjenigen des Bundesrates setzen darf. Es beschränkt sich auf die Prüfung, ob die Verordnung den Rahmen der gesetzlich delegierten Kompetenzen offensichtlich sprengt oder aus anderen Gründen gesetzes- oder verfassungswidrig ist. In einem solchen Fall ist namentlich zu untersuchen, ob sich eine Verordnungsbestimmung auf ernsthafte Gründe stützt oder dem Willkürverbot von Art. 9 BV widerspricht, weil sie sinn- oder zwecklos ist, rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den tatsächlichen Verhältnissen fehlt, oder Unterscheidungen unterlässt, die richtigerweise hätten getroffen werden sollen. Für die Zweckmässigkeit der angeordneten Massnahme trägt der Bundesrat die Verantwortung; es ist nicht Aufgabe des Bundesverwaltungsgerichts, sich zu deren wirtschaftlicher oder politischer Sachgerechtigkeit zu äussern (BGE 131 II 271 E. 4, BGE 130 I 26 E. 2.2.1, BGE 129 II 160 E. 2.3, BGE 129 II 249 E. 5.4, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2606/2009 vom 11. November 2010 E. 9.1.2 mit Hinweisen).

3.6. Bei der Festlegung der kostenorientierten Preisgestaltung hat der Gesetzgeber dem Bundesrat mit Art. 11 Abs. 3 FMG einen weiten Bereich des Ermessens für die Regelung auf Verordnungsstufe eingeräumt. Dies ergibt sich mit genügender Deutlichkeit aus der Formulierung "regelt die Einzelheiten" (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.507/2006 vom 15. Januar 2007 E. 3.4 sowie BGE 131 II 13 E. 6.1 f.). Die von den Parteien (im Rahmen des Online-Tools) thematisierte Frage, ob die FDV im Verhältnis zum FMG eine gesetzesvollziehende oder gesetzesvertretende Verordnung darstelle, ist in Bezug auf den Prüfungsumfang nicht ausschlaggebend (vgl. dazu aber E. 15.10). Klar ist, dass sich die FDV als unselbständige Verordnung so oder anders an den Rahmen des Gesetzes, also an das FMG halten muss und nicht über dessen Ermächtigungen hinaus gehen darf. Das Bundesverwaltungsgericht hat sich nachfolgend aber aufgrund des dem Verordnungsgeber eingeräumten, weiten Ermessens darauf zu

beschränken, zu prüfen, ob die Verordnung den Rahmen der gesetzlich delegierten Kompetenzen offensichtlich sprengt oder aus anderen Gründen gesetzes- oder verfassungswidrig ist.

3.7. Der Verordnungsgeber nennt in Art. 54 FDV die grundlegenden Kriterien, nach welchen die kostenorientierten Preise festzulegen sind, überlässt es seinerseits aber der zuständigen Behörde, diese zu konkretisieren und die "richtige" Methode zu deren Umsetzung zu bestimmen. Er verwendet dabei verschiedene unbestimmte Rechtsbegriffe, die sich durch eine hohe technische Komplexität auszeichnen.

Ein unbestimmter Rechtsbegriff liegt vor, wenn der Rechtssatz die Voraussetzungen der Rechtsfolge oder die Rechtsfolge selbst in offener, unbestimmter Weise umschreibt. Bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe kommen der Vorinstanz somit im Bereich der Zugangsbedingungen erhebliche Beurteilungsspielräume und ein grosses "technisches Ermessen" zu (vgl. BGE 132 II 257 E. 3.3 und E. 3.3.2), sodass sich das Bundesverwaltungsgericht auch bei der Prüfung der Auslegung eine gewisse Zurückhaltung auferlegt (vgl. E. 2; RHINOW/KOLLER/KISS/THURN-HERR/BRÜHL-MOSER, a.a.O., Rz. 1601).

3.8. Bei der vorliegend interessierenden Frage der Preisgestaltung hat das Bundesverwaltungsgericht somit in einem äusserst technischen Bereich zu entscheiden, in welchem nicht nur der anwendenden Vorinstanz, sondern bereits dem Verordnungsgeber ein weites Ermessen zukommt. Die gerichtliche Kontrolle hat folglich in einer zurückhaltenden, die spezifischen Fachkenntnisse der anderen beteiligten Organe respektierenden Art und Weise zu erfolgen.

4.

4.1. Nachfolgend ist das Verständnis bzw. die Auslegung der Vorinstanz der kostenorientierten Preisgestaltung gemäss Art. 54 FDV und der darin enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe zu überprüfen.

4.2. Sunrise kritisiert die Aussage der Vorinstanz, Brutto-Wiederbeschaffungskosten führten (im vorliegenden Modell) zu den gleichen periodischen Kosten wie Netto-Wiederbeschaffungskosten. Diese Aussage treffe nur dann zu, wenn alle Annahmen für die Berechnung der Periodenkosten über den gesamten Zeitraum konstant gehalten würden (geschlossener Abschreibungsplan) und falls keine

vollständig abgeschriebenen Anlagen existierten. Vorliegend seien indes beide Bedingungen nicht erfüllt und folglich liessen sich die Ergebnisse der von der Vorinstanz angeführten Beispiele nicht auf die reale Situation übertragen. Zudem würden diese Ausführungen nur für die jährlichen Kosten der Amortisation (Abschreibungen) und nicht für die eigentlichen Kapitalkosten gelten, welche durch die Verzinsung des durchschnittlich investierten Kapitals entstünden. Entscheidend sei zu erkennen, dass die ungerechtfertigten Mehrkosten bei der Berücksichtigung von Brutto-Werten nicht bei den Abschreibungskosten, sondern bei der Verzinsung des eingesetzten Kapitals entstünden. Dieses werde nämlich immer "voll" (weiter-)verzinst, ungeachtet der Tatsache, dass die getätigten Investitionen bereits amortisiert seien. Die Vorinstanz suggeriere, die Annuitätenformel kompensiere diese Überbewertung des (noch) eingesetzten Kapitals, was ganz entschieden nicht der Fall sei. Auch die Behauptung von Swisscom, für vollständig abgeschriebene Anlagen seien Restwerte kalkulatorisch einzusetzen und dieses Vorgehen führe zu keiner erneuten Amortisation, sei unzutreffend. Der Vorinstanz könne zwar zugestimmt werden, dass in der Modellbetrachtung ökonomische Abschreibungen massgeblich seien und die in der Finanzbuchhaltung eingesetzte Abschreibungsdauer aus finanztechnischen Gründen regelmässig nicht die Nutzungsdauer einer Anlage widerspiegle. Allerdings sei nicht ersichtlich, inwiefern diese Erkenntnis es rechtfertigen könnte, gebrauchte Anlagen als neu zu bewerten bzw. bereits abgeschriebene Anlagen ein weiteres Mal abzuschreiben. Für die betriebswirtschaftliche Preiskalkulation seien abgeschriebene Anlagen nicht mehr von Bedeutung, da die Investition in der Vergangenheit bereits amortisiert worden sei. Zwar könnten bei der Eruierung der abgeschriebenen Anlagen der Swisscom im Sinn der ökonomischen Abschreibungen gewisse Korrekturen zugestanden werden. Grundsätzlich sei aber zu fordern, dass vollständig abgeschriebene Anlagen, welche noch in Betrieb seien, nicht wiederbewertet würden. Sunrise weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass eine Bezugnahme auf die Finanzbuchhaltung auch zu Kontrollzwecken durchaus Sinn machen könne. Die tatsächlich getätigten Investitionen zur Erneuerung der bestehenden Anlagen würden nämlich eine zuverlässige Schätzung der ökonomischen Nutzungsdauer erlauben. In diesem Sinn sei sicherzustellen, dass die im Modell berücksichtigten Abschreibungen ungefähr mit den tatsächlich getätigten Investitionen zur Erhaltung und Erneuerung der Anlagen übereinstimmten.

4.3. Wie Sunrise ist auch der Preisüberwacher der Meinung, dass die Brutto- und Netto-Wiederbeschaffungswerte bei der von der Vorinstanz angewandten Annuitätenmethode nicht zum selben Ergebnis führten, da die Wiederbeschaffungsrestwerte der Kabelkanalisationen Null betragen würden. Das von der Vorinstanz angewandte LRIC-Modell berücksichtige nicht, dass Swisscom über ein historisch gewachsenes Netz verfüge, dessen Komponenten teilweise bereits vollständig amortisiert seien. Dies erlaube Swisscom, eine höhere Rentabilität als ihre Herausforderer zu erwirtschaften, welche für die Mitbenutzung der Swisscom Kabelkanäle Zugangspreise bezahlen müssten, die auf einer anderen (höheren) Kostenbasis errechnet worden seien. Das angewandte LRIC-Modell diskriminiere die nachfragenden FDA diesbezüglich und beeinträchtige den Wettbewerb. Seiner Meinung nach wäre eine Plausibilisierung anhand der tatsächlichen Kosten (Buchwerte) von Swisscom deshalb begrüssenswert. Eine umfassende Plausibilisierung anhand der tatsächlichen Kosten sei aber im bestehenden LRIC-Kalkulationsmodell nicht möglich und werde vom Gesetzgeber zumindest nicht explizit verlangt. Die Frage, unter welchen Bedingungen die Vorinstanz vom Wortlaut der Verordnung oder der Gesetzesauslegung des Bundesrates abweichen sollte, stelle sich indessen vorliegend im Grunde gar nicht, da Sunrise im Gegensatz zum Preisüberwacher nicht fordere, auf die tatsächlich getätigten Investitionen abzustellen, sondern bloss, die Kabelkanalisationen zu Netto-Wiederbeschaffungskosten zu bewerten, was seiner Auffassung nach mit der bestehenden Verordnung zu vereinbaren wäre.

4.4. Die Vorinstanz entgegnet, die Berechnung von Nettowiederbeschaffungskosten führe hinsichtlich der Abschreibungen zu keinem anderen Ergebnis als die Bruttowiederbeschaffungskosten. Betreffend die Zinskosten halte Sunrise zu Recht fest, dass sich diese je nach Wahl der Methode unterscheiden würden. Sie verkenne jedoch, dass die Kapitalkosten bestehend aus Zins- und Abschreibungskosten im Kostenrechnungsmodell gemäss Art. 54 FDV mittels der sog. Annuitätenformel hergeleitet würden. Diese sei eine genügend genaue Approximation der ökonomischen Abschreibungen und erfülle somit die Anforderungen des zukunftsgerichteten Kostenrechnungsmodells. Die Annuitätenformel habe im Weiteren zur Folge, dass die anfallenden Kapitalkosten zu gleichen Teilen über die gesamte ökonomische Nutzungsdauer der betreffenden Anlagen verteilt würden. Dies bedeute auch, dass die jährlichen Kapitalkosten der bewerteten Anlagen zu Beginn unter denjenigen lägen, die sich bei einer linearen Abschreibung

ergeben würden. Bei der Bestimmung der regulierten Preise seien schliesslich diese jährlichen Kosten massgebend, weshalb die Vorbehalte von Sunrise gegenüber der von der Vorinstanz gewählten Bewertungsmethode unberechtigt seien.

4.5. Swisscom wiederum führt aus, die Aussage von Sunrise, die Neubewertung von bereits vollständig abgeschriebenen Anlagen widerspreche der ökonomischen Logik und führe zu ungerechtfertigten Übergewinnen, zeuge von einem mangelhaften Kostenverständnis. Dieser "Kostenvorteil wegen erfolgten Abschreibungen" habe nur transitorischen Charakter und er sei – soweit er überhaupt existiere – auf die Finanzbuchhaltung beschränkt. Historische, aus der Finanzbuchhaltung hergeleitete (lineare) Abschreibungen sagten zudem nichts (oder nur Zufälliges) über den Wert des noch vorhandenen, eingesetzten Produktivkapitals aus. Da bereits abgeschriebene Anlagen aber für das Unternehmen nach wie vor einen Wert hätten, müsse dieser berücksichtigt werden. Würden bereits abgeschriebene Kosten aus den LRIC-Berechnungen ausgeklammert, hätten Telekommunikationsunternehmen, welche das Netz von Swisscom nutzten, einen Kosten- und somit einen Wettbewerbsvorteil gegenüber Konkurrenten mit eigener Infrastruktur. Sie könnten zu ökonomisch nicht gerechtfertigt tiefen Preisen anbieten und auf Kosten der Wettbewerber mit eigener Infrastruktur Marktanteile gewinnen. Die LRIC-Methode berücksichtige den wirtschaftlichen Wert der Anlagen und sorge dafür, dass die historische und die konkurrierenden Anbieterinnen mit gleichen Kosten kalkulieren müssten. Die Essenz des LRIC-Ansatzes liege somit nicht in der Anwendung von Wiederbeschaffungsneupreisen, sondern darin, korrekte (ökonomische) Periodenkosten (Abschreibungen und Zinsen) zu ermitteln. Wiederbeschaffungspreise seien dabei ein Mittel zum Zweck. Es gehe darum, den periodischen Wertverzehr, den eine Konkurrentin mit aktueller Technologie bei einem Markteintritt zu tragen hätte, zu antizipieren. Die Kostenrechnung auf Basis aktueller Kosten sei somit sachlich klar von der Buchhaltung zu trennen. Bei der LRIC-Methode könnten nur ökonomische Abschreibungen oder subsidiär die Annuitätenmethode zur Anwendung kommen. Die mittels der Annuitätenmethode ermittelten Beträge für Abschreibungen und Zinsen entwickelten sich analog der Preisentwicklung. Unter bestimmten Bedingungen sei die Abschreibung mittels Annuitäten identisch mit der ökonomischen Abschreibung. In diesem Fall seien die periodischen Kapitalkosten unabhängig davon, ob Brutto- oder Nettowerte eingesetzt würden. Dies habe Swisscom in der Beschwerdeantwort vom 9. April

2010 gezeigt und dies gelte unabhängig davon, ob der Abschreibungsplan offen oder geschlossen sei. Änderten sich sowohl die Zinsen als auch die Preise, seien die ökonomischen Abschreibungen periodisch neu zu bestimmen. Mit dem jährlichen Angebot von Swisscom werde dies berücksichtigt. Somit sei für eine Sachanlage, selbst wenn diese komplett abgeschrieben sei, kalkulatorisch ein Restwert einzusetzen. Zu einer erneuten Amortisation führe dieses Vorgehen entgegen der Behauptung von Sunrise nicht, da zur Bestimmung der Kapitalkosten der wettbewerbskonforme Marktpreis für eine gebrauchte Anlage beigezogen werde. Das in der Vergangenheit "zu viel Bezahlte" sei nicht mehr entscheidrelevant und daher marktwirtschaftlich nicht erheblich (ein Unternehmen könne in der Vergangenheit übrigens auch weniger abgeschrieben haben, als marktwirtschaftlich geboten wäre). Die Zugangsregulierung habe aber heutige Wettbewerbspreise zu simulieren. Infolgedessen sei es logisch und begründet, ausgehend vom Current-Cost-Ansatz heutige Marktwerte beizuziehen.

4.6. In Preisberechnungsmodellen mit Kostenorientierung ist es zur Bestimmung der Preise notwendig, die Kosten auf die einzelnen Produkte zu verteilen. Dabei handelt es sich um die sog. Kostenallokation. Hierfür stehen mehrere Methoden zur Verfügung, die alle eine andere Sichtweise einnehmen. Die konkrete Ausgestaltung der einzelnen Methode kann ihrerseits wiederum verschiedene Formen annehmen (vgl. Evaluationsbericht, S. 74; vgl. zu den verschiedenen Kostenkonzepten: KATHARINA STAMPFLI, Die Prinzipien Nichtdiskriminierung, Kostenorientierung und Transparenz im Rahmen der Interkonnektion aus ökonomischer Sicht: Der Schlüssel zu wirksamem Wettbewerb?, in: Rolf H. Weber [Hrsg.], Neues Fernmelderecht, Erste Orientierung, Zürich 1998, S. 83).

4.7. Gemäss Art. 54 Abs. 1 FDV beruht die Kostenallokation im Zugangsbereich auf sog. "long run incremental costs with constant mark up" (LRIC), auf Deutsch "langfristige Zusatzkosten mit konstantem Zusatz für gemeinsame Gemein- und Kapitalkosten". Das sog. LRIC-Modell baut auf dem Konzept der sog. Grenzkosten auf. Die Grenzkosten geben jeweils an, wie sich die Gesamtkosten – bestehend aus fixen und variablen Kosten – ändern, wenn die Ausbringungsmenge um eine Einheit erhöht wird (vgl. HARTWIG BARTLING/FRANZ LUZIUS, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, 16. Aufl., München 2008, S. 87 f.; PETER EISENHUT, Aktuelle Volkswirtschaftslehre, Zürich/Chur 2010, S. 34 und S. 281). Bei den langfristigen Zusatzkosten geht man von einer längerfristigen

Betrachtung aus, sodass auch die der Netzökonomie eigenen Fixkosten variabel werden. Die Inkrementalkosten beziehen sich demnach auf die total zusätzlich erfragte Kapazität während einer jeweils zu definierenden (längeren) Zeitspanne (vgl. PETER R. FISCHER/OLIVER SIDLER, Fernmelderecht, in: Koller/Müller/Rhinow/ Zimmerli [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. V, Rolf H. Weber [Hrsg.], Informations- und Kommunikationsrecht, Teil 1, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2003, S. 158, Rz. 163).

4.8. Die LRIC-Methode wird von den Parteien im Grundsatz nicht in Frage gestellt. Die Kritik des Preisüberwachers, wonach im vorliegend interessierenden Bereich der Kabelkanalisationen eine Abkehr vom LRIC-Modell wünschenswert wäre, weil sich dieses zur Bestimmung der Kapitalkosten von Kabelkanälen, die vor Jahren oder Jahrzehnten zu weitaus tieferen Baukosten erstellt worden seien, weniger eigne, ist mit einer gewissen Zurückhaltung zur Kenntnis zu nehmen. Wie bereits festgestellt, kommen einerseits der Vorinstanz bei der inhaltlichen Festlegung der Zugangsbedingungen erhebliche Beurteilungsspielräume und ein grosses "technisches Ermessen" zu (vgl. E. 2). Andererseits trägt im vorliegenden Bereich der Bundesrat die Verantwortung für die Zweckmässigkeit der angeordneten Massnahme (vgl. E. 3.5 f.). Soweit sich die Auslegung der Vorinstanz als vertretbar und Art. 54 FDV als gesetzes- und verfassungskonform erweist, sind die Empfehlungen des Preisüberwachers im gerichtlichen Überprüfungsverfahren folglich nicht Anlass, die bisherige Praxis der Vorinstanz umzustossen.

4.9. Streitig ist vorliegend, welche Kosten zur Berechnung der Preise massgebend sind, d.h. welche Kostenbasis herbeigezogen werden soll. Je nach (Regulierungs-)Ziel drängt sich eine andere Sichtweise auf (vgl. nachfolgend E. 6.5). Als Kostenbasis kann entweder von historischen Kosten oder von Wiederbeschaffungskosten ausgegangen werden. Bei einer historischen Kostenbasis wird der Wert der Anlagen durch die historischen Anschaffungskosten der regulierten Betreiberin bestimmt. Häufig werden die historischen Kosten mit den Buchwerten gleichgesetzt und vereinfachend als tatsächliche Kosten bezeichnet. Werden hingegen Wiederbeschaffungskosten angenommen, wird zur Bewertung der eingesetzten Anlagen der aktuelle, ökonomische Wert verwendet. Als Wiederbeschaffungswert einer Anlage wiederum kann entweder vom Brutto- oder vom Nettowiederbeschaffungswert ausgegangen werden (vgl. Evaluationsbericht, S. 73 f.). An sich unbestritten ist vorliegend zwar, dass Art. 54 FDV keine historische Kostenbasis, sondern

Wiederbeschaffungswerte vorsieht. Strittig ist aber, ob zur Ermittlung des aktuellen, ökonomischen Wertes von Brutto- oder von den um die bereits erfolgten Abschreibungen korrigierten Nettowiederbeschaffungswerten auszugehen ist. Anlass dieses Streites ist unter anderem die Tatsache, dass einerseits die Höhe der im Modell aus Wiederbeschaffungswerten herzuleitenden Kapitalkosten und andererseits die Art der Abschreibung einen massgeblichen Einfluss auf die im Ergebnis interessierenden Periodenkosten bzw. Zugangspreise haben.

5.
In Art. 54 Abs. 2 FDV hat der Verordnungsgeber Vorgaben zur Bewertung der einzelnen Kostenelemente und damit zur konkreten Ausgestaltung der Kostenbasis festgeschrieben (vgl. SPREMANN KLAUS, Gutachten im Auftrag des BAKOM vom 15. Dezember 2002 über den branchenüblichen Kapitalertrag bei Interkonnektion im Festnetz für Voice, S. 32). Nachfolgend wird im Sinne einer schrittweisen Auslegung auf die Elemente einzeln eingegangen, wobei Überschneidungen und teilweise Wiederholungen nicht zu vermeiden sind, da die Elemente in einem engen Zusammenhang miteinander stehen und sich gegenseitig beeinflussen.

5.1. Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut der Bestimmung. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente nach seiner wahren Tragweite gesucht werden. Dabei dienen die Gesetzesmaterialien als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen. Das Bundesgericht hat sich bei der Auslegung von Erlassen stets von einem Methodenpluralismus leiten lassen und nur dann allein auf das grammatikalische Element abgestellt, wenn sich daraus zweifelsfrei die sachlich richtige Lösung ergab (vgl. BGE 134 II 249 E. 2.3, BGE 133 V 9 E. 3.1, je mit Hinweisen). Danach sollen all jene Methoden kombiniert werden, die für den konkreten Fall im Hinblick auf ein vernünftiges und praktikables Ergebnis am meisten Überzeugungskraft haben (vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich 2010, Rz. 217; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 130 ff.).

5.2. Vorab ist festzustellen, dass die Regelung von Art. 54 FDV für alle in Art. 11 FMG genannten Zugangsformen mit Ausnahme der Verrechnung der Teilnehmeranschlüsse (Art. 60 FDV) gilt. Dies ergibt sich – wie die

Vorinstanz zutreffend ausführt – aus der Systematik. Damit sind unter den "Kosten des Netzes" in Art. 54 Abs. 2 Satz 3 FDV ohne Weiteres auch die "Kosten der Kabelkanalisationen" zu verstehen.

5.3. Wie die Vorinstanz richtig festgestellt hat, kann dem Wortlaut von Art. 54 Abs. 2 Satz 3 FDV nicht direkt entnommen werden, ob mit Wiederbeschaffungskosten Bruttowerte oder um die bereits erfolgten Abschreibungen reduzierte Nettowerte gemeint sind. Die rein grammatikalische Auslegung ist somit nicht ergiebig. Indessen lassen sich der inneren Systematik von Art. 54 FDV konkrete Hinweise auf die vorliegend interessierende Frage entnehmen.

5.4.
Art. 54 Abs. 2 Satz 1 FDV schreibt vor, es seien die Kosten zu simulieren, die den Aufwendungen und Investitionen einer effizienten Anbieterin entsprechen.

5.4.1. Die Effizienzvorgabe soll sicherstellen, dass sog. Altlasten, d.h. betriebswirtschaftliche Ineffizienzen, die zu Monopolzeiten entstanden sind, nicht (mehr) in die kostenorientierte Preisberechnung einfliessen (vgl. FISCHER/SIDLER, a.a.O., S. 157, Rz. 161 zur Übergangsregelung bis zum 31. Dezember 1999 gemäss Art. 65 Abs. 1 Bst. e der inzwischen aufgehobenen Verordnung vom 6. Oktober 1997 über die Fernmeldedienste [aFDV 1997, AS 1997 2833], welche eine Berücksichtigung der Altlasten noch ausdrücklich zuliess). Dies ist im Grundsatz unbestritten.

5.4.2. Sunrise bringt jedoch vor, das (zulässige) Ausblenden von vergangenheitsbezogenen Nachteilen lasse nicht den Umkehrschluss zu, dass vergangenheitsbezogene Vorteile ebenfalls auszuschliessen seien. Ein Wettbewerber mit einer Kostenstruktur, welche auf ausschliesslich und permanent neuen Anlagen beruhe, sei offensichtlich nicht konkurrenzfähig. Dies sei mit dem vom Gesetz geforderten Konzept der Wettbewerbssimulation bzw. der Theorie der bestreitbaren Märkte unvereinbar. Die zu simulierende, effiziente Markteintreterin müsse sich an der ökonomischen Realität und damit am Kostenniveau der eingesessenen Anbieterin messen, welche über eine weitgehend abgeschriebene Infrastruktur verfüge.

5.4.3. Die Vorinstanz wendet dagegen im Wesentlichen ein, angesichts der ebenfalls vorgeschriebenen, zukunftsgerichteten Sichtweise (forward

looking), könne Sunrise nicht gefolgt werden, wenn sie vergangenheitsbezogene Restriktionen und historisch bedingte Kosten ausschliessen, umgekehrt aber vergangenheitsbezogene Vorteile beachten wolle.

5.4.4. In der Modellrechnung nach Art. 54 Abs. 2 Satz 1 FDV werden die Kosten einer Markteintreterin simuliert, die ein neues Netz bzw. neue Infrastrukturen mit der neusten etablierten Technologie aufbaut (vgl. die soweit unbestrittenen Ausführungen in der vorinstanzlichen Verfügung, S. 35 ff.; Evaluationsbericht, S. 61). Effizienz bedeutet in diesem Zusammenhang, dass die Markteintreterin keine unnötigen Ausgaben tätigt und die Infrastruktur – wie die Vorinstanz ausführt – innert kürzester Zeit errichtet. Im Modell wird angenommen, dass die Kapazität und Dimensionierung der Infrastrukturen genau dem heutigen und dem kommenden Bedarf entsprechen. Investitionen, die nicht optimal sind und auch früher geschaffene Elemente, die heute und in Zukunft zu einer Überkapazität beitragen, bleiben für die Preisfestsetzung unberücksichtigt (vgl. SPREMANN, a.a.O., S. 32). Der Gesetzgeber geht im Allgemeinen davon aus, dass angesichts des technischen Fortschritts die verschiedenen Netz- bzw. Infrastrukturelemente im Vergleich zu den historischen Kosten günstiger seien (vgl. SPREMANN, a.a.O., S. 33). Deshalb hat sich das Kostenniveau an den aktuellen Kosten der modernsten, etablierten Technologie und nicht an den tatsächlichen, historischen Kosten der marktbeherrschenden Anbieterin zu orientieren. Dass die historischen Kosten unter Umständen auch tiefer sein können, wie dies der Preisüberwacher für die Baukosten der Kabelkanalisationen vorbringt, wird im Modell von Art. 54 FDV nicht berücksichtigt.

Die Vorgabe, eine effiziente – und damit hypothetische – Anbieterin zu simulieren, bedeutet damit eine Loslösung von den historischen, tatsächlichen Kosten und damit von der konkreten Buchhaltung der marktbeherrschenden Anbieterin. Die Abstrahierung von den tatsächlichen Kosten spricht denn auch für die Auslegung der Vorinstanz, wonach die tatsächlich erfolgten Abschreibungen der marktbeherrschenden Anbieterin nicht zwingend berücksichtigt werden müssen. Ebenso hat es das Bundesgericht bei der Festlegung der Interkonnektionspreise für zulässig erkannt, dass sich die Vorinstanz gemäss Art 74 Abs. 2 FDV vornehmlich auf markt- und branchenüblichen Vergleichswerten, sog. Benchmarks und nicht auf die tatsächlichen historischen Kosten gestützt hat (vgl. Urteile des Bundesgerichts 2A.450/2005 bzw. 2A.452/2005 vom 21. April 2006 E. 3.3.1 [publiziert in

BGE 132 II 257] und E. 8.2 f. sowie Urteil des Bundesgerichts 2A.251/2005 vom 21. April 2006 E. 5 zu Art. 58 Abs. 3 aFDV 2001).

5.4.5. Demnach kann nach der Effizienzvorgabe im Sinne von Art. 54 Abs. 2 Satz 1 FDV die von Sunrise gemachte Schlussfolgerung, eine effiziente Markteintreterin habe sich für einen erfolgreichen Markteintritt am tatsächlichen Kostenniveau der marktbeherrschenden Anbieterin zu orientieren, um mit dieser konkurrieren zu können, nicht abgeleitet werden. Vielmehr spricht diese für die vorinstanzliche Auslegung, mithin für ein von den tatsächlichen Kosten abstrahiertes Verständnis.

5.5.
Des Weiteren hat nach Art. 54 Abs. 2 Satz 3 FDV die Bewertung der Anlagen zu Wiederbeschaffungskosten ("modern equivalent assets" oder MEA-Ansatz) zu erfolgen.

5.5.1. Der MEA-Ansatz geht von der Annahme aus, dass die zu simulierende Markteintreterin mit der heute verfügbaren, wirtschaftlichsten Technologie ein neues Netz errichtet, welches dieselbe funktionale Leistungsfähigkeit wie das historisch gewachsene Netz aufweist und somit dem Original äquivalent ist (vgl. SPREMANN, a.a.O., S. 33).

5.5.2. Sunrise bringt vor, der MEA-Ansatz fordere nicht nur funktionale, sondern auch zeitliche Äquivalenz. Da eine neue Anlage eine höhere produktive Leistungsfähigkeit resp. Lebensdauer als eine ältere habe, müsse diesem Umstand zur Herstellung zeitlicher Äquivalenz insofern Rechnung getragen werden, als der Neuwert der Anlage um die erfolgten Abschreibungen zu reduzieren sei. Der Begriff "modern equivalent assets" verdeutliche, dass ein äquivalentes Netz bewertet werden müsse. Zum Unterstreichen ihrer Auffassung verweist Sunrise auf das bereits zitierte Gutachten von Prof. Spremann, wonach der MEA-Ansatz von einer Optimierung ausgehe und besage, dass für die Wiederbeschaffung derjenige Weg einzuschlagen sei, der mit den geringsten Kosten (Ressourcenverbrauch) verbunden sei, um ein Netz zu erhalten, das in seiner Leistungsfähigkeit und weiteren Lebensdauer dem historisch gewachsenen Original gleiche. Um dem MEA-Ansatz gerecht zu werden, seien unter Annahme eines durchschnittlichen mittleren Nutzungsalters (50%-ige Amortisation) die Anschaffungskosten für ein völlig neuwertiges Netz um einen gewissen Prozentsatz zu reduzieren (vgl. SPREMANN, a.a.O. S. 34 f.).

Um Preise für gebrauchte Netzinfrastrukturen zu simulieren, schlägt Sunrise sodann einmal den Beizug der effektiven Kostenbasis, d.h. der in der Buchhaltung von Swisscom enthaltenen tatsächlichen Abschreibungen zur Bestimmung eines Anpassungsfaktors, und einmal die Annahme von Gebrauchtwarenmärkten vor, ohne jedoch eindeutig einer Variante den Vorzug zu geben. Gemäss Preisüberwacher würde sich – wie bereits erwähnt – eine Plausibilisierung anhand der tatsächlichen Kosten aufdrängen. Zu beachten ist aber, dass eine solche Lösung auch nach Auffassung des Preisüberwachers mit der bestehenden Regelung kaum zu vereinbaren wäre.

5.5.3. Gemäss Vorinstanz spricht Art. 54 Abs. 2 Satz 3 FDV klar von Wiederbeschaffungskosten, hergeleitet über "modern equivalent assets". Damit würden die von Sunrise (im vorinstanzlichen Verfahren) genannten Konzepte "Net Realisable Value" und "Economic Value" praktisch ausgeschlossen, da die MEA-Methode eng mit den Netto-Wiederbeschaffungskosten [recte Brutto-Wiederbeschaffungskosten] verknüpft sei. Die MEA-Methode gehe davon aus, dass bestehende Anlagen durch moderne, funktionsäquivalente Anlagen ersetzt würden. Es handle sich daher um eine Ersatzinvestitionsrechnung und nicht um eine Betrachtung der Economic oder Net Realisable Values.

Die Vorinstanz begründet zudem ausführlich, weshalb sie in ihrer bisherigen Praxis stets von Neubeschaffungen ausgegangen ist und weder Gebrauchtwarenmärkte noch Buchwerte von Swisscom beigezogen habe. Sie bezweifle nicht, dass Gebrauchtwarenmärkte theoretisch denkbar wären. Sie sei allerdings der Auffassung, dass sich die Preise auf diesen Märkten nicht sinnvoll bestimmen liessen, da es dazu äusserst vieler – sicherlich nicht unumstrittener – Annahmen bedürfte. Vor dem Hintergrund, dass die Kosten einer hypothetischen, neuen Markteintreterin relevant seien, sei sodann keineswegs evident, dass mit "modern equivalent assets" nicht auch ein neues Netz mit einer längeren Restlebensdauer gemeint sein könne. Die Vorinstanz sei bei der Modellierung denn auch von der letzteren Annahme ausgegangen und habe die Nutzungs- resp. Abschreibungsdauer so gewählt, dass sie sich auf neue Anlagen bezöge. Da für neue Anlagen längere und für gebrauchte Anlagen kürzere Nutzungsdauern zu berücksichtigen seien, führe dies theoretisch dazu, dass die jährlichen Kosten einer Anlage berechnet aus Wiederbeschaffungsrestwerten gleich seien wie diejenige aus Wiederbeschaffungsneuwerten. Differenzen sollten nur dann entstehen, wenn tatsächlich bereits abgeschriebene Anlagen weiter in

Verwendung seien. Dies sei vorliegend aber unbedeutend, da eine neu in den Markt eintretende Anbieterin keine abgeschriebenen Anlagen beschaffen könne. Abgesehen davon sei entscheidend, dass im vorgegebenen Modellrahmen zur Berechnung der Preise sog. ökonomische Abschreibungen herangezogen würden. Buchhalterische Betrachtungen, die in erster Linie auf die Optimierung der Steuerbelastung ausgerichtet seien, könnten keine Rolle spielen.

5.5.4. Nach Auffassung des Bundesrates geht der MEA-Ansatz davon aus, dass der Bewertung der eingesetzten Anlagen die Preise von modernen, funktionsäquivalenten Anlagen zugrunde zu legen seien. Bei der Anwendung des MEA-Ansatzes resp. der Bestimmung der Wiederbeschaffungswerte sei es entscheidend, ob sich diese auf die Buchhaltung der regulierten Betreiberin oder auf eine effiziente Markteintreterin beziehen würden. So sei es im ersteren Fall sinnvoll, die bereits erfolgte Abnutzung der Anlagen zu berücksichtigen und Netto-Wiederbeschaffungs-werte heranzuziehen. Im zweiten Fall bestehe grundsätzlich die Wahl zwischen Netto- und Brutto-Wiederbeschaffungswerten. Der Unterschied bestehe im Wesentlichen durch die unterschiedliche Anreizwirkung. Bruttowiederbeschaffungswerten würden eher Anreize für Investitionen in eigene, parallele Anlagen bewirken (vgl. Evaluationsbericht, S. 74).

5.5.5. Angesichts der Tatsache, dass sich in der bestehenden Regelung die Bestimmung der Wiederbeschaffungswerte klar auf eine effiziente Markteintreterin (Art. 54 Abs. 2 Satz 1 FDV) und nicht auf die Buchhaltung der regulierten Betreiberin bezieht, und vor dem Hintergrund, dass der Gesetzgeber bisher den Infrastrukturwettbewerb, d.h. Investitions-anreize, immer wieder betont hat (vgl. E. 6.6), ist die vorinstanzliche Annahme von Bruttowiederbeschaffungswerten nicht zu beanstanden.

5.5.6. Immerhin erscheint der Einwand von Sunrise, bei der Simulation der Kosten eines dem Original äquivalenten Netzes müsse auch die Lebensdauer des Originals berücksichtigt bzw. nachgebildet werden, an sich berechtigt. Die Vorinstanz widerspricht dieser Aussage indessen nicht, wählt aber einen anderen Ansatz als den von Sunrise vertretenen, indem sie die Lebens- bzw. Nutzungsdauer auf eine neue Anlage bezieht. Unbestrittenermassen haben neue Anlagen eine längere und gebrauchte Anlagen eine kürzere Nutzungsdauer. Wird diese Differenz korrekt berücksichtigt, führt dies – wie die Vorinstanz anführt – theoretisch dazu,

dass die jährlichen Kosten einer Anlage berechnet aus Wiederbeschaffungsrestwerten gleich sind wie diejenigen, die sich aus Wiederbeschaffungsneuwerten ergeben. Dieser grundlegenden Erkenntnis widerspricht auch Sunrise nicht (zumindest nicht in Bezug auf Abschreibungen und unter der Bedingung, dass abgeschriebene Anlagen nicht weiter in Betrieb blieben). Die diesbezüglichen Ausführungen der Vorinstanz sind somit nicht zu beanstanden und es kann darauf verzichtet werden, auf die in den Rechtsschriften dazu gemachten, teilweise weitläufigen Ausführungen und Beispiele vertiefter einzugehen.

Auch in dem von Sunrise zitierten Gutachten von Prof. Spremann wird erwähnt, dass grundsätzlich von Neu- oder Gebrauchtwerten ausgegangen werden könne und die Differenz über eine Adjustierung der Lebens- und Nutzungsdauer vorzunehmen sei (vgl. SPREMANN, a.a.O. S. 36). Somit erscheint es mit dem MEA-Ansatz ohne Weiteres vereinbar, wenn die Vorinstanz von Neuwerten und nicht von Gebrauchtwerten ausgeht. Daran ändert auch die Feststellung der Vorinstanz nichts, wonach es grundsätzlich denkbare wäre, die benötigten (modernen) Anlagen nicht nur neuwertig, sondern auch in gebrauchtem Zustand zu beschaffen. Im Übrigen ist auch die Begründung der Vorinstanz, dass sie bisher nicht von Gebrauchtwarenmärkten ausgegangen sei, weil sich die Preise auf solchen Märkten nicht sinnvoll bestimmen liessen, plausibel. Selbst der Preisüberwacher räumt ein, dass der Hinweis auf weitgehend fehlende, real existierende Gebrauchtwarenmärkte für Netzelemente – insbesondere für Kabelkanäle – nachvollziehbar erscheine (vgl. Stellungnahme des Preisüberwachers vom 9. September 2010, S. 9).

Nicht zutreffend – zumindest für die Auslegung von Art. 54 FDV – erscheint hingegen die von Sunrise zitierte Aussage von Prof. Spremann, wonach der MEA-Ansatz besage, für die Wiederbeschaffung müsse derjenige Weg eingeschlagen werden, der mit den geringsten Kosten verbunden sei. Der Gesetzgeber will zwar unter anderem preiswerte Fernmeldedienste (Art. 1 Abs. 1 FMG; vgl. auch Botschaft des Bundesrates vom 12. November 2003 zur Änderung des Fernmeldegesetzes [BBl 2003 7964, nachfolgend: Botschaft FMG 2003]). Weder dem FMG noch Art. 54 FDV kann jedoch entnommen, werden, dass per se der Weg mit den geringsten Kosten einzuschlagen sei. Insbesondere das vom Gesetzgeber ebenso erklärte Ziel, Anreize in Investitionen zu tätigen (vgl. dazu nachfolgend E. 6.6), spricht gegen diese Auslegung des MEA-Ansatzes.

5.5.7. Das Verständnis bzw. die Auslegung der Vorinstanz des MEA-Ansatzes ist im Lichte der geltenden Regelung nicht zu beanstanden.

5.6.
Schliesslich beruht die Berechnung der Kosten gemäss Art. 54 Abs. 2 Satz 2 FDV auf einer aktuellen Basis (forward looking).

5.6.1. Gemäss Vorinstanz bedeutet die Vorgabe, die Kosten auf aktueller Basis zu berechnen, dass eine zukunftsgerichtete Sichtweise (forward looking) einzunehmen sei. Hierbei sei insbesondere relevant, dass die Kostenberechnungsmethode zukünftige Investitionen in neue Technologien nicht verhindern soll. So soll die Preisregulierung nicht dazu führen, dass die verpflichtete Anbieterin keine Anreize mehr hätte, ihre Infrastruktur jeweils auf dem neusten Stand zu halten resp. stetige Investitionen in die Weiterentwicklung zu tätigen.

Bei einer zukunftsgerichteten Sichtweise gehe man sodann davon aus, dass die hypothetische Markteintreterin in kürzester Zeit die gesamte benötigte Infrastruktur effizient aufbaue und betreibe.

Nach Art. 54 Abs. 2 Satz 2 FDV stütze sich die Festsetzung kostenorientierter Preise auf eine Berechnung aktueller und mithin nicht auf die tatsächlichen, historischen Kosten ab, wobei die Methode der Wiederbeschaffungskosten zur Herleitung der aktuellen Kosten vorgeschrieben werde. Dabei spiele es grundsätzlich keine Rolle, ob die gegenwärtigen Kosten höher oder tiefer seien als zu einem früheren Zeitpunkt.

Folglich bestimme sich das Kostenniveau auch durch die neueste, etablierte Technologie. Die Auffassung von Sunrise, wonach amortisierte Anlagen nicht neu bewertet werden dürften, berücksichtige den Modellcharakter des Preisregulierungsansatzes nicht genügend. Es würden im Rahmen der Überprüfung der Kostenorientiertheit der Preise der marktbeherrschenden Anbieterin eben gerade nicht deren Anlagen bewertet. Vielmehr würden die Kosten einer hypothetischen Markteintreterin simuliert, welche ihre Anlagen nach Ablauf der ökonomischen Nutzungsdauer ersetzen müsse.

5.6.2. Auch nach Auffassung von Sunrise erweist sich die aktuelle Kostenbetrachtung (sog. "current cost accounting"; kurz: CCA) grundsätzlich als sachgerecht. Allerdings gelte es auch bei der zukunftsgerichteten Preisregulierung basierend auf CCA zu verhindern,

dass ungerechtfertigte Kosten einflössen, welche bei einem effizienten, hypothetischen Wettbewerber, der sich bei einem erfolgreichen Markteintritt selbstredend am Kostenniveau der etablierten Anbieterin messen müsse, nicht anfielen. Wenn abgeschriebene Anlagen vollständig neu bewertet würden, führe dies zur Überbewertung des investierten Kapitals resp. zu überhöhten, nicht kausalen Kapitalkosten.

5.6.3. Bei der Kostenberechnung soll eine aktuelle und zukunftsgerichtete Kostenbetrachtung (CCA) eingenommen werden. Gemäss Prof. Spremann wird das Netz (bzw. die Infrastruktur) bei diesem Ansatz, genau wie es historisch gewachsen ist, als Basis für die Bemessung der Kosten gewählt, allerdings würden die vorhandenen Netzelemente so bewertet, als müssten sie heute neu angeschafft werden. Angesichts des technischen Fortschritts würden dabei verschiedene Netzelemente im Vergleich zu den historischen Kosten günstiger sein, so dass der CCA-Ansatz zu geringeren Kosten als der historische Ansatz führe (vgl. SPREMANN, a.a.O., S. 33). Ebenso darf gemäss FISCHER/SIDLER bei der von Art. 54 Abs. 2 Satz 2 FDV vorgeschriebenen Kostenberechnung auf aktueller Basis der historisch gewachsenen Produktionsstruktur nicht direkt Rechnung getragen werden (was insbesondere den Ausschluss von Altlasten bedeute). Die Kostenberechnung basiere vielmehr auf aktuellen Wiederbeschaffungskosten (vgl. FISCHER/SIDLER, a.a.O. S. 159, Rz. 16).

5.6.4. Die Vorgabe, eine aktuelle und zukunftsgerichtete Sichtweise einzunehmen, kann als Konkretisierung der übrigen Vorgaben verstanden werden. Bei der Simulation der Kosten eines modernen, funktionsäquivalenten Netzes (bzw. Infrastruktur) ist eben von den aktuellen (und nicht den historischen) Kosten auszugehen, die ein heutiger Neuaufbau verursachen würde. Mit der Einnahme einer aktuellen und zukunftsgerichteten Sichtweise hat der Verordnungsgeber das Anliegen der Investitionsanreize und des Infrastrukturwettbewerbs konkretisiert (vgl. E. 6.5).

5.6.5. Das Verständnis der Vorinstanz von Art. 54 Abs. 2 Satz 2 FDV ist vor diesem Hintergrund überzeugend.

5.7. Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die vorinstanzlichen Ausführungen zur inneren Systematik von Art. 54 FDV weder widersprüchlich noch inkonsistent erscheinen. Vielmehr spricht die von ihr soweit überzeugend dargelegte Auslegung von Art. 54 FDV für Brutto-

und nicht für Netto-Wiederbeschaffungswerte. Eine solche Kostenbestimmung ist nicht nur mit der bisher dargestellten Auslegung von Art. 54 FDV vereinbar, sondern beruht auch, wie es das Bundesgericht bereits früher im Zusammenhang mit den Interkonnektionspreisen gefordert hat, auf objektiven und nachvollziehbaren Kriterien (vgl. BGE 132 II 257 E. 3.3.2).

Vorausgesetzt, die Anlage werde korrekt bewertet und die Nutzungsdauer zutreffend geschätzt, erscheint es sodann im Sinn von Art. 54 FDV, wenn die Vorinstanz die im regulierten Bereich zur Verfügung zu stellenden Netzkomponenten (neu) bewertet, unabhängig davon, ob sie in der Buchhaltung der Swisscom bereits abgeschrieben sind oder nicht. Dass diese offensichtlich noch einen wirtschaftlichen Wert aufweisen, wurde vorliegend von keiner Seite bestritten. Wird unter korrekten Annahmen eine langfristige Sichtweise eingenommen und werden die Gesamtkosten über die Nutzungsdauer verteilt, resultieren im Sinn von Art. 54 FDV korrekte Kosten. Im Modell werden die Periodenkosten eben gerade über den gesamten Zeitraum konstant gehalten, und es existieren keine vollständig abgeschriebenen Anlagen.

Vor diesem Hintergrund zeigt sich, dass die Kritik von Sunrise weitgehend darauf basiert, dass diese eine andere Sichtweise einnimmt als die Vorinstanz. Im Gegensatz zu einer abstrahierten LRIC-Betrachtungsweise auf aktueller und zukunftsgerichteter Basis, richtet Sunrise ihren Fokus auf die Buchwerte von Swisscom und somit auf die historischen Kosten. Ihre Argumente sind stets verbunden mit Kritik am theoretischen Ansatz. Hingegen veranlassen die Ausführungen von Sunrise nicht zur Annahme, die Vorinstanz hätte die Zahlen in dem von ihr verstandenen Modell mangelhaft hergeleitet. Insbesondere bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Vorinstanz inkorrekte markt- und branchenübliche Vergleichswerte verwendet oder die im LRIC-Modell anzunehmende Nutzungs- bzw. Lebensdauer der Kabelkanalisationen falsch geschätzt hätte. Mit Blick auf die innere Systematik von Art. 54 FDV vermag die Kritik von Sunrise denn auch nicht zu überzeugen.

6.
Das soeben festgehaltene Auslegungsergebnis bestätigt sich auch bei einer erweiterten systematisch-teleologischen Prüfung.

6.1. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bezweckt die Pflicht der marktbeherrschenden Anbieterin, den Zugang zu ihren Einrichtungen

und Diensten zu kostenorientierten Preisen anzubieten, letztlich die Beseitigung des Wettbewerbsvorteils, über den die pflichtige Anbieterin nur deshalb verfügt, weil sie den fraglichen Bereich des Telekommunikationsmarkts beherrscht. Die entsprechende Zugangspflicht stellt somit einen Ausgleich zur Marktbeherrschung dar. Bei Swisscom gründet diese faktische Marktbeherrschung, soweit sie (noch) besteht, auf den früheren Vorrechten ihrer Rechtsvorgängerin als Monopolistin im Fernmeldewesen. Mit der Zugangspflicht soll die marktbeherrschende Anbieterin nicht vom Wettbewerb ausgeschlossen oder "ausgeblutet" werden. Sie soll aber den aus ökonomischer und fernmelderechtlicher Sicht ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil, den sie aus der Marktbeherrschung zieht, im entsprechenden Umfang wieder verlieren und insoweit in die gleiche Lage wie ihre Konkurrentinnen versetzt werden. Gleichzeitig lässt sich dadurch - im umgekehrten Sinne - die erhebliche Marktzutrittsschranke für die Konkurrentinnen beseitigen. Die Rechtsordnung versucht damit zu simulieren, dass die unter den konkurrierenden Anbieterinnen von Fernmeldedienstleistungen geltenden Zugangsbedingungen unter funktionierenden Wettbewerbsverhältnissen zustande kommen. Von dieser Wettbewerbssituation sollen am Ende der Telekommunikationsmarkt als Ganzes und insbesondere die Endkunden der Fernmeldedienstanbieterinnen profitieren (vgl. BGE 132 II 257 E. 3.3.1 und Urteil des Bundesgerichts 2A.251/2005 vom 21. April 2006 E. 2.3.1 je mit Hinweisen).

6.2. Die Vorinstanz führt im Rahmen der teleologischen Auslegung an, bei der zukunftsgerichteten Betrachtungsweise sei insbesondere relevant, dass die Kostenrechnungsmethode zukünftige Investitionen in neue Technologien nicht verhindere. So solle die Preisregulierung nicht dazu führen, dass die verpflichtete Anbieterin keine Anreize mehr hätte, ihre Infrastruktur jeweils auf dem neusten Stand zu halten resp. stetige Investitionen in die Weiterentwicklung zu tätigen.

6.3. Swisscom betont, die Förderung von Investitionen in den Ausbau der Telekommunikationsnetze und alternativer Infrastruktureinrichtungen wie beispielsweise effizientere, unterirdische Einrichtungen (z.B. Microtubes) sowie das Verhindern von "Trittbrettfahren" habe für den Gesetzgeber hohes Gewicht gehabt. Die mittels des LRIC-Ansatzes zu simulierenden Wettbewerbspreise sollten das wohlfahrtsökonomisch richtige Signal für eine Investitionsentscheidung ("make or buy") setzen. Werde der Zugangspreis zu niedrig angesetzt, bewirke dies eine ineffizient hohe Nutzung der von der Regulierung betroffenen Infrastruktur, während

Investitionen in neue, effizientere Infrastrukturen oder konkurrierende Infrastrukturen ausblieben. Nur wenn bei der Preisberechnung die langfristigen, durchschnittlichen Kosten auf aktueller Basis (und nicht bloss die Grenzkosten für eine zusätzliche Einheit) berücksichtigt würden, decke dies langfristig die Kosten derjenigen Telekommunikationsunternehmungen, welche eigene Infrastrukturen betrieben.

6.4. Sunrise entgegnet, um Investitionsanreize zu schaffen, brauche es keine ungerechtfertigten Übergewinne (Monopolrenten). Vielmehr sei das Preisniveau so anzusetzen, dass der Unterhalt und die Erneuerung der Infrastruktur (hier Kabelkanalisationen) gewährleistet sei. Dies werde aber durch die Abgeltung der Betriebs- und Kapitalkosten erreicht. Die Kapitalkosten umfassten dabei die risikogerechte Verzinsung des investierten Kapitals sowie die einmalige Abschreibung der Investition. Ein darüber hinausgehender Gewinn (im ökonomischen Sinn) lasse das vom Gesetz geforderte Konzept der Wettbewerbssimulation resp. die Theorie der bestreitbaren Märkte nicht zu. Swisscom versuche bei jeder Gelegenheit, den Infrastrukturwettbewerb in den Vordergrund zu rücken, obwohl Art. 1 Abs. 2 Bst. c FMG den Wettbewerb mit Bezug auf Fernmeldedienste anspreche und damit klar den Dienstewettbewerb in den Vordergrund rücke. Infrastrukturwettbewerb habe der Gesetzgeber in erster Linie zwischen den Übertragungstechnologien (Kupfer, Glas, Funk) im Auge gehabt, jedenfalls aber nicht im Bereich der Tiefbauarbeiten bzw. der Kabelkanalisationen. Infrastrukturwettbewerb solle nur dort entstehen, wo dies aus volkswirtschaftlicher Sicht erwünscht sei. Dass eine Duplizierung der Kabelkanalisation weder volkswirtschaftlich erwünscht noch sinnvoll sei, würden selbst die Vorinstanz und Swisscom anerkennen (Sunrise stützt sich hier vor allem auf das in ihrem Auftrag erstellte Gutachten von Prof. Rolf H. Weber vom 12. Januar 2010, S. 22 f.).

6.5. Das Regulierungsziel bestimmt die Elemente des Preisberechnungsmodells. Gemäss Art. 1 FMG besteht das Regulierungsziel unter anderem in der Förderung von wirksamem Wettbewerb. Sinn und Zweck der kostenorientierten Preisgestaltung bestehen folglich darin, Zugangspreise zu simulieren, wie sie bei funktionierendem Wettbewerb zustande kämen. Dabei kann unterschieden werden zwischen Infrastrukturwettbewerb einerseits und Dienstewettbewerb andererseits. Der Infrastrukturwettbewerb bedeutet im Wesentlichen, Investitionsanreize zu erhalten, der Dienstewettbewerb

durch Wettbewerb die Endkundenpreise zu senken (vgl. Evaluationsbericht, S. 186). Die beiden Ziele befinden sich in einem Spannungsfeld zwischen der Befürchtung, überhöhte Zugangspreise wirkten sich negativ auf die Endkundenpreise aus einerseits, und andererseits der Sorge, zu tiefe Preise könnten langfristig Investitionen in neue Infrastrukturen hemmen (vgl. Evaluationsbericht, S. 177). Den parlamentarischen Debatten kann diesbezüglich entnommen werden, dass insbesondere auch die Förderung des Infrastrukturwettbewerbs dem Gesetzgeber ein wesentliches Anliegen war (vgl. bspw. Amtliches Bulletin der Bundesversammlung [AB], 2004 N 1662, AB 2005 N 1100, AB 2005 S 949). Da bei Brutto-Wiederbeschaffungswerten eher Anreize in die Errichtung eigener, paralleler Anlagen gesetzt werden, spricht das Ziel des Infrastrukturwettbewerbs denn auch eher für Brutto-Wiederbeschaffungskosten (vgl. Evaluationsbericht S. 74). Insofern ist der Vorinstanz und Swisscom zuzustimmen, wenn sie dieses Regulierungsziel hervorheben.

Zuzustimmen ist im Grundsatz aber auch der Aussage von Prof. Weber, wonach das gesetzgeberische Wettbewerbsziel im Bereich der Infrastrukturen vor allem in Bezug auf die Übertragungstechnologien (Kupfer, Glas, Funk), nicht aber – oder nicht vorwiegend – in Bezug auf den Tiefbau (Kabelkanalisationen) sinnvoll erscheine, da eine Duplizierung der Kanalisationen volkswirtschaftlich unerwünscht sei (vgl. dazu auch AB 2004 N 1695, AB 2005 N 1101, AB 2005 S 950, AB 2006 S 88). Dennoch findet in der bestehenden Regelung die Bestimmung von Art. 54 FDV unterschiedslos auch auf Kabelkanalisationen Anwendung (vgl. E. 5.2).

6.6. Entsprechend den parlamentarischen Diskussionen zum FMG hat der Bundesrat mit Art. 54 FDV eine Lösung gewählt, die in allen Bereichen der Fernmeldenetze von infrastrukturbasiertem Wettbewerb ausgeht, aber auch preiswerte und qualitativ hoch stehende Dienste anstrebt (vgl. Evaluationsbericht, S. 73). Damit hat der Bundesrat einen zwischen den beiden Regulierungszielen abwägenden Ansatz gewählt, der nach der bestehenden Regelung unterschiedslos auch auf Kabelkanalisationen anzuwenden ist. Die Kritik von Sunrise vermag somit nichts daran zu ändern, dass nach der bestehenden Regelung von Art. 54 FDV auch im Bereich der Kabelkanalisationen der Infrastrukturwettbewerb als gesetzgeberisches Ziel anzusehen ist und die Zugangspreise Investitionsanreize beinhalten sollen. Insbesondere wollte der Gesetzgeber "Trittbrettfahrerei" verhindern, d.h. die alternativen FDA

sollen nicht auf Kosten von Swisscom die bestehende Infrastruktur zu ungerechtfertigt günstigen Konditionen nutzen können, sondern sich an den langfristigen Zusatzkosten der zugegangenen Netzkomponente der marktbeherrschenden Anbieterin beteiligen (vgl. AB 2004 N 439, AB 2004 N 1698, AB 2005 N 1100, AB 2005 N 1102, AB 2005 S 949, AB 2006 S 89).

Wie bereits gesehen, verkörpert Art. 54 FDV denn auch zu weiten Teilen die Idee des Infrastrukturwettbewerbs. Das Kostenniveau wird darauf angesetzt, dass auch die alternativen FDA so kalkulieren müssen, als ob sie eine eigene Infrastruktur zu errichten und unterhalten hätten. Damit sollen die Zugangspreise so ausfallen, dass es für die alternativen FDA preislich keinen Unterschied macht, ob sie die fehlende Infrastruktur selber erstellen ("make it") oder ob sie eine Einrichtung oder einen Dienst im Grosshandel erwerben ("buy it"; vgl. Evaluationsbericht, S. 177). Könnten die alternativen FDA die Infrastruktur von Swisscom nämlich zu günstigeren Bedingungen nutzen, als sie eine hypothetische, effiziente Anbieterin bei einem heutigen Markteintritt hätte, wäre die Mitbenutzung der Infrastrukturen der marktbeherrschenden Anbieterin unter Umständen – so befürchteten es zumindest die historischen Gesetz- und Verordnungsgeber (vgl. anstatt vieler AB 2006 S 89; Evaluationsbericht, S. 73 ff.) – so attraktiv, dass diese nicht mehr in eigene Infrastrukturen investieren, sondern eben bloss noch "Trittbrettfahren" würden. Gleichzeitig besteht die Sorge, dass dadurch auch für die marktbeherrschende Anbieterin der Anreiz wegfallen könnte, ihre Infrastrukturen zu erhalten und zu erneuern. Gerade im Hinblick auf zukünftige Investitionen entspricht das Festsetzen des Kostenniveaus auf aktuellen und nicht historischen Kosten deshalb dem gesetzgeberischen Willen. Die aktuelle und zukunftsgerichtete Kostenbetrachtung dient somit durchaus dem Wettbewerbsziel von Art. 1 Abs. 2 Bst. c FMG. Herstellung von wirksamem Wettbewerb bedeutet in diesem Sinn eben nicht, per se möglichst tiefe Preise zu erzwingen, sondern Umstände zu schaffen, unter welchen die Möglichkeiten und Anreize für konkurrierende Investitionen erhalten bleiben.

Die Feststellung von Sunrise und des Preisüberwachers schliesslich, die Infrastrukturen von Swisscom seien vor Jahrzehnten zu weitaus tieferen (historischen) Baukosten als den heutigen (aktuellen) errichtet worden, was Swisscom ungerechtfertigte Gewinne beschere, führt denn auch angesichts der gewollten Betonung des Infrastrukturwettbewerbs nicht zu einem anderen Ergebnis. Die Vorinstanz war unter der bestehenden

Regelung, die eine aktuelle und zukunftsgerichtete Betrachtungsweise einnimmt, nicht gehalten, historische Baukosten zu berücksichtigen.

6.7. Damit spricht auch die erweiterte systematisch-teleologische Auslegung für die Annahme von Brutto-Wiederbeschaffungskosten.

7.
In historischer Hinsicht ist weiter zu prüfen, ob sich in den Gesetzesmaterialien Hinweise zur vorliegend interessierenden Frage der Kapitalbewertung finden. Gerade bei der Auslegung verhältnismässig junger Regelungen kommt dem Willen des Gesetz- bzw. Verordnungsgebers ein erhebliches Gewicht zu (vgl. HÄFELIN/ HALLER/ KELLER, a.a.O., Rz. 101).

7.1. Die Vorinstanz weist darauf hin, dass ihre Praxis zur Berechnungsmethode bereits vor der letzten Revision des Fernmelderechts im Jahre 2007 existiert habe. Sie sei auch unter altem Recht in den damaligen Interkonnektionsverfahren angewendet worden, und es sei deshalb davon auszugehen, dass der Gesetzgeber bei der Revision im Jahr 2007 an der Methodik habe festhalten wollen. Den parlamentarischen Debatten lasse sich nichts entnehmen, was darauf schliessen liesse, dass die konstante Praxis der Vorinstanz zur Überprüfung der Kostenorientiertheit hätte geändert werden sollen. Es fänden sich vielmehr Hinweise in den Materialien, dass der Gesetzgeber die bis dato praktizierte Berechnungsmethode habe beibehalten wollen. So habe insbesondere Bundesrat Moritz Leuenberger im Rahmen der parlamentarischen Debatte geäussert, es werde nicht beabsichtigt, die LRIC-Methode durch eine andere Kostenberechnungsmethodik zu ersetzen. Es treffe zwar zu, dass der Bundesrat eine Evaluation der geltenden Fernmeldeordnung veranlasst habe und dabei auch die Problematik der Berechnungsmethode erwähnt werde. Entgegen der Auffassung von Sunrise sei heute aber noch völlig ungewiss, ob (im vorliegend interessierenden Bereich) tatsächlich eine Gesetzesänderung anstehe. Als rechtsanwendende Behörde sei es nicht ihre Aufgabe, einem allfälligen gesetzgeberischen Entscheid vorzugreifen. Vor diesem Hintergrund sei eine Praxisänderung nicht angezeigt.

7.2. Swisscom führt aus, der Gesetzgeber habe von einer Änderung der Preisberechnungsmethode, die bereits mit der Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte eingeführt worden sei, bewusst abgesehen. Die LRIC-Methode und das Abstellen auf Wiederbeschaffungsneuwerte

habe aus diesen Gründen Gesetzescharakter. Eine Abkehr davon würde eine Gesetzesänderung voraussetzen und sei auch mit der Rechtssicherheit unvereinbar. Zum Thema "LRIC" seien jüngst ein Postulat der Kommission für Verkehr und Fernmeldewesen (KVF) und insbesondere eine Interpellation von Ständerat Lombardi eingereicht worden, welche die geltende Preisberechnungsvorgaben in Frage stellten und die Prüfung einer allfälligen Abkehr von der Modellrechnung gestützt auf Widerbeschaffungsneuwerte forderten. In seiner Antwort auf die Interpellation Lombardi habe der Bundesrat ausgeführt, die Berechnungsvorgaben seien Gegenstand intensiver, parlamentarischer Debatten gewesen. Alternativen zur LRIC-Methode mit Wiederbeschaffungsneuwerten würden im bundesrätlichen Bericht zum Postulat der KVF eingehend geprüft. Deshalb sei es nicht angezeigt, vorschnell über eine Verordnungsänderung Weichenstellungen vorzunehmen.

7.3. Sunrise entgegnet, für eine Praxisänderung sei keine Gesetzesrevision erforderlich, da die LRIC-Methode auf Verordnungsstufe anzusiedeln sei. Vielmehr könne eine Praxis, wie von Sunrise vorgeschlagen, durch richtige Auslegung angenommen werden. Es sei zudem nicht ersichtlich, inwiefern der Gesetzgeber bewusst von einer Änderung der Preisberechnungsmethode abgesehen haben soll. Genauso wenig könnten die Vorinstanz und Swisscom aus den genannten parlamentarischen Vorstössen oder aus der Antwort des Bundesrates etwas für sich ableiten. Insbesondere sei entgegen den Ausführungen des Bundesrates und der Vorinstanz die LRIC-Methode nachweislich nicht Gegenstand intensiver parlamentarischer Debatten gewesen. Eine Gesetzesevaluation dürfe zudem der Durchsetzung von geltendem Recht nicht entgegenstehen. Die parlamentarischen Vorstösse zeigten schliesslich vielmehr, dass auch im Parlament Zweifel bestünden, dass Art. 11 FMG in der Praxis richtig umgesetzt werde. Auch der Bundesrat zeige sich in dem jüngst erstellen Evaluationsbericht kritisch gegenüber der aktuellen Umsetzung der LRIC-Methode.

7.4. Der Preisüberwacher bemerkt, es erstaune nicht, dass der Gesetzgeber anlässlich der letzten Revision des Fernmelderechts sich nicht dazu veranlasst gesehen habe, explizit eine andere Berechnungsmethode festzulegen, da sich die bisherige Praxis der Vorinstanz im Bereich der Interkonnektion bewährt habe. Es wäre aber falsch, dem Gesetzgeber zu unterstellen, dass er Zugangsbedingungen habe schaffen wollen, die zu einer Behinderung des Wettbewerbs führten

und die Abnehmer zwingen würden, für längst amortisierte Netzteile der Swisscom erneut zu bezahlen.

7.5. In den der heute geltenden Regelung zugrunde liegenden Gesetzesmaterialien sind keine ausdrücklichen Antworten auf die vorliegend interessierende Frage zu entnehmen. Dies liegt offensichtlich daran, dass der Gesetzgeber die Konkretisierung der Preisberechnungsmethode dem Bundesrat überlassen hat (Art. 11 Abs. 3 FMG). Insofern ist Sunrise zuzustimmen. Die Vorinstanz hält Sunrise indessen zu Recht entgegen, dass ihre Praxis bereits Jahre vor der letzten Revision im Jahr 2007 unter Geltung des alten Rechts existiert hat und deshalb davon auszugehen ist, der Gesetzgeber habe an der bisherigen Methodik hat festhalten wollen. Die alte Regelung von Art. 45 aFDV 2001 entspricht denn auch, abgesehen von vorliegend unbedeutenden, redaktionellen Änderungen, dem heute geltenden Art. 54 FDV. Der Gesetzgeber konnte folglich bereits vor Erlass der revidierten Fassung von Art. 11 FMG sehr genau absehen, wie der Bundesrat seine Vorgabe der Kostenorientiertheit umsetzen würde. Dies nicht nur, da Bundesrat Moritz Leuenberger in der damaligen parlamentarischen Diskussion ausdrücklich erwähnte, der Bundesrat beabsichtige nicht, die LRIC-Methode durch eine andere Kostenberechnungsmethodik zu ersetzen (vgl. AB 2004 N 1706). In der Botschaft FMG 2003 sprach der Bundesrat ausdrücklich davon, dass die marktbeherrschende Anbieterin für ihre Investitionen zu branchenüblichen Bedingungen (und nicht etwa historischen Kosten) entschädigt werden soll (vgl. BBl 2003 7970) und zur Preisberechnung das im Interkonnektionsbereich traditionell verwendete Modell der "Forward Looking Long Run Incremental Cost based on Modern Equivalent Assets" angewendet werden müsse (vgl. BBl 2003 7998, Fn 64). Aus den jüngsten parlamentarischen Debatten kann zudem das Folgende entnommen werden: Im Parlament ist nicht nur die LRIC-Methode bekannt. Vielmehr ist man sich auch bewusst, dass die Vorinstanz in ihrer bisherigen und derzeitigen Praxis die Kapitalkosten zu Wiederbeschaffungsneuwerten bewertet hat bzw. bewertet (vgl. zum Ganzen: Postulat 09.3002 KVF-S vom 13. Januar 2009; Die schriftliche Antwort des Bundesrates vom 29. Mai 2009 auf die Interpellation von Filippo Lombardi vom 20. März 2009, Geschäftsnummer 09.3352 und die mündliche Stellungnahme von Bundesrat Moritz Leuenberger, AB 2009 S 692).

Schliesslich geht aus dem bereits mehrfach zitierten Evaluationsbericht des Bundesrates vom 17. September 2010 deutlich hervor, dass die von

der Vorinstanz ausgelegte und praktizierte Preisberechnungsmethode der heute geltenden Fassung von Art. 54 FDV entspricht. Am Willen des historischen Gesetzgebers ändert nichts, dass die Kritik von Sunrise gemäss Evaluationsbericht durchaus ihre Berechtigung – insbesondere im Bereich der Kabelkanalisationen – zu haben scheint. Insbesondere können bei einem klaren Auslegungsergebnis allfällige Unstimmigkeiten nicht durch Lückenfüllung beseitigt werden. Eine Lücke liegt nur dann vor, wenn ein Erlass unvollständig ist, weil er auf eine bestimmte Frage selbst nach Ausschöpfung aller anerkannten Auslegungselemente gar keine oder keine befriedigende Antwort gibt (vgl. TSCHANNEN, a.a.O., § 4 Rz. 43). Dies ist vorliegend nicht der Fall. Zudem ist auch nach und trotz der Kritik im Evaluationsbericht an der bestehenden Preisberechnungsmethode keineswegs klar, ob es eine Änderung in die von Sunrise und vom Preisüberwacher vorgeschlagene Richtung geben wird.

7.6. Somit spricht auch die historische Auslegung sowohl des Gesetz- wie auch des Verordnungsgebers für die Anwendung von Brutto-Wiederbeschaffungswerten.

7.7. Aus der von den Parteien beidseitig, teilweise ausgiebig bemühten Heranziehung des europäischen Rechts, ergibt sich für die Auslegung nichts wesentlich anderes. Einzig die Erkenntnis, dass die LRIC-Methode auch in Europa weite Akzeptanz geniesst, die Meinungen über deren Umsetzung teilweise aber weit auseinandergehen, ist insofern hilfreich, als die Praxis der Vorinstanz in diesem Lichte keineswegs abwegig oder unbehilflich erscheint.

7.8. Im Ergebnis ist das Verständnis und mithin die Umsetzung der Vorinstanz von Art. 54 FDV nicht zu beanstanden. Die Vorschrift, die Wiederbeschaffungskosten über "modern equivalent assets" herzuleiten (Art. 54 Abs. 2 Satz 3 FDV) und eine aktuelle und zukunftsgerichtete Betrachtungsweise einzunehmen (Art. 54 Abs. 2 Satz 2 FDV), insbesondere aber auch die eindeutige Äusserung des Bundesrates im Zusammenhang mit den jüngsten, parlamentarischen Vorstössen, lassen die vorinstanzliche Auslegung nicht nur als gangbar, sondern wohl auch als einzig zutreffende erscheinen. Letzteres kann indessen offen bleiben. Unvereinbar mit Art. 54 FDV erscheint so oder anders das Anliegen von Sunrise, die Preisberechnung an den tatsächlichen Kosten bzw. Buchwerten der marktbeherrschenden Anbieterin auszurichten oder gar vollständig abgeschriebene Anlagen nicht mehr zu bewerten.

Die Vorinstanz hat den Rahmen des ihr zukommenden fachtechnischen Ermessens (vgl. E. 2) nicht überschritten und Art. 54 FDV folglich richtig angewendet. Daran vermag insbesondere auch die Kritik des Preisüberwachers nichts zu ändern, stellt dieser doch – im Gegensatz zu Sunrise – das vom Bundesrat gewählte LRIC-Modell grundsätzlich in Frage und tendiert klar zu einer Lösung, die sich stärker an den historischen Herstellungskosten orientiert.

Grundlegende Kritik an der in Art. 54 FDV gewählten Lösung kann allenfalls im Rahmen der nachfolgenden Normenkontrolle gehört werden, soweit sich herausstellen sollte, dass der Bundesrat das ihm vom Gesetzgeber delegierte Ermessen überschritten haben sollte (vgl. E. 3.5).

8.
Nachfolgend ist zu prüfen, ob sich der Bundesrat beim Erlass von Art. 54 FDV an die Grenzen der ihm im Gesetz eingeräumten Befugnisse gehalten hat. Wie bereits festgestellt, wurde dem Bundesrat auf Verordnungsstufe ein grosses Ermessen eingeräumt, sodass sich die Prüfung darauf beschränkt, ob die Verordnung den Rahmen der gesetzlich delegierten Kompetenzen offensichtlich sprengt oder aus anderen Gründen gesetzes- oder verfassungswidrig ist (vgl. E. 3.5 f.).

Konkrete Vorschriften zu den Zugangsbedingungen macht der Gesetzgeber in Art. 11 Abs. 1 FMG, indem er vorschreibt, die marktbeherrschenden Anbieterinnen von Fernmeldediensten müssen anderen Anbieterinnen auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen Zugang zu ihren Einrichtungen und zu ihren Diensten gewähren.

8.1. Schon nur aufgrund des Wortlautes und der Systematik – Art. 54 FDV ist mit "Kostenorientierte Preisgestaltung" betitelt – steht bei der Normenkontrolle der Grundsatz der Kostenorientierung im Vordergrund.

Wie bereits gesehen ist den Materialien zu entnehmen, dass dem Gesetzgeber anlässlich der letzten Revision sowohl die vom Bundesrat zu erwartende Umsetzung der kostenorientierten Preisgestaltung wie auch die zu erwartende Anwendung der Vorinstanz bekannt war (vgl. E. 7.5) . Vor dem Hintergrund der gemachten Auslegung bewegt sich Art. 54 FDV ohne Weiteres im gesetzlich zugestandenen, weiten Ermessensspielraum. Es ist denn auch nicht ersichtlich, inwiefern sich

Art. 54 FDV nicht mit dem Grundsatz der Kostenorientiertheit vertragen sollte.

8.2.
Als weiterer Grundsatz ist gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG der Zugang auf nicht diskriminierende Weise zu gewähren.

8.2.1. Nach Auffassung von Sunrise steht die heutige Preisberechnungsmethode insbesondere in Widerspruch mit dem Diskriminierungsverbot. Es wäre für den regulierten Netzzugang und damit für die Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte verheerend, sollte die Vorinstanz meinen, der Grundsatz der Nichtdiskriminierung käme bei der Entgeltung der Zugangsdienstleistungen nicht zur Anwendung. Der Preis sei die entscheidende Netzzugangsbedingung und berge entsprechend das grösste Missbrauchspotential in sich. Die Grundsätze der Nichtdiskriminierung und der Kostenorientierung stünden in einem engen Zusammenhang zueinander. Gemäss Art. 52 Abs. 2 FDV dürfe zudem keine andere Anbieterin schlechter gestellt werden als eigene Geschäftseinheiten. Damit adressiere das Diskriminierungsverbot explizit vertikal integrierte Anbieterinnen wie Swisscom. Das komme nicht von ungefähr. Wie Erfahrungen zeigten, würden vertikal integrierte Unternehmen stark dazu neigen, sich durch gezielte und oft subtile Diskriminierungen der Konkurrenz auf Vorleistungsmärkten einen Vorteil auf den nachgelagerten Endkundenmärkten zu verschaffen. Entsprechend sei ein strenger Massstab bei der Beurteilung der Ungleichbehandlung gefordert. Damit die Vorinstanz die Preise auf mögliche Diskriminierungen überprüfen könne, sei Swisscom schliesslich zur getrennten Rechnungslegung (accounting separation) verpflichtet. Dies ergebe sich bereits aus den gesetzlichen Grundsätzen der Nichtdiskriminierung und der Transparenz und im Besonderen aus Art. 54 Abs. 3 FDV sowie aus Anhang 3 der ComCom-Verordnung.

8.2.2. Der Preisüberwacher unterstützt Sunrise in deren Forderung, die Kapitalanlagen insbesondere aus Gründen des Diskriminierungsverbots zu Netto-Wiederbeschaffungskosten zu bewerten. Kostenorientierte Preise, die gestützt auf eine Modellrechnung ermittelt worden seien, würden eine Diskriminierung nicht ausschliessen. So könne eine erhebliche Differenz zwischen den modellhaft ermittelten Kosten, die für die zugangsnachfragende Partei massgebend seien, und den effektiv von Swisscom zu tragenden Kosten bestehen. Umgekehrt sei auch möglich, dass keine Diskriminierung der zugangsnachfragenden Partei vorläge,

sich die Zugangspreise aber nicht an den Kosten einer effizienten Anbieterin orientierten. Dies wäre beispielsweise der Fall, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen ineffizient arbeite und die überhöhten Betriebskosten nach einem nichtdiskriminierenden Verteilschlüssel auf sich selbst und die netzzugangsnachfragenden Parteien verteilte. Die Kostenorientierung und die Nichtdiskriminierung gemäss Art. 11 FMG seien somit eigenständige Anforderungen an die Zugangspreise.

8.2.3. Die Vorinstanz entgegnet, es treffe zwar zu, dass die gesamte Zugangsregulierung vor dem Hintergrund der Erzielung von Wettbewerb zu sehen sei und insoweit auch das Gebot der Nichtdiskriminierung eine zentrale Rolle spiele. Sowohl aus dem Wortlaut wie auch aus der Gesetzessystematik ergebe sich aber, dass die Grundsätze der Nichtdiskriminierung und der Kostenorientierung eigenständige Prinzipien seien. Es treffe deshalb auch nicht zu, dass die Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte ernsthaft in Frage gestellt wäre, wenn sich das Gebot der Nichtdiskriminierung nicht auch auf Preise beziehen würde. Der regulierte Netzzugang wäre allenfalls dann gefährdet, wenn er nicht zu kostenorientierten Preisen angeboten werden müsste oder wenn sich die marktbeherrschende Anbieterin bei der Zugangsgewährung diskriminierend verhalten dürfte. Aus den von Sunrise zitierten Erlassen könne im Übrigen keine Pflicht zur getrennten Rechnungslegung abgeleitet werden.

8.2.4. Swisscom ergänzt, die Begriffe "Nichtdiskriminierung" und "Kostenorientierung" im Sinn der LRIC-Methode würden sich nicht ausschliessen. Mit der Wahl des Begriffs der Kostenorientierung habe sich der Gesetzgeber sodann vom Erfordernis der Kostengleichheit (im Sinne historischer oder tatsächlicher Kosten) klar abgegrenzt. Der Gleichbehandlungsgrundsatz wolle sicherstellen, dass eine marktbeherrschende Anbieterin und die alternativen Anbieterinnen bei der Gestaltung der Endkundenpreise über gleiche Voraussetzungen verfügten. Dies werde durch kostenorientierte Preise nach der LRIC-Methode gewährleistet. In diesem Sinne bedeute die Formulierung von Art. 11 Abs. 1 FMG ("Zugangsgewährung auf nichtdiskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen"), dass kostenorientierte Preise auch nicht diskriminierende Preise seien. Nichtdiskriminierung bedeute nach der geltenden Regelung hingegen nicht, dass die für die Preisfestlegung massgeblichen Kosten um die bereits abgeschriebenen Kosten zu bereinigen wären bzw. dass diejenigen Kosten massgeblich seien,

welche swisscom-intern verbucht würden. Ob die mit dem Retailgeschäft befasste Einheit von Swisscom tatsächlich gleiche Vorleistungspreise wie ein externer Kunde bezahle, sei irrelevant. Der Vorwurf von Sunrise, Swisscom diskriminiere andere Unternehmen, indem sie ihnen höhere Vorleistungspreise in Rechnung stelle als eigenen Verkaufseinheiten, sei unbegründet. Die marktbeherrschende Unternehmerin müsse die Preise auf den Endkundenmärkten aber so gestalten, dass einer effizienten Konkurrentin eine ausreichende Marge verbleibe, um im Wettbewerb bestehen zu können. Die marktbeherrschende Anbieterin habe sich so zu verhalten, als ob sie die fraglichen Vorleistungen zu kostenorientierten Preisen bezogen hätte. Eine Pflicht zur getrennten Rechnungslegung sei schliesslich mangels einer gesetzlichen Grundlage nicht in den Anhang 3 der ComCom-Verordnung aufgenommen worden bzw. habe aus dem Entwurf gestrichen werden müssen. Die Ausführungen von Sunrise würden somit nicht der geltenden Rechtslage entsprechen.

8.2.5. Vorab ist auf den von Art. 11 Abs. 1 FMG verwendeten Begriff der Diskriminierung einzugehen. Das allgemeine Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV hat sich aus der allgemeinen Garantie der Rechtsgleichheit heraus entwickelt (vgl. BERNHARD WALDMANN, Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz, Bern 2003, S. 135 ff.). Der Diskriminierungsbegriff wird in der europäischen Rechtssprache zwar nicht rein, aber doch mehrheitlich menschenrechtsbezogen verwendet (vgl. WALDMANN, a.a.O., S. 195 ff., insb. S. 213). Auch in der Schweiz benutzen sowohl das in Art. 8 Abs. 2 BV verankerte Diskriminierungsverbot wie auch die entsprechende bundesgerichtliche Rechtsprechung grundsätzlich menschenbezogene Differenzierungsmerkmale und bringen den Begriff in engen Zusammenhang mit der Menschenwürde (vgl. BGE 129 I 217 E. 2.1; BGE 129 I 392 E. 3.2.2; vgl. WALDMANN, a.a.O., S. 764; JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 692). Trotz diesem vorwiegend menschenbezogenen Begriffsverständnis wird der Diskriminierungsbegriff im Allgemeinen in der schweizerischen Rechtssprache aber vielschichtig verwendet. Insbesondere das Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht sprechen auch dann von "Diskriminierung", wenn Gleichbehandlungsgebote mit wettbewerbspolitischem und nicht menschenrechtlichem Unrechtsgehalt aufgestellt werden (vgl. WALDMANN, a.a.O., S. 220 f. und S. 226). Vor diesem Hintergrund ist auch das Diskriminierungsverbot von Art. 11 Abs. 1 FMG als Gleichbehandlungsgebot zu verstehen, welches die

alternativen FDA vor der historisch gewachsenen Marktbeherrschung von Swisscom zu schützen versucht (vgl. BVGE 2010/19 E. 9.3.6).

Nach dem allgemeinen Grundsatz der Rechtsgleichheit im Sinn von Art. 8 Abs. 1 BV ist Gleiches ist nach Massgabe seiner Gleichheit gleich, Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln. Dabei kommt dem Gesetzgeber eine erhebliche Gestaltungsfreiheit zu. Es ist ihm jedoch verboten, Differenzierungen zu treffen, für die sachliche und vernünftige Gründe fehlen, oder sich über erhebliche tatsächliche Unterschiede hinwegzusetzen. Ein Erlass verletzt das Rechtsgleichheitsgebot, wenn er rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder Unterscheidungen unterlässt, die sich auf Grund der Verhältnisse aufdrängen (vgl. BGE 129 I 346 E. 6, BGE 130 V 18 E. 5.2; vgl. auch HÄFELIN/HALLER/KELLER, a.a.O., Rz. 752 f.; MÜLLER/SCHEFER, a.a.O., S. 653 ff.).

8.2.6. Die Rechtsprechung sieht im Diskriminierungsverbot von Art. 11 Abs. 1 FMG im Wesentlichen die Pflicht der marktbeherrschenden Anbieterin, allen Konkurrentinnen dieselben Zugangsbedingungen zu gewähren (vgl. BGE 132 II 284 E. 6.4; BVGE 2010/19 E. 9.3.3.4). Nach vorwiegender Meinung in der Lehre beinhalten die Zugangsbedingungen alle relevanten Geschäftsbedingungen, insbesondere die Einrichtungen, Dienste und Informationen (Art. 52 Abs. 1 FDV) sowie die Preise (vgl. FISCHER/SIDLER, a.a.O. S. 155, Rz. 157; MATTHIAS AMGWERD, Netzzugang in der Telekommunikation, Diss. Zürich 2008, Rz. 304). Gemäss Art. 52 Abs. 2 FDV darf insbesondere keine andere Anbieterin schlechter gestellt werden als Geschäftseinheiten, Tochterfirmen oder andere Partnerinnen der marktbeherrschenden Anbieterin. Mit anderen Geschäftseinheiten sind firmeninterne Einheiten gemeint, die ebenfalls Zugangsdienste auf dem Vorleistungsmarkt beziehen, um ihre Produkte auf dem Endkundenmarkt herzustellen (vgl. FISCHER/SIDLER, a.a.O. S. 155, Rz. 157).

8.2.7. Nach Auffassung der Vorinstanz handelt es sich bei den Vorgaben von Art. 11 Abs. 1 FMG um eigenständige Kriterien, wobei sich das Diskriminierungsverbot im Gegensatz zum Grundsatz der Kostenorientiertheit nicht auf die Preisgestaltung beziehe. Dies ergebe sich nicht nur aus der FDV, sondern bereits aus dem Wortlaut von Art. 11 FMG, der von der Zugangsgewährung "auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preise" spreche.

Tatsächlich unterscheidet der Wortlaut von Art. 11 Abs. 1 FMG zwischen den Grundsätzen der Transparenz und der Nichtdiskriminierung auf der einen Seite und demjenigen der Kostenorientierung auf der anderen Seite. Die ersten beiden Grundsätze beziehen sich demnach auf die Art und Weise der Zugangsgewährung und der Letztere direkt auf die Preisgestaltung. Es leuchtet denn auch ohne Weiteres ein, dass das Diskriminierungsverbot im Gegensatz zum Grundsatz der Kostenorientierung als Preisgestaltungsvorschrift wenig hergibt. Dennoch wäre es mit den Grundsätzen der Zugangsregulierung offensichtlich nicht vereinbar, wenn die Preise die alternativen FDA in unzulässiger Weise diskriminierten. Ziel und Zweck der Regulierung bestehen wie gesehen ja gerade darin, mögliche Diskriminierungen der marktbeherrschenden Anbieterin zu beseitigen, um wirksamen Wettbewerb herzustellen (vgl. E. 6.1).

8.2.8. Bezogen auf den vorliegenden Streit beschränkt sich die Diskriminierungsfrage auf die Prüfung, ob es vor den Grundsätzen des Gleichheitsgebotes standhält, die Kabelkanalisationen neu zu bewerten (Brutto-Wiederbeschaffungswerte) und dabei zu ignorieren, dass Swisscom diese Anlagen wohl zu einem Grossteil in der Vergangenheit bereits abgeschrieben hat. Mit anderen Worten stellt sich die Frage, ob es eine ungerechtfertigte Ungleichheit darstellt, dass die alternativen FDA Abschreibungskosten bezahlen müssen, obwohl die mitbenutzten Anlagen bereits weitgehend abgeschrieben sind.

Zweifellos befindet sich die marktbeherrschende Anbieterin als Inhaberin der zugegangenen Infrastrukturanlagen in einer anderen Lage als die alternativen FDA. Sie kann die Kapitalkosten als Abschreibungs- und Zinskosten nach buchhalterischen Grundsätzen festlegen. Bei den alternativen FDA fallen diese Kosten in Form von regulierten Zugangspreisen an. Der Bundesrat hat in Art. 54 FDV bzw. die Vorinstanz mit dessen Auslegung nun eine Lösung gewählt, welche die alternativen FDA an den Kapitalkosten in einer von den tatsächlichen Verhältnissen (also von der Buchhaltung von Swisscom) abstrahierten Form teilhaben lässt, indem bei der LRIC-Berechnung die Kosten einer hypothetischen effizienten Anbieterin angenommen werden, unabhängig davon, ob und wie die marktbeherrschende Anbieterin die zugegangenen Anlagen bereits abgeschrieben hat. Dieses Vorgehen hat Vor- und Nachteile. So werden auf der einen Seite allfällige Ineffizienzen und Altlasten der marktbeherrschenden Anbieterin ausgeklammert. Auf der anderen Seite können die alternativen FDA aber nicht davon profitieren,

wenn die marktbeherrschende Anbieterin über bereits abgeschriebene Anlagen verfügt (vgl. Stellungnahme des Preisüberwachers vom 9. September 2010, S. 7). Eine von der Buchhaltung der marktbeherrschenden Anbieterin abstrahierte Berechnung der Zugangspreise erscheint indes nicht unvernünftig. Im Gegenteil werden damit objektivierte Kriterien geschaffen, welche den tatsächlichen Unterschieden Rechnung tragen. Die alternativen FDA können so unabhängig vom buchhalterischen Vorgehen von Swisscom für einen nach objektivierten Kriterien festgelegten Beitrag an der Infrastruktur der marktbeherrschenden Anbieterin teilhaben. Das schützt die alternativen FDA und fördert den Wettbewerb (Ausschluss von Ineffizienzen). Es sorgt aber auch dafür, dass die alternativen FDA sich in jedem Fall an den Kapitalkosten beteiligen und damit so gestellt werden, als müssten sie selber eine eigene Infrastruktur finanzieren. Dies im Gegensatz zu einer Preisberechnung unter Annahme von Netto-Wiederbeschaf-fungswerten. Hier würde für vollständig abgeschriebene Anlagen der Wert Null eingesetzt, was nichts Geringeres zur Folge hätte, als dass die alternativen FDA überhaupt keine Kapitalkosten leisten müssten (der marktbeherrschenden Anbieterin fallen dafür heute zwar auch keine Kapitalkosten mehr an; sie hat aber im Gegensatz zu den alternativen FDA in der Vergangenheit diese Kosten einmal getragen). Vor diesem Hintergrund erscheint es sachlich gerechtfertigt, wenn Art. 54 FDV vorsieht, dass die alternativen FDA zumindest einmal einen Beitrag an die Kapitalkosten leisten müssen, auch wenn dies zeitlich nicht mit dem Beitrag der marktbeherrschenden Anbieterin zusammenfällt.

8.2.9. Es bleibt die Frage der zeitlichen Bewertung. Der Preisüberwacher wendet ein, dass Swisscom die betreffenden Anlagen zu weitaus tieferen Baukosten hat errichten können, als heute anfallen würden (vgl. Stellungnahme des Preisüberwachers vom 9. September 2010, S. 8, Ziff. 3.4). Daran gibt es kaum Zweifel. Den Materialien ist indessen zu entnehmen, dass die Idee des Infrastrukturwettbewerbs für eine zukunftsgerichtete Bewertung auf aktueller Basis (forward looking gemäss Art. 54 Abs. 2 Satz 2 FDV) spricht. Das Kostenniveau wird derart angesetzt, dass auch die alternativen FDA so kalkulieren müssen, als ob sie heute eine eigene Infrastruktur zu errichten und erhalten hätten (vgl. E. 6.6). Es ist unbestritten, dass der Bundesrat bei Festlegung der Preisberechnungsregel den Infrastrukturwettbewerb weniger und den Dienstewettbewerb mehr hätte betonen können. Gemäss dem Evaluationsbericht hat er aber entsprechend den politischen Diskussionen eine zwischen beiden Regulierungsziele abwägenden

Ansatz gewählt (vgl. E. 6.6 mit Hinweis auf den Evaluationsbericht, S. 73). Angesichts des dem Bundesrat in diesem Bereich zukommenden weiten Ermessens ist es nicht die Aufgabe des Bundesverwaltungsgerichts, hier eine andere Lösung auf dem gerichtlichen Weg zu erzwingen, zumal deren Auswirkungen ungewiss scheinen und überdies Gefahr liefen, dem zur Zeit sich im Gang befindlichen politischen Entscheidprozess vorzugreifen (vgl. E. 7.5).

8.2.10. Zusammenfassend sprechen somit die tatsächlichen Unterschiede in den zu regelnden Verhältnissen für die in Art. 54 FDV getroffene Lösung. Art. 54 FDV führt in der Auslegung der Vorinstanz zwar zu tatsächlichen Ungleichheiten, diese sind aber durch sachliche und vernünftige Gründe gerechtfertigt. Folglich hat sich der Bundesrat beim Erlass von Art. 54 FDV an die Grenzen der ihm vom Gesetz in Art. 11 FMG eingeräumten Befugnisse gehalten und Art. 54 FDV ist mit dem Diskriminierungsverbot vereinbar.

8.3. Konflikte mit dem Transparenzgebot gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG haben sich vorliegend aus der Anwendung von Art. 54 FDV offensichtlich nicht ergeben.

9.

Art. 54 FDV hält schliesslich auch vor der Verfassung stand. Wie bereits im Rahmen der Begriffsbestimmung festgestellt, ist das Diskriminierungsverbot von Art. 11 Abs. 1 FMG als Gleichbehandlungsgebot zu verstehen, welches in seinem Gehalt dem allgemeinen Gleichheitsgebot von Art. 8 Abs. 1 BV entspricht (vgl. E. 8.2.5). Die Feststellung, dass allfällige Ungleichheiten, welche sich bei der Festlegung der kostenorientierten Preise im Sinn von Art. 54 FDV ergeben können, durch sachliche und vernünftige Gründe gerechtfertigt sind, gilt somit auch für die Verfassungsprüfung.

Ebenso ergibt sich nichts anderes aus dem von Sunrise berufenen Prinzip der Wettbewerbsneutralität, abgeleitet aus der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV). Zwar gewährt Art. 27 Abs. 1 BV über den allgemeinen Gleichheitssatz von Art. 8 Abs. 1 BV hinaus einen besonderen Anspruch direkter Konkurrenten auf Gleichbehandlung durch den Staat, wobei im Bereich des Wirtschaftsrechts auch Private zu einer gewissen Gleichbehandlung verpflichtet werden können, wenn sie über eine marktbeherrschende Stellung verfügen (vgl. MÜLLER/SCHEFER, a.a.O., S. 1056 ff.; JEAN-FRANÇOIS AUBERT/PASCAL MAHON, Petit commentaire de

la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich/Bâle/Genève 2003, N 17 ff., S. 245). Doch führt auch dieser erweiterte Anspruch nach dem Gesagten nicht zu einem anderen Ergebnis, ist doch der gesetzgeberische Entscheid für eine kostenorientierte Preisgestaltung und die entsprechende Ausführung des Verordnungsgebers in Art. 54 FDV gerade Ausdruck des Bestrebens, Chancengleichheit und damit Wettbewerb zwischen den Telekommunikationsanbieterinnen herzustellen.

10.
Da sich somit zusammenfassend die Praxis der Vorinstanz als richtige, mithin auch in ihrem Ermessen liegende Anwendung von Art. 54 FDV erweist und sich auch der Verordnungsgeber mit der Regelung von Art. 54 FDV an die gesetzlichen und verfassungsrechtlichen Rahmen hält, ist die Beschwerde von Sunrise gegen Ziffer 2 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung abzuweisen.

Online-Tool

11.

11.1. Swisscom erhebt Beschwerde gegen Ziffer 4 des Dispositivs der vorinstanzlichen Verfügung, in welcher sie verpflichtet wird, alternativen Anbieterinnen im Rahmen des Bezugs von Kabelkanalisationen ab dem 1. Januar 2011 uneingeschränkten Zugang zu den gleichen Informationen und denselben Systemen bezüglich Belegung von Kabelkanalisationen zu gewähren, die ihr selber auch zur Verfügung stehen.

Swisscom beantragt die Aufhebung von Ziffer 4, da die Anordnung bundesrechtswidrig, insbesondere ohne genügende gesetzliche Grundlage und unverhältnismässig sei und auf einem mangelhaft ermittelten Sachverhalt beruhe. Ein kostengünstiges Online-Tool, welches die verfügbaren Kapazitäten in den Kabelkanalisationen von Swisscom ausweise – so wie es sich Sunrise und die Vorinstanz vorstellten – könne nicht zur Verfügung gestellt werden.

11.2. Gemäss Art. 63 Abs. 2 FDV hat die marktbeherrschende Anbieterin ein Online-System zu führen, welches den anderen Anbieterinnen insbesondere Informationen bietet über den Verlauf der

Kabelkanalisationen, die bestimmte geografische Punkte verbinden (Bst. a), soweit bekannt, über die genutzten und die noch verfügbaren Kapazitäten (Bst. b) und über die Standorte der Zugangsschächte (Bst. c).

11.3. Im spezifischen Bereich der Kabelkanalisationen stellt Swisscom den alternativen Anbieterinnen Informationen bisher nur teilweise online zur Verfügung. So können die alternativen Anbieterinnen über die Online-Applikation "Maponline" auf das System "MapLN" zugreifen und den Kanalisationsverlauf sowie die Schachtstandorte online einsehen. Nicht online zur Verfügung stehen bisher hingegen Informationen über die genutzten und noch verfügbaren Kapazitäten der Kabelkanalisationen. Will eine alternative Anbieterin herausfinden, ob auf einer bestimmten Strecke noch freie Kabelkanäle zur Verfügung stehen, muss sie einzelfallweise eine sog. Machbarkeitsabklärung bei Swisscom beantragen.

11.4. Im Fokus steht vorliegend somit Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV, wonach das Online-System der marktbeherrschenden Anbieterin den anderen FDA Informationen über die genutzten und die noch verfügbaren Kapazitäten bieten muss, soweit diese bekannt sind.

Die nachfolgende Prüfung orientiert sich an der vorinstanzlichen Anordnung in Ziffer 4 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung. Die Vorinstanz hat einerseits den uneingeschränkten Zugang zu den belegungsrelevanten Informationen und andererseits den uneingeschränkten Zugang zu denselben Systemen bezüglich dieser Informationen angeordnet. Dementsprechend wird in einem ersten Teil die Frage des "Systemzugriffs" (E. 12 bis E. 13) und in einem zweiten Teil die grundsätzlichere Frage der "Informationspflicht" (E. 14 bis E. 19) zu untersuchen sein. In einem letzten Teil wird schliesslich kurz auf die Frage der Drittwirkung (E. 20) eingegangen.

12.

12.1. Swisscom kritisiert vorab, die Vorinstanz habe sie dazu verpflichtet, den anderen FDA uneingeschränkten Zugriff auf ihr Informationssystem PTA (=Planning and Design Tool Access) einzuräumen. Dies ergebe sich aus der Begründung der angefochtenen Verfügung. Ziffer 4 des Dispositivs spreche ausdrücklich von einem Zugang zu den gleichen Informationen und denselben Systemen bezüglich Belegung von

Kabelkanalisationen, die Swisscom auch zur Verfügung stünden. Da PTA das (einzige) IT-System sei, das einen Teil der Angaben bezüglich der Belegung der Kanalisationen enthalte, wäre ein anderes System eben gerade nicht das von Ziffer 4 verlangte selbe System.

Eine solche Verpflichtung sehe nicht einmal die FDV vor. Diese verpflichte Swisscom in Art. 63 Abs. 2 FDV ausschliesslich, Informationen zur Verfügung zu stellen, und nicht, Schreibzugriffe auf ein IT-System zuzulassen.

12.2. Die Vorinstanz entgegnet, sie habe mit Ziffer 4 des Dispositivs nicht explizit den Zugang zu PTA angeordnet. Dass es sich bei der angeordneten Verpflichtung um einen Zugang (auch) auf das System PTA handeln könne, ergebe sich lediglich aus den Erwägungen. Swisscom könne aufgrund der ergangenen Verfügung auch ohne Weiteres ein anderes Tool als PTA einrichten, aus welchem sie Informationen über die Kapazitäten in den Kabelkanalisationen entnehme. Solange Swisscom jedoch für sich selber die Kapazitäten aus PTA ableite, habe sie gemäss den geltenden gesetzlichen Bestimmungen dies auch den alternativen FDA zu erlauben.

Angesichts der Tatsache, dass die Vorinstanz anlässlich des Beschwerdeverfahrens explizit erklärt habe, dass es Swisscom offen stehe, den Zugang zu Informationen über die Belegung von Kabelkanalisationen auch anders zu organisieren (solange dies diskriminierungsfrei geschehe), sei es unverständlich, dass Swisscom die entsprechende Opposition aufrecht halte.

Ein Zugriff auf PTA sei dann zu gewähren, wenn Swisscom bis zum genannten Zeitpunkt kein anderes Tool im Sinn von Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV bereit stelle, selber die Informationen über die Belegung der Kabelkanalisationen jedoch aus PTA erhältlich mache. Es sei durchaus denkbar, dass Swisscom ein anderes Tool einführe, welchem die massgeblichen Informationen über die Kapazitäten in den Kabelkanalisationen entnommen werden könnten und welches damit den Anforderungen von Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV genüge.

12.3. Gemäss Sunrise ist die angefochtene Verfügung dahin gehend zu verstehen, dass Swisscom verpflichtet ist, den Zugang zu den Informationen betreffend die genutzten und noch freien Kapazitäten in den Kabelkanalisationen diskriminierungsfrei (d.h. uneingeschränkt)

online zur Verfügung zu stellen. Diskriminierungsfrei bedeute auf gleiche Weise, wie diese Informationen ihr selbst zur Verfügung stünden. Wenn Swisscom resp. die entsprechenden Unternehmenseinheiten die massgeblichen Informationen mit geringem Aufwand einem Geographischen Informationssystem (GIS) entnehmen, soll dies auch der Konkurrenz möglich sein. Dazu sei aber je nach Umfang und Art des Online-Tools nicht in jedem Fall ein Vollzugriff auf das System nötig. Längst nicht alle Informationen, welche in einem Netzplanungssystem theoretisch abgebildet werden könnten, dürften für den diskriminierungsfreien Netzzugang relevant sein.

12.4. Im Verfügungsdispositiv wird das zu regelnde Rechtsverhältnis autoritativ festgelegt. Die Erwägungen dienen bloss der Erläuterung und Begründung des Ergebnisses des Rechtsstreits. Sie können im Falle von Unklarheiten im Dispositiv zu dessen Auslegung hinzugezogen werden. Widersprechen sich dagegen diese beiden Teile des Entscheids, ist das Dispositiv ausschlaggebend und der Entscheid muss angefochten werden, wenn dieses geändert werde soll (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., S. 178 Rz. 3.185).

12.5. Vorliegend ist der Wortlaut von Ziffer 4 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung in Bezug auf die aufgeworfene Frage, ob der Zugang zu PTA verfügt wurde, an sich klar. Es wird wörtlich verfügt, dass Swisscom den alternativen Anbieterinnen uneingeschränkten Zugang zu denselben Systemen bezüglich Belegung von Kabelkanalisationen gewähren muss, die ihr selber auch zur Verfügung stehen. Dies bedeutet an sich nichts anderes, als dass Swisscom den alternativen FDA uneingeschränkten Zugang zu all denjenigen IT-Systemen gewähren muss, die Informationen über die Belegung der Kabelkanalisationen enthalten. Da PTA Belegungsinformationen enthält, müsste Swisscom der angefochtenen Verfügung zufolge den alternativen FDA auch uneingeschränkten Zugang zu PTA bezüglich Belegung der Kabelkanalisationen gewähren.

12.6. Sowohl die Begründung der Verfügung wie auch die Stellungnahmen der Vorinstanz im Beschwerdeverfahren lassen indessen Zweifel an der scheinbaren Klarheit des Dispositivs aufkommen. Auf der einen Seite führt die Vorinstanz in der Begründung der angefochtenen Verfügung aus, es erscheine ihr angemessen, die Verpflichtung zur Öffnung des neuen Systems (PTA) für die alternativen FDA zu verfügen (vgl. Verfügung der Vorinstanz vom 1. Dezember 2009,

S. 64 [letzter Absatz]). Solange Swisscom für sich selber die Kapazitäten aus dem System PTA ableite, habe sie gemäss den geltenden gesetzlichen Bestimmungen dies auch den alternativen FDA zu erlauben (vgl. Stellungnahme vom 8. April 2010, S. 12 unten). Zudem habe es Swisscom als marktbeherrschende Anbieterin klar sein müssen, dass es seit dem 1. April 2007 im Bereich der Regulierung gar nicht mehr möglich sei, eine Infrastruktur lediglich für interne Zwecke zu erstellen (vgl. Stellungnahme vom 8. April 2010, S. 13 oben).

Auf der anderen Seite ist die Vorinstanz in der Begründung der angefochtenen Verfügung von der Frage ausgegangen, ob Swisscom verpflichtet werden könne, in (irgend) einem Online-System über bestehende Kapazitäten zu informieren respektive zumindest den nachfragenden Anbieterinnen online diejenigen Informationen zugänglich zu machen, die ihr selber zur Verfügung stehen (vgl. Verfügung der Vorinstanz vom 1. Dezember 2009, S. 63 [zweiter Absatz]). Zudem scheint sie den absoluten Wortlaut von Ziffer 4 des Dispositivs, wonach der Zugang zu all denjenigen Systemen zu gewähren ist, aus welchen Swisscom selber Belegungsinformationen ableitet, in der Stellungnahme vom 8. April 2010 zu relativieren, indem sie sagt, ein Zugriff auf PTA sei (nur) dann zu gewähren, wenn Swisscom bis zum genannten Zeitpunkt kein anderes Tool im Sinn von Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV bereit stelle, welchem die massgelblichen Informationen über die Belegung der Kabelkanalisationen entnommen werden könnten und welches damit den Anforderungen von Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV genüge (vgl. Stellungnahme vom 8. April 2010, S. 14, Ziff. 3.4.7).

12.7. Vorliegend ist somit unklar, ob die Vorinstanz Swisscom dazu verpflichten will, den alternativen FDA generell den Zugang zu all denjenigen Systemen zu gewähren, aus welchen sie selber Informationen über die Belegung der Kabelkanalisationen ableitet, oder ob doch ausschliesslich das Zur-Verfügung-Stellen von Informationen auf eine bestimmte Art, nämlich online, das eigentliche Ziel der vorinstanzlichen Anordnung darstellt. Im ersten Fall enthielte die vorinstanzliche Verfügung eine Verpflichtung, welche über eine blosse Informationspflicht hinausginge, mithin den uneingeschränkten Zugriff auf die IT-Systeme der Swisscom. Im zweiten Fall könnte die Nennung der Systeme von Swisscom als Konkretisierung der Art und Weise, wie die Informationen gemäss Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV zur Verfügung zu stellen sind, verstanden werden, indem angeordnet wird, die Belegungsinformationen seien den alternativen FDA auf dieselbe Art und Weise (im Sinn von

diskriminierungsfrei) zur Verfügung zu stellen, wie sie Swisscom selber zur Verfügung stehen.

12.8. Widersprechen sich Dispositiv und Begründung, ist das Dispositiv ausschlaggebend (vgl. E. 12.4). Vorliegend ist demnach anzunehmen, dass die Vorinstanz Swisscom nicht nur zu einer bestimmten Informationsgewährung verpflichten wollte, sondern darüber hinaus auch einen eigentlichen Systemzugang angeordnet hat.

Damit erscheint die Kritik von Swisscom zumindest teilweise berechtigt. Es stellt sich die Frage, ob es eine genügende gesetzliche Grundlage gibt, die marktbeherrschende Anbieterin dazu zu verpflichten, nicht nur gleichwertige Online-Informationen anzubieten, sondern auch uneingeschränkten Zugriff auf ihre IT-System zu gewähren. Nachfolgend ist indes vorab Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV auszulegen, um zu prüfen, ob die Vorinstanz die einschlägige Bestimmung überhaupt richtig angewendet hat (vgl. TSCHANNEN, a.a.O., § 8 Rz. 17).

13.

13.1. Gemäss Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV bietet das Online-System der marktbeherrschenden Anbieterin der anderen Anbieterin insbesondere Informationen über die genutzten und die noch verfügbaren Kapazitäten, soweit diese bekannt sind.

Aufgrund des Wortlautes ist davon auszugehen, dass die marktbeherrschende Anbieterin ein bestimmtes, dem Gesetzeszweck entsprechendes Online-System zu führen hat, welches die Informationen gemäss Art. 63 Abs. 2 Bst. a bis Bst. c FDV der alternativen Anbieterin zugänglich macht. Dem Gesetzestext kann hingegen nicht entnommen werden, dass die marktbeherrschende Anbieterin Zugang zu genau denselben Systemen gewähren müsste, die ihr selber auch zur Verfügung stehen.

Der Wortlaut an sich bietet somit keine Grundlage für einen Systemzugriff im Sinn von Ziffer 4 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung.

13.2. Gemäss dem Erläuterungsbericht des Bundesrates vom 9. März 2007 über die Verordnung über Fernmeldedienste (S. 24; nachfolgend: Erläuterungsbericht FDV) werden in Art. 63 Abs. 2 FDV bestimmte Informationen betreffend den Zugang zu den Kabelkanalisationen präzisiert, welche das in Art. 53 Abs. 3 FDV allgemein vorgesehene

Online-System der marktbeherrschenden Anbieterin enthalten muss. Der Verordnungsgeber ist damit zwar durchaus davon ausgegangen, dass die marktbeherrschende Anbieterin ein Online-System zur Informationsgewährung führen muss. Diese Vorgabe bedeutet indessen noch nicht, dass die marktbeherrschende Anbieterin generell zu all denjenigen Systemen Zugang gewähren müsste, welchen sie selber Informationen bezüglich der Belegung von Kabelkanalisationen entnehmen kann. Vor dem Hintergrund, dass der Verordnungsgeber Art. 63 Abs. 2 FDV als Präzisierung von Art. 53 Abs. 3 FDV (erster Satzteil) versteht, in welchem die marktbeherrschende Anbieterin dazu verpflichtet wird, die "notwendigen Informationen […] online aktualisiert" zur Verfügung zu stellen, erscheint es naheliegender, die Nennung eines "Online-Systems" in Art. 63 Abs. 2 FDV als Formvorschrift zu verstehen. Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV bedeutet somit nur, aber immerhin, dass die marktbeherrschende Anbieterin Informationen über die genutzten und noch verfügbaren Kapazitäten den alternativen Anbieterinnen in "Online-Form" zur Verfügung stellen muss, soweit diese bekannt sind.

Damit bietet auch die historische Auslegung keine Grundlage für einen Systemzugriff im Sinn von Ziffer 4 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung.

13.3. In systematischer Hinsicht ist sodann zu beachten, dass Art. 63 Abs. 2 FDV als Präzisierung der in Art. 53 Abs. 3 FDV (erster Satzteil) allgemein vorgesehenen Pflicht der marktbeherrschenden Anbieterin, die für die einzelnen Zugangsformen und deren Kollokation notwendigen Informationen online aktualisiert zur Verfügung zu stellen (vgl. E. 13.2), eine Ausführungsbestimmung zum Grundsatz der Transparenz (Art. 11 Abs. 1 FMG) darstellt.

Transparenz im Sinn von Art. 11 Abs. 1 FMG bedeutet für die marktbeherrschende Anbieterin in erster Linie, dass sie den nachfragenden FDA die für die Inanspruchnahme und die Abwicklung des Zugangs erforderlichen Informationen technischer und kommerzieller Natur in verständlicher und nachvollziehbarer Weise zur Verfügung stellen muss (vgl. AMGWERD, a.a.O., Rz. 294; STAMPFLI, a.a.O., S. 84 f.). Transparenz wird demnach durch Informationsgewährung hergestellt. Der Grundsatz der Transparenz dient dem Verordnungsgeber folglich als gesetzliche Grundlage zur Statuierung von Informationspflichten. Dementsprechend sind auch die Ausführungsbestimmungen zur Transparenz – zu welchen auch Art. 63 FDV bzw. Art. 63 Abs.2 FDV

gehört – als Informationspflichten aufzufassen. Eine über eine Informationspflicht hinausgehende Verpflichtung wäre hingegen nicht mehr vom Grundsatz der Transparenz gedeckt.

Somit spricht auch die Systematik dagegen, dass die marktbeherrschende Anbieterin gestützt auf Art. 63 Abs. 2 FDV dazu verpflichtet werden könnte, über die Informationserteilung hinaus generell Zugriff auf all diejenigen IT-Systeme zu gewähren, welche Belegungsinformationen enthalten.

13.4. Aus teleologischer Sicht dienen die den Grundsatz der Transparenz ausführenden Informationspflichten der FDV nicht zuletzt dem gesetzgeberischen Ziel, durch die Regulierung einen diskriminierungsfreien Zugang zu den Einrichtungen und Diensten der marktbeherrschenden Anbieterin herzustellen (Art. 11 Abs. 1 FMG) und so einen wirksamen Wettbewerb zu ermöglichen (Art. 1 Abs. 2 Bst. c FMG). In diesem Sinn hat der Verordnungsgeber in Art. 52 Abs. 1 FDV festgehalten, dass die marktbeherrschende Anbieterin nicht nur den Zugang zu ihren Einrichtungen und Diensten, sondern auch zu den dazugehörigen Informationen auf nichtdiskriminierende Weise gewähren muss. Denn Transparenz verbessert den Wettbewerb, da die nachfragenden Anbieterinnen dadurch leichter zu den für ihre Unternehmensentscheidungen erforderlichen Informationen gelangen, was schliesslich auch Kosten spart (vgl. STAMPFLI, a.a.O., S. 84). Zudem können die nachfragenden Anbieterinnen viel eher feststellen, ob ihnen ein diskriminierungsfreier Zugang angeboten wird, wenn ihnen seitens der marktbeherrschenden Anbieterin transparente Informationen zur Verfügung gestellt werden (vgl. AMGWERD, a.a.O., Rz. 294).

Nun reicht es nach Auffassung des Verordnungsgebers offensichtlich nicht aus, dass die marktbeherrschende Anbieterin die für die einzelnen Zugangsformen und deren Kollokation notwendigen Informationen (Art. 53 Abs. 3 FDV) bzw. die vorliegend interessierenden Informationen zur Belegungskapazität der Kabelkanalisationen (Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV), den alternativen FDA irgendwie zur Verfügung stellt. Vielmehr muss dies online geschehen. Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV sichert den alternativen FDA somit eine bestimmte Art der Informationsgewährung, nämlich die Online-Form zu. Damit wird den nachfragenden Anbieterinnen einerseits eine gewisse Unabhängigkeit von der marktbeherrschenden Anbieterin zugestanden. Sie sollen nicht um die Informationen ersuchen müssen, sondern diese autonom einsehen können. Andererseits soll die

nachfragende Anbieterin aber auch gleich leicht, gleich schnell und gleich kostengünstig zu den Belegungsinformationen kommen wie die marktbeherrschende Anbieterin, indem sie diese online abrufen kann und nicht eine Antwort abwarten muss. Sinn und Zweck von Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV ist folglich, der nachfragenden Anbieterin gleichwertige Informationen betreffend die genutzten und noch verfügbaren Kapazitäten zur Verfügung zu stellen, wie sie der marktbeherrschenden Anbieterin selber zur Verfügung stehen.

Zur Gewährung eines diskriminierungsfreien Zugangs müssen die Belegungsinformationen somit gemäss Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV in Online-Form zur Verfügung gestellt werden. Daraus zu schliessen, dass die marktbeherrschende Anbieterin uneingeschränkten Zugang zu denselben Systemen bezüglich Belegung von Kabelkanalisationen gewähren muss, die ihr selber auch zur Verfügung stehen, erscheint indessen zu weitgehend (vgl. die diesbezügliche Begründung in der vorinstanzlichen Verfügung vom 1. Dezember 2009, S. 64 oben). Vielmehr erscheint der Sinn und Zweck von Art. 63 Abs. 2 FDV bereits dann erfüllt, wenn die entsprechenden Informationen mit irgend einer (von Swisscom frei wählbaren) Applikation online zur Verfügung gestellt werden, so wie sie es bis heute in Bezug auf den Kanalisationsverlauf und die Schachtstandorte mit der Online-Applikation Maponline tut.

13.5. Im Ergebnis sprechen sämtliche Auslegungsmethoden gegen einen Systemzugriff im Sinn von Ziffer 4 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung. Art. 63 Abs. 2 FDV schreibt nur, aber immerhin, vor, dass die marktbeherrschende Anbieterin den alternativen FDA die Informationen über die genutzten und die noch verfügbaren Kapazitäten in der Form "online" zur Verfügung stellen muss, soweit diese bekannt sind. Dabei genügt es, wenn die marktbeherrschende Anbieterin ein gleichwertiges – aber von ihr frei wählbares – Online-System zur Informationsgewährung anbietet, wie ihr selber zur Verfügung steht.

Soweit in Ziffer 4 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung ein Systemzugriff angeordnet wird, hat die Vorinstanz die einschlägige Bestimmung (Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV) demnach nicht richtig angewendet. Die angefochtene Verfügung ist diesbezüglich aufzuheben.

14.
Swisscom kritisiert nicht nur den in Ziffer 4 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung angeordneten Systemzugriff, sondern auch

ganz grundsätzlich die Anordnung, den alternativen FDA die gleichen Informationen bezüglich Belegung der Kabelkanalisationen online zugänglich machen zu müssen, die ihr selber auch zur Verfügung stehen. Sie stellt damit den Umfang der Informationspflicht und die Art und Weise (online) der Informationsgewährung gemäss Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV in Frage. Swisscom sieht in Ziffer 4 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung einen unzulässigen Eingriff in ihre Wirtschaftsfreiheit.

Nachfolgend ist auf die entsprechenden Rügen einzugehen, wobei im Ergebnis offen gelassen werden kann, ob sich Swisscom im vorliegenden Bereich auf die Wirtschaftsfreiheit berufen kann, da die angerufenen verwaltungsrechtlichen Prinzipien, insbesondere das Gesetzmässigkeits- und das Verhältnismässigkeitsprinzip ohnehin einzuhalten sind.

15.

15.1. Unter dem Titel der ungenügenden gesetzlichen Grundlage bringt Swisscom vor, als Tochtergesellschaft einer spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft stehe sie im Wettbewerb mit den anderen FDA und könne sich auf die Wirtschaftsfreiheit berufen, soweit sie nicht öffentliche Aufgaben wahrnehme. Dies sei vorliegend der Fall, da die Zugangsgewährung gestützt auf Art. 11 Abs. 1 FMG nicht in Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben erfolge. Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz handle es sich bei der in Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV statuierten Verpflichtung um einen schweren Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit, da Swisscom dadurch verpflichtet werde, Geschäftsgeheimnisse offenzulegen und nicht amortisierbare Investitionen zu tätigen. Eine solch wesentliche Verpflichtung müsse in einem formellen Gesetz verankert sein und könne nicht in einer vollziehenden Verordnung festgelegt werden. Dem Bundesrat würden im Bereich der Zugangsregulierung indessen nur Vollzugskompetenzen, nicht aber solche zum Erlass gesetzesvertretender Bestimmungen zukommen. Er dürfe mithin in diesem Bereich keine neuen Rechte und Pflichten schaffen, die im Gesetz nicht vorgesehen seien. Da Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV im FMG nicht vorgesehene Pflichten schaffe, gehe dieser über den Gesetzesvollzug hinaus und verletze damit das Gesetzmässigkeitsprinzip. Die Bestimmung sei aus diesen Gründen wegen Verletzung von Bundesrecht nicht anzuwenden.

15.2. Nach Auffassung der Vorinstanz ist es hingegen fraglich, ob sich Swisscom im Bereich der Netzzugangsregulierung überhaupt auf die

Wirtschaftsfreiheit berufen kann. Diese Frage könne jedoch offen bleiben, da die in Art. 63 Abs. 2 FDV genannte Pflicht ohnehin keinen schweren Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der ehemaligen Monopolistin darstelle und die verfassungsrechtlichen Anforderungen bezüglich Normstufe deshalb erfüllt seien.

Die Verpflichtung, den um Zugang nachfragenden Konkurrentinnen die notwendigen Informationen zur Verfügung zu stellen, sei nicht einfach Selbstzweck. Sie beruhe auf der Prämisse, dass sich wirksamer Wettbewerb nur einstellen könne, wenn die Konkurrentinnen in den massgeblichen Bereichen über die gleichen Informationsmöglichkeiten verfügten. Die in Art. 63 Abs. 2 FDV vorgesehenen Verpflichtungen der marktbeherrschenden Anbieterin beruhten direkt auf den in Art. 11 Abs. 1 FMG statuierten Grundsätzen der Transparenz und der Nichtdiskriminierung. Es handle sich dabei nicht um neue Pflichten, die ohne Zusammenhang zur formell-gesetzlichen Grundlage eingeführt worden seien, sondern um Konkretisierungen von dieser, welche überdies den Rechtsgleichheitsinteressen der nachfragenden Anbieterinnen dienten.

Unbestrittenermassen könne der Bundesrat im Bereich des Netzzugangs keine selbständigen Verordnungen erlassen. Da Art. 11 Abs. 3 FMG dem Bundesrat jedoch die Kompetenz zuspreche, auch gesetzesvertretende Bestimmungen zu erlassen, könne offen bleiben, ob es sich bei Art. 63 Abs. 2 FDV um eine gesetzesvertretende oder lediglich gesetzesvollziehende Verordnungsbestimmung handle. Zentral sei aus Sicht der Vorinstanz, dass Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV eine konsequente Umsetzung der für einen funktionierenden Wettbewerb notwendigen, in Art. 11 FMG genannten Bedingungen darstelle und durch diese Bestimmung weder das Transparenzgebot überstrapaziert werde noch Pflichten geregelt würden, welche vom FMG nicht gedeckt seien.

15.3. Auch Sunrise vertritt die Auffassung, Swisscom könne sich bei der Gewährung des Zugangs zur historischen Netzinfrastruktur nicht auf die Wirtschaftsfreiheit berufen. Gute Gründe würden für die Annahme sprechen, dass es sich bei der Gewährung des Zugangs zu während Monopolzeiten entstandenen Netzen um eine staatliche Aufgabe handle, welche nicht von der Wirtschaftsfreiheit geschützt werde. Die Frage könne aber insofern offen bleiben, als das Gesetzmässigkeitsprinzip unabhängig von Grundrechten Geltung beanspruche.

Wie die Vorinstanz sieht Sunrise Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV zudem nicht als schweren Eingriff in die Rechtsstellung der Normadressatin. Die Vorinstanz habe in ihrer Verfügung zu Recht festgehalten, dass die aus der Rechtspflicht resultierenden Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung grundsätzlich der Nachfrageseite belastet werden könnten.

Ohnehin sei aber in Art. 11 Abs. 3 FMG entgegen der Auffassung von Swisscom eine Delegationsnorm zu sehen. Da die Vollzugskompetenzen des Bundesrates bereits in Art. 62 Abs. 1 FMG begründet seien, würde die Bestimmung in Art. 11 Abs. 3 FMG ansonsten keinen Sinn ergeben. Allein die Tatsache, dass der Netzzugang – einer der tragenden Pfeiler der Fernmeldeordnung – in materieller Hinsicht in einem einzigen Gesetzesartikel (Art. 11 FMG) abgehandelt werde, impliziere eine Gesetzesdelegation im Sinne der in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Delegationsgrundsätze.

15.4. Nach dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit bedarf jedes staatliche Handeln einer gesetzlichen Grundlage (Art. 5 Abs. 1 BV). Inhaltlich gebietet das Gesetzmässigkeitsprinzip, dass staatliches Handeln insbesondere auf einem Rechtssatz (generell-abstrakter Struktur) von ausreichender demokratischer Legitimation (Normstufe) und genügender Bestimmtheit (Normdichte) zu beruhen hat (vgl. PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 19 Rz. 2; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 381, 386, 396).

Das Erfordernis der genügenden Normstufe erfüllt neben der rechtsstaatlichen regelmässig auch eine demokratische Funktion. Alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen sind in der Form eines Gesetzes und damit vom Parlament und – je nach Verfassung – unter Mitwirkung des Volkes zu erlassen (vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/ MÜLLER, a.a.O., § 19 Rz. 4; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 394; für den Bund Art. 164 Abs. 1 und Art. 141 Abs. 1 Bst. a BV). Der Gesetzesvorbehalt wirkt – zusammen mit dem als verfassungsmässiges Recht anerkannten Prinzip der Gewaltentrennung (BGE 126 I 180 E. 2a/aa) – vorab als Delegationsschranke (vgl. PIERRE TSCHANNEN, in Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/ Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender [Hrsg.], Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2008, hiernach: TSCHANNEN BV, N. 5 ad Art. 164). Diese Schranke findet ihren Ausdruck in den Delegationsgrundsätzen,

wonach die Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen an die Exekutive nur zulässig ist, wenn sie von der Verfassung nicht ausgeschlossen wurde, sich auf eine bestimmte, genau umschriebene Materie beschränkt, in einem Gesetz im formellen Sinn enthalten ist und dieses die Grundzüge der delegierten Materie, d.h. die wichtigen Regelungen, selbst umschreibt (anstatt vieler BGE 128 I 113 E. 3c; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-5550/2008 vom 21. Oktober 2009 E. 2.1; TSCHANNEN BV, a.a.O., N. 35 ad Art. 164; MICHAEL BEUSCH, Der Gesetzesbegriff der neuen Bundesverfassung [Art. 164 BV], in Thomas Gächter/Martin Bertschi [Hrsg.], Neue Akzente in der nachgeführten Bundesverfassung, Zürich 2000, S. 241 ff.).

15.5. Werden Rechtssetzungsbefugnisse an die Exekutive delegiert, erlässt diese die rechtsetzenden Bestimmungen in Form von (Regierungs-)Verordnungen. Diese gehen gewöhnlich von der Regierung als Verwaltungsspitze aus, im Bund also vom Bundesrat (Art. 182 Abs. 1 BV; vgl. TSCHANNEN, a.a.O., § 46 Rz. 1 f.).

Nach dem Kriterium der Rechtsgrundlage kann unterschieden werden zwischen selbständigen und unselbständigen Verordnungen. Selbständige Verordnungen ergehen unmittelbar gestützt auf die Verfassung, d.h. die sonst übliche Zwischenstufe des formellen Gesetzes entfällt. Unselbständige Verordnungen stützen sich auf das Gesetz, dem sie zugeordnet sind. Sie sind vom Bestand des jeweiligen Gesetzes abhängig und fallen dahin, wenn und soweit das Gesetz dahinfällt. Verordnungen sind in aller Regel unselbständiger Natur. Man unterscheidet dabei Vollziehungsverordnungen und gesetzesvertretende Verordnungen. Hier kommt es auf das Verhältnis der Verordnung zum Gesetz an. Ist die Verordnungsregelung in der Sache durch das Gesetz vorausbestimmt, so spricht man von Vollziehungsverordnung. Enthält sie im Gegenteil Elemente, die im Gesetz nicht angelegt sind, so liegt eine gesetzesvertretende Verordnung vor. Gesetzesvertretende Verordnungen darf der Bundesrat nur gestützt auf eine besondere Ermächtigung des Gesetzgebers beschliessen. Über die Kompetenz zum Erlass von Vollziehungsverordnungen verfügt er dagegen schon kraft Art. 182 Abs. 2 BV (vgl. TSCHANNEN, a.a.O., § 46 Rz. 10 ff.).

Die Vollziehungsverordnung führt die durch das Gesetz bereits begründeten Rechte und Pflichten weiter aus und entfaltet das Gesetz. Da blosses Abschreiben des Gesetzes nicht sinnvoll wäre, enthalten auch Vollziehungsverordnungen ein gewisses Mass an Normen, die in

dieser Weise nicht im Gesetz stehen. Dies schadet nicht, soweit dadurch keine grundsätzlich neuen Rechte und Pflichten eingeführt werden (vgl. TSCHANNEN, a.a.O., § 46 Rz. 18 ff.). Die gesetzesvertretende Verordnung dagegen ergänzt die gesetzliche Regelung und übernimmt damit bereichsweise Gesetzesfunktion. Trotz dieser Funktion zählt die gesetzesvertretende Verordnung zu den unselbständigen Verordnungen, denn auch sie bleibt – nicht anders als die Vollziehungsverordnung – vom Bestand des übergeordneten Gesetzes abhängig. Gesetzesvertretende Verordnungen kommen insbesondere vor, wenn der Gesetzgeber eine bestimmte Frage bewusst nicht geregelt hat und die Vervollständigung des Gesetzes der Exekutive überlässt. Sodann sind gesetzesvertretende Verordnungen anzutreffen, wo der Gesetzgeber zwar eine vollständige Regelung erlassen hat, der Exekutive aber die Möglichkeit einräumen will, Teile dieser Regelung unter Umständen zu durchbrechen. Die Kompetenz zum Erlass von gesetzesvertretenden Verordnungen setzt in jedem Fall eine entsprechende Delegationsnorm im Gesetz voraus (Art. 164 Abs. 2 BV; vgl. TSCHANNEN, a.a.O., § 46 Rz. 22 ff.).

15.6. Swisscom kritisiert im Wesentlichen, Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV gehe in unzulässiger Weise über den Gesetzesvollzug hinaus, da diese Bestimmung sie dazu verpflichte, Geschäftsgeheimnisse offenzulegen und nicht amortisierbare Investitionen zu tätigen.

Wie sich nachfolgend zeigen wird, ist Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit so auszulegen bzw. anzuwenden, dass Swisscom weder in unrechtmässiger Weise Geschäftsgeheimnisse offenbaren noch nicht amortisierbare Investitionen tätigen muss (vgl. E. 19). Damit relativiert sich die Kritik von Swisscom an der gesetzlichen Grundlage wesentlich. Zu prüfen ist alleine, ob eine genügende formell-gesetzliche Grundlage besteht, die marktbeherrschende Anbieterin dazu zu verpflichten, den alternativen FDA Informationen im Sinn von Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV zur Verfügung zu stellen, und ob sie zudem dazu verpflichtet werden kann, diese Informationen in einer bestimmten Form – nämlich online – zur Verfügung zu stellen.

15.7. Wie bereits festgestellt, wird Transparenz durch Informationsgewährung hergestellt. Folglich kann der Bundesrat gestützt auf den Grundsatz der Transparenz (Art. 11 Abs. 1 FMG) Informationspflichten erlassen (vgl. E. 13.3). Swisscom bestreitet denn im Grundsatz auch nicht, dass der Bundesrat befugt ist, die

marktbeherrschende Anbieterin in Art. 52 Abs. 1 FDV dazu zu verpflichten, anderen Anbieterinnen nicht nur den Zugang zu ihren Einrichtungen und Diensten auf nichtdiskriminierende Weise zu gewähren, sondern auch den Zugang zu den dazugehörigen Informationen.

Dass sodann Informationen über die genutzten und die noch verfügbaren Kapazitäten solche über den Zugang zu den Kabelkanalisationen darstellen, ergibt sich offensichtlich aus dem Wortlaut von Art. 11 Abs. 1 Bst. f FMG, wonach der Zugang zu den Kabelkanalisationen nur zu gewähren ist, sofern diese über eine ausreichende Kapazität verfügen. Damit führt die in Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV festgeschriebene Informationspflicht im Gesetz bereits begründete Rechte und Pflichten weiter aus und entfaltet diese. Für Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV besteht somit mit Art. 11 Abs. 1 FMG auch eine genügende gesetzliche Grundlage, und es handelt sich um eine reine Vollzugsbestimmung, soweit es die Informationspflicht an sich betrifft. Zu prüfen bleibt, ob dies auch für die Pflicht, ein Online-System zu führen, zutrifft.

15.8. Swisscom ist der Auffassung, die Pflicht ein Online-System zu führen bzw. ein Online-Tool mit den Informationen gemäss Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV zur Verfügung zu stellen, begründe neue, im Gesetz nicht vorgesehene Pflichten. Die Vorinstanz hält dem an sich zu Recht entgegen, dass der Grundsatz der Nichtdiskriminierung (Art. 11 Abs. 1 FMG) diese Grundlage biete, da dieser Swisscom dazu verpflichte, die notwendigen Informationen auf nichtdiskriminierende Weise – also gleich leicht, gleich schnell und gleich kostengünstig wie sie der marktbeherrschenden Anbieterin selber zu Verfügung stehen (vgl. E. 13.4) – zur Verfügung zu stellen. Da Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV für gleiche Informationsmöglichkeiten auf beiden Seiten sorge, trage dieser der Rechtsgleichheit und damit direkt den in Art. 11 Abs. 1 FMG geregelten Grundsätzen der Transparenz und Nichtdiskriminierung Rechnung.

15.9. Die Delegation an den Bundesrat in Art. 11 Abs. 1 FMG ist relativ weit gefasst: Selbst der Verordnungsgeber hat lediglich die Grundsätze und nicht die Detailregelung der Zugangsformen festzulegen (vgl. den "Commcare-Entscheid", Urteil des Bundesgerichts 2A.503/2000 vom 3. Oktober 2001 E. 7a), was an sich für ein eher weites Verständnis des Interkonnektions- bzw. Zugangsbegriffs spricht. Diese Delegation ist indessen an ihren Auswirkungen zu messen (vgl. BGE 131 II 13 E. 6.5.2).

Die Pflicht, ein Online-System zu führen bzw. den alternativen FDA gewisse Informationen online zur Verfügung zu stellen, kann wesentliche Kostenfolgen haben. Selbst wenn die betreffenden Informationen der marktbeherrschenden Anbieterin selber bereits in einem IT-System zur Verfügung stehen. Die Ausführungen von Swisscom haben diesen Umstand glaubhaft dargelegt. Dass Informationspflichten gewisse Kosten – insbesondere Verwaltungsaufwand – für den Informationspflichtigen nach sich ziehen, ist Informationspflichten allgemein inhärent und wird wohl in anderen Bereichen regelmässig keine besonderen Probleme verursachen, da Verwaltungskosten in der Regel auf den Informationsnachfragenden abgewälzt werden können. Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV verpflichtet die marktbeherrschende Anbieterin nun aber nicht bloss zur Einsichtsgewährung und allenfalls Zustellung der betreffenden Informationen, sondern zur Führung eines Online-Systems eigens für diese Informationsgewährung. Dies zwingt die marktbeherrschende Anbieterin dazu, die betreffenden Informationen aufzubereiten, allenfalls von anderen, nicht der Offenlegungspflicht unterliegenden zu trennen und eine entsprechende Informatikumgebung einzurichten und zu unterhalten. Damit definiert der Verordnungsgeber mit dem Online-System ein zur reinen Informationspflicht zusätzliches und ergänzenden Element, welches im Gesetz nicht vorgesehen ist. Es ist folglich zu prüfen, ob dem Bundesrat im vorliegend interessierenden Bereich die Befugnis zukommt, das Gesetz vertretende bzw. ergänzende Verordnungsbestimmungen zu erlassen oder ob dieser Entscheid nicht vom Gesetzgeber selber hätte getroffen werden müssen.

15.10. Wie bereits erwähnt, ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Delegation an den Bundesrat in Art. 11 Abs. 1 FMG relativ weit gefasst. Es sei zwar dem Gesetzgeber vorbehalten, die Bereiche festzulegen, in welchen überhaupt eine Zugangspflicht der marktbeherrschenden Anbieterin besteht (Art. 11 Abs. 1 Bst. a bis f FMG). Für die Umsetzung einer vom Gesetzgeber einmal festgelegten Zugangspflicht sei aber eine Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen an den Verordnungsgeber als zulässig zu erachten (vgl. BGE 131 II 13 E. 6.5.2). Dies bringt der Gesetzgeber in der heutigen Fassung des FMG in Art. 11 Abs. 3 FMG zum Ausdruck, indem er dem Bundesrat die Regelung der Einzelheiten überlässt.

Da gestützt auf Art. 11 Abs. 1 Bst. f FMG der Zugang zu den Kabelkanalisationen zweifellos der Zugangspflicht untersteht, ist vorliegend im Sinn der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und gestützt

auf die ausdrückliche gesetzliche Delegationsnorm in Art. 11 Abs. 3 FMG davon auszugehen, dass der Verordnungsgeber nicht nur über Vollzugs-, sondern auch über Rechtsetzungsbefugnisse verfügt und damit auch gesetzesvertretende Verordnungsbestimmungen erlassen darf. Dabei sind die Ausführungsbestimmungen in der FDV aber nach wie vor unselbständige Verordnungsbestimmungen, d.h. vom Bestand des Gesetzes abhängig, und dürfen dieses nur vervollständigen und ergänzen, diesem aber nicht widersprechen.

15.11. Wie bereits ausgeführt, stellt Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV eine Konkretisierung der Grundsätze der Transparenz und der Nichtdiskriminierung dar (vgl. E. 13). Die Pflicht, ein Online-System zu führen, vervollständigt diese beiden Grundsätze. Es wird nämlich festgelegt, dass nur ein Online-System den alternativen FDA die Möglichkeit bietet, gleichberechtigt mit der marktbeherrschenden Anbieterin und damit in nichtdiskriminierender Weise an die für den Zugang notwendigen Informationen zu kommen. Ein Widerspruch zum Gesetz ist dabei nicht ersichtlich.

Damit beruht Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage.

16.

16.1. Swisscom bringt weiter vor, Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV könne nicht im öffentlichen Interesse liegen, da die darin festgeschriebene Verpflichtung nicht umsetzbar sei und den alternativen FDA nicht den erhofften Nutzen stifte. Es sei zudem nie in einem demokratisch abgestützten Willensbildungsprozess ein Entscheid zugunsten eines Online-Tools gefällt worden. Abgesehen von der vorgebrachten Kritik, stellt aber auch Swisscom nicht in Frage, dass ein Online-Tool im Sinn von Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV an sich geeignet ist, die Transparenz der Informationen zu verbessern und damit den Wettbewerb zu erhöhen.

16.2. Die Vorinstanz verweist diesbezüglich weitgehend auf ihre bisherigen Ausführungen. Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV diene der diskriminierungsfreien Zugangsgewährung. Das mit dieser Bestimmung verfolgte öffentliche Interesse sei folglich augenscheinlich. Gemäss Sunrise ergibt sich das öffentliche Interesse aus dem in Art. 1 Abs. 2 Bst. c FMG verankerten Gesetzeszweck.

16.3. Die öffentlichen Interessen lassen sich hauptsächlich aus der Verfassung, den Ziel- und Zweckartikeln in Sachgesetzen und in seltenen Fällen aus Verordnungen gewinnen (vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/ MÜLLER, a.a.O., § 20 Rz. 5 f.). Vorliegend interessierender Ziel- und Zweckartikel ist Art.1 Abs. 2 Bst. c FMG, wonach das FMG bezweckt, einen wirksamen Wettbewerb beim Erbringen von Fernmeldediensten zu ermöglichen. Diesem Ziel dienen unbestrittenermassen die Grundsätze der Transparenz und Nichtdiskriminierung von Art. 11 Abs. 1 FMG. Wie gesehen verfolgt Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV genau diese Ziele und liegt damit im öffentlichen Interesse.

16.4. Ziel und Zweck der Zugangsregulierung besteht darin, Chancengleichheit zwischen der marktbeherrschenden und den alternativen FDA herzustellen (vgl. E. 6.1). Dazu bedarf es gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG eines transparenten, nichtdiskriminierenden Zugangs. Dass ein funktionierendes Online-Tool im Sinn von Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV grundsätzlich dazu geeignet ist, die Transparenz zu erhöhen und damit die Diskriminierung zu reduzieren, stellt auch Swisscom im Grundsatz nicht in Frage. Es ist denn auch davon auszugehen, dass grundsätzlich alle Massnahmen, welche darauf gerichtet sind, den alternativen FDA zu gleichwertigen Informationen zu verhelfen, über welche auch die marktbeherrschende Anbieterin verfügt, im öffentlichen Interesse liegen.

Soweit Swisscom vorbringt, Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV könne nicht im öffentlichen Interesse liegen, da die darin festgeschriebene Verpflichtung nicht umsetzbar sei und den alternativen FDA nicht den erhofften Nutzen bringe, verwechselt sie die Frage des öffentlichen Interesses mit derjenigen der Verhältnismässigkeit. Die von Swisscom dargelegten praktischen Hindernisse erscheinen nämlich keineswegs derart unüberwindbar, dass ein Online-Tool grundsätzlich sinn- und zwecklos erschiene. Das Online-Tool bleibt eine Massnahme, die grundsätzlich die im öffentlichen Interesse liegenden Ziele verfolgt. Den Einwänden von Swisscom ist daher ausschliesslich im Rahmen der Verhältnismässigkeit angemessen Rechnung zu tragen.

16.5. Damit liegt Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV im öffentlichen Interesse und wäre auch diese Eingriffsvoraussetzung erfüllt, ginge man von einem Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit von Swisscom aus (vgl. E. 14).

17.
Swisscom stellt schliesslich die Verhältnismässigkeit von Art. 63 Abs. 2 Bst. b FMG in Frage bzw. macht zur Hauptsache geltend, die darauf gestützte Anordnung der Vorinstanz in Ziffer 4 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung verstosse gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Die Gründe dafür sieht Swisscom insbesondere in einer mangelhaften Sachverhaltsabklärung und der Verletzung des rechtlichen Gehörs.

Die Frage nach der Verhältnismässigkeit der vorinstanzlichen Anordnung überschneidet sich mit derjenigen nach dem Gehalt von Art. 63 Abs. 2 Bst. b FMG, mithin der Auslegung desselben.

17.1. Swisscom wirft der Vorinstanz vor, diese kenne den Informationsgehalt von PTA, dessen Funktionsweise, das Zusammenspiel der verschiedenen Datenebenen sowie der relevanten Prozesse und weitere, für einen Zugriff Dritter auf das System relevanten Gegebenheiten nicht. Sie habe dazu keine spezifischen Instruktionsmassnahmen getroffen und Swisscom entsprechend nicht angehört. Dies ergebe sich schon aus der Verfügung, welche sich in dieser Sache auf keine Aktenstücke zu stützen vermöge. Die Kenntnisse der Vorinstanz beschränkten sich auf die Informationen, welche diese von Swisscom anlässlich des Instruktionstreffens vom 8. Juli 2009 im Zusammenhang mit der Frage "Beispiele von Schemaplänen" mehr oder weniger zufällig erhalten habe. Gestützt auf diese Auskünfte habe die Vorinstanz ohne weitere Abklärungen und aufgrund unzutreffender Vorstellungen verfügt.

Die Vorinstanz habe unter anderem nicht abgeklärt, auf welche Daten die anderen FDA zugreifen könnten, wenn diese uneingeschränkten Zugang zu den gleichen Informationen (und denselben Systemen) bezüglich Belegung von Kabelkanalisationen erhalten würden wie Swisscom. Insbesondere sei die Feststellung der Vorinstanz, die Schemapläne (und folglich auch die daraus in PTA übertragenen Informationen) enthielten keine Geschäftsgeheimnisse aktenwidrig und falsch. Auf die Angaben von Swisscom anlässlich des Instruktionstreffens vom 8. Juli 2009 liesse sich diese Feststellung jedenfalls nicht abstützen, sei der Gehalt der Schemapläne bei dieser Gelegenheit doch ausdrücklich nur beispielhaft umschrieben worden. Vielmehr würde sich aus der Eingabe von Swisscom vom 10. Juli 2009 zum Fragebogen des BAKOM vom 10. Juni 2009 und den eingereichten Beilagen ergeben, dass die Schemapläne

sehr wohl Angaben zu den Eigentumsverhältnissen und zur Art der Kabel und Leitungen umfassten.

17.2. Swisscom streitet zwar nicht ab, grundsätzlich über Informationen zu den genutzten und den noch verfügbaren Kapazitäten zu verfügen bzw. diese erhältlich machen zu können. Diese hätten sich früher aus den sog. Schemaplänen ergeben und könnten heute dem IT-System PTA entnommen werden. Das Problem bestehe aber darin, dass die in PTA enthaltenen Angaben zur Raumnutzung nicht zum Nennwert genommen werden könnten, d.h. eine zuverlässige Beurteilung der genutzten und noch verfügbaren Kapazitäten sei gestützt auf diese Angaben nicht möglich. Eine zuverlässige Beurteilung der freien Kapazitäten bedürfe vielmehr einer Vielzahl belegungsrelevanter Daten, die zwar teilweise in PTA enthalten seien, teilweise aber auch Geschäftsgeheimnisse von Swisscom und Dritten darstellen oder enthalten würden. Einem unbeschränkten Zugriff auf PTA bzw. auf die Daten von PTA stünden diese berechtigten Geheimhaltungsinteressen entgegen. Die Entwicklung eines Online-Tools wiederum, welches den alternativen FDA einen beschränkten, die verschiedenen Geheimhaltungsinteressen wahrenden Einblick in die belegungsrelevanten Daten von PTA ermöglichen würde (sog. mandantenfähige Ausgestaltung), sei gemäss Angaben des Herstellers technisch unmöglich bzw. zu komplex und würde nicht amortisierbare Kosten verursachen, die in keinem Verhältnis zum Nutzen einer solchen Lösung stünden. Schliesslich wäre immerhin ein "einfaches Alternativangebot" technisch und wirtschaftlich machbar. Bei diesem würde ein Online-Tool realisiert, mit welchem Sunrise gestützt auf WMS (Web Map Service) und der Funktionalität "GetFeatureInfo" die Kapazitäten abfragen könnte, die durch die im Ist-Bestand von PTA figurierenden Kabel genutzt würden.

Swisscom betont aber, dass die Angaben zur Raumausnutzung (benutzte Kapazität in Prozent), welche Sunrise über PTA an sich in geeigneter Form zur Verfügung gestellt werden könnten, da diese kein Geschäftsgeheimnis darstellten, für Sunrise nicht verwendbar seien. Dies liege daran, dass die für weitere Kabelzüge nicht nutzbaren Leerräume zwischen den Kabeln in dieser Angabe nicht berücksichtigt seien. Sodann seien die Angaben in Mehrrohranlagen überwiegend falsch, weil die Kabel-Rohr-Zuweisung regelmässig nicht den tatsächlichen Verhältnissen entspreche. Weiter könne die Summe der projektierten Kabel in der Angabe zur Raumausnutzung nicht abgebildet werden. Schliesslich lasse sich aus einer Angabe "Raumnutzung = 60 %" nicht direkt ableiten, ob ein

Kabel einer bestimmten Dimension im Kanal oder Rohr noch Platz habe (das Kabel könne mehr Raum beanspruchen als zwischen den bestehenden und geplanten Kabeln und der Rohrwand vorhanden sei). Die Angaben zur Raumnutzung hätten für Sunrise aus diesen Gründen keinen praktischen Nutzen. Sie seien ohne zusätzliche (Geschäftsgeheimnis darstellende) Angaben nicht interpretierbar.

Hinzu komme, dass die ebenfalls zur Beurteilung der verfügbaren Kapazitäten zu berücksichtigenden Reserveregelungen von Sunrise kaum angewendet werden könnten. Die (nur in Papierform existierenden) Reserveregelungen seien in PTA nicht implementiert. Ihre Anwendung setze zudem voraus, dass die Lage der Kabel zutreffend interpretiert, die Leerräume zwischen den bestehenden und projektierten Kabeln realistisch veranschlagt und die Kabel-Rohr-Zuweisung berücksichtigt werden. All dies setze den Zugriff auf Daten voraus, die Geschäftsgeheimnisse von Swisscom und Dritten darstellten.

Nicht zuletzt bedürfe eine zuverlässige Beurteilung der freien Kapazitäten Erfahrungs- und Fachwissen, über welches nur Swisscom-Mitarbeitende mit langjähriger Erfahrung verfügten. Aus all diesen Gründen sei das Zur-Verfügung-Stellen eines Online-Tools im Sinn von Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV für Sunrise nutzlos.

17.3. In der Vernehmlassung entgegnet die Vorinstanz den Vorwürfen von Swisscom im Wesentlichen damit, die Verpflichtung, ein Online-Tool im Sinne von Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV zu führen, bestehe seit dem 1. April 2007 und damit seit über drei Jahren. Obwohl Swisscom bereits im Jahr 2004 das System PTA an die Hand genommen habe, habe sie diese Verpflichtung nicht beachtet respektive aufgrund einer fehlerhaften Auffassung über die Gesetzmässigkeit dieser Bestimmung ausgesetzt und im Verfahren vor der Vorinstanz die Existenz von PTA verschwiegen. Wenn Swisscom diese Verpflichtung bei der Entwicklung und Umsetzung eines neuen GIS-basierten Systems vollständig ausser Acht lasse, so könne dieses bewusste Versäumnis den alternativen FDA nicht zum Nachteil gereichen. Des Weiteren treffe es zu, dass die Vorinstanz erst anlässlich des Instruktionstreffens vom 8. Juli 2009 mehr oder weniger zufällig Informationen über das System PTA erhalten habe. Vor dem Hintergrund, dass Swisscom vorliegend eine verstärkte Mitwirkungspflicht habe, erscheine es unverständlich, dass sie der Vorinstanz den Vorwurf mache, ihr sei bezüglich einer Verpflichtung zur Zugangsgewährung zu PTA das rechtliche Gehör nicht gewährt worden.

In der angefochtenen Verfügung führt die Vorinstanz zu ihrer Anordnung in Ziffer 4 des Dispositivs aus, es sei nicht ersichtlich, warum Swisscom gestützt auf Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV nicht dazu verpflichtet werden könne, in einem Online-System über bestehende Kapazitäten zu informieren respektive zumindest den nachfragenden Anbieterinnen online diejenigen Informationen zugänglich zu machen, die Swisscom selber zur Verfügung stünden. Anlässlich des Instruktionstreffens vom 8. Juli 2009 habe Swisscom vorgeführt, wie sie anhand ihrer Schemapläne die Kapazitäten der Kabelkanalisationen überprüfe. Die Belegungspläne würden bei Swisscom von einem System namens "Map-LN" verwaltet, welches auch die topographischen Pläne beinhalte. Auf Letztere könne mittels des Web-Interfaces "Maponline" öffentlich zugegriffen werden. Es habe sich ergeben, dass die Schemapläne lediglich die Kapazitäten in den einzelnen Kabelkanalisationen und die Kanaltypen aufzeigten, jedoch weder die Art der Leitungen noch die Eigentums- oder Besitzverhältnisse in ihnen abgebildet seien. Die Vorbringen von Swisscom hinsichtlich allfälliger Geheimhaltungsinteressen seien vor diesem Hintergrund nicht zu hören. Swisscom habe des Weiteren zu Protokoll gegeben, dass sie ein neues System (PTA) in Auftrag gegeben habe, welches "Map-LN" ablöse und die Verfügbarkeit von Informationen zu ihrer Infrastruktur verbessern werde. In dieses würden sowohl die topographischen wie auch die Belegungspläne integriert sein. PTA werde gebietsweise aufgebaut. Neue Kabelkanalisationen würden in PTA abgebildet, wenn sie sich in einem Gebiet befänden, welches bereits von PTA abgedeckt sei. Swisscom rechne damit, dass das neue System Mitte 2010 fertig gestellt sein werde. Es könne somit davon ausgegangen werden, dass Swisscom im Jahr 2010 über ein neues Informationssystem bezüglich ihrer Kabelkanalisationen verfüge, aus welchem die von Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV geforderten Informationen weitgehend hervorgingen. Dieses System diene Swisscom zur Gewinnung der Informationen über freie Kapazitäten in den Kabelkanalisationen und es sei nicht ersichtlich, warum Swisscom dieses System im Rahmen eines gesetzlich statuierten, diskriminierungsfreien Netzzugangs den nachfragenden alternativen FDA nicht zur Verfügung stellen müsse. Dieses System könne den Konkurrentinnen von Swisscom zur Abfrage vorhandener Kapazitäten dienen respektive sie dazu befähigen, selbst Machbarkeitsabklärungen durchzuführen.

In der Einschätzung, dass PTA ein System ist, welches die verfügbaren Kapazitäten in den Kabelkanalisationen darstellen kann, sieht sich die

Vorinstanz sodann in ihrer Vernehmlassung, insbesondere auch durch die von Swisscom in deren Beschwerde gemachten Beschreibung von PTA, bestätigt, wonach PTA "eine auf einem geographischen Informationssystem (GIS) basierende Lösung für die Projektierung von Netzbauvorhaben sowie das Design der Netzinfrastruktur [sei], die das gesamte technische Netzinventar aller physischen Assets und ihrer geographischen Lage führe". Aus PTA liessen sich etwa "sämtliche Kabel einer FDA und das Datum ihres Baus anzeigen" und in PTA könnten "die verbauten und noch verfügbaren Kapazitäten bildlich" dargestellt werden.

Zur zeitlichen Verhältnismässigkeit der angeordneten Massnahme bemerkt die Vorinstanz schliesslich, dass sie für deren Umsetzung eine genügend lange Frist gesetzt habe, welche es Swisscom erlaube, ein gesetzeskonformes und die erwähnten Geheimhaltungsinteressen wahrendes Online-Tool zu schaffen.

17.4. Für Sunrise ist der diskriminierungsfreie, d.h. uneingeschränkte Zugang zu den gleichen Informationen betreffend die genutzten und noch freien Kapazitäten in den Kabelkanalisationen wesentlich. Diskriminierungsfrei bedeute auf gleiche Weise, wie sie Swisscom selbst zur Verfügung stünden. Wenn Swisscom resp. die entsprechenden Unternehmenseinheiten die massgeblichen Informationen mit geringem Aufwand einem Geographischen Informationssystem (GIS) entnehmen würden, so solle dies auch der Konkurrenz möglich sein. Dazu sei aber je nach Umfang und Art des Online-Tools nicht in jedem Fall ein Vollzugriff auf das System nötig. Längst nicht alle Informationen, welche in einem Netzplanungssystem theoretisch abgebildet werden könnten, dürften für den diskriminierungsfreien Netzzugang relevant sein. Zweifelsohne sei auch die Errichtung eines FDA-Accounts realisierbar, bei welchem zur Wahrung allfälliger Geheimhaltungs- und anderer Sicherheitsinteressen – soweit erforderlich – Schreib- und Leserechte beschränkt würden. Natürlich könne Swisscom nicht argumentieren, die Informationen über Kapazitäten als solche seien geheim, da der Verordnungsgeber dies bereits zu Gunsten der nachsuchenden FDA verneint habe.

17.5. Wie bereits erwähnt, ist die Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit vorliegend sowohl eine Frage der richtigen Anwendung als auch der Auslegung. Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV ist dementsprechend nachfolgend auszulegen und die vorinstanzliche Anordnung in Ziffer 4 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung damit auf ihre Verhältnismässigkeit zu prüfen.

Gemäss Art. 5 Abs. 2 BV muss alles staatliche Handeln verhältnismässig sein. Der Grundsatz fordert, dass die Verwaltungsmassnahmen zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels geeignet und notwendig sind. Ausserdem muss der angestrebte Zweck in einem vernünftigen Verhältnis zu den Belastungen stehen, die den Privaten auferlegt werden (Zumutbarkeit). Es ist deshalb eine wertende Abwägung vorzunehmen, welche im konkreten Fall das öffentliche Interesse an der Massnahme und die durch ihre Wirkungen beeinträchtigten privaten Interessen der Betroffenen miteinander vergleicht (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 581 und Rz. 614).

17.6. Nach dem Wortlaut von Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV bietet das Online-System der marktbeherrschenden Anbieterin den anderen FDA insbesondere "Informationen über die genutzten und die noch verfügbaren Kapazitäten", soweit diese bekannt sind. Diese Formulierung ist relativ offen und spezifiziert nicht, ob der Verordnungsgeber die marktbeherrschende Anbieterin dazu verpflichten wollte, den alternativen FDA pauschal alle belegungsrelevanten Daten zur Verfügung zu stellen (im Sinn von Ziffer 4 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung) oder allenfalls einzelne Belegungsangaben (z.B. die Angabe zur Raumnutzung in Prozent, die aus PTA ersichtlich ist) vor Augen hatte. Wie sich nachfolgend zeigen wird, ist jedoch gerade diese Frage im Lichte der Verhältnismässigkeit wesentlich.

Immerhin weist bereits der Wortlaut mit der Beschränkung "soweit bekannt" darauf hin, dass die Informationspflicht nicht absolut gilt, sondern geprüft werden muss, welche Informationen die marktbeherrschende Anbieterin überhaupt zur Verfügung stellen kann bzw. über welche sie überhaupt (online) verfügt.

17.7. Den Materialien ist sodann zu entnehmen, dass Swisscom in ihrer Stellungnahme an den Bundesrat zur FDV bereits darauf hingewiesen hat, dass aus ihrer Sicht nicht sämtliche Informationen im Zusammenhang mit dem Zugang zu ihren Einrichtungen und Diensten online zur Verfügung gestellt werden könnten.

Swisscom argumentierte damals: Zahlreiche, für ein umfassendes Online-System erforderliche Informationen würden nicht in elektronischer Form erfasst, sondern müssten zuerst im Rahmen eines mehrjährigen Projektes mit grossem personellem und finanziellem Aufwand erhoben werden. Dies würde insbesondere für Angaben betreffend „genutzte und

noch verfügbare Kapazitäten“ zutreffen (Art. 60 Abs. 2 Bst. b des FDV-Entwurfes). Swisscom stelle zwar als landesweite Festnetzbetreiberin Personen, die ein Interesse nachweisen könnten (z.B. bauwillige Grundeigentümer, Architekten oder Tiefbauunternehmungen), über die Applikation „Maponline“ ein Informations- und Abfragetool betreffend den Verlauf ihrer Leitungen (inkl. Einstiegsschächte) zur Verfügung. Hingegen seien die Informationen betreffend verfügbare bzw. freie Kapazitäten in den Rohranlagen nicht systematisch und auch nicht in elektronischer Form erfasst. Die schweizweite elektronische Erfassung von sämtlichen Kabelkanälen und deren Kapazitäten würde mehrere Jahre in Anspruch nehmen, den Einsatz erheblicher personeller Ressourcen bedingen und Kosten von schätzungsweise rund CHF 600 Mio. verursachen. Aufgrund dieser Ausgangslage und weil davon ausgegangen werden müsse, dass Kabelkanalisationen nur an ausgewählten Orten und in beschränktem Umfang nachgefragt werden dürften, erachte Swisscom das in Art. 60 Abs. 2 des FDV-Entwurfes geforderte Online-System als völlig unverhältnismässig. Um eine beförderliche Umsetzung des Zugangsregimes „Zugang zu Kabelkanälen“ sicherzustellen und den interessierten Fernmeldedienstanbieterinnen die notwendigen Auskünfte über verfügbare Kapazitäten zur Verfügung stellen zu können, genüge eine Machbarkeitsabklärung „on request“. Mit einer solchen könnten konkrete und einzelfallspezifische Auskünfte zur Belegung der Rohre abgegeben werden. Dadurch würde auch den speziellen Gegebenheiten dieser Zugangsform Rechnung getragen, die standardisierte Informationsabfragen wegen sehr unterschiedlicher Rohrtypen und Belegungsarten nur in sehr beschränktem Ausmass zulasse (vgl. Ziffer 10.13.2 der Stellungnahme von Swisscom vom 15. September 2006 zur Revision der Ausführungsverordnungen zum FMG online auf www.bakom.admin.ch > Dokumentation > Gesetzgebung > Vernehmlassungen > 2006 > Stellungnahmen der interessierten Kreise zu den FMG-Verordnungen > Stellungnahmen zu den Verordnungen des Bundesrates > Swisscom AG [PDF-Dokument], besucht am 4. Februar 2011).

Gemäss der unbestrittenen Angabe von Swisscom hat ihre Stellungnahme zur Anpassung des Entwurfes und zum heutigen Text von Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV geführt, welcher Informationen über die genutzten und noch verfügbaren Kapazitäten in einem Online-System nur "soweit bekannt" fordert. Dieser Hinweis ist insofern hilfreich, als gestützt darauf angenommen werden darf, dass der Verordnungsgeber den in der vorliegenden Stellungnahme zum Ausdruck gebrachten Anliegen von

Swisscom bis zu einem gewissen Grad Rechnung tragen wollte. Swisscom soll nicht dazu verpflichtet werden, ein Angebot zur Verfügung zu stellen, das technisch nicht oder nur mit übermässigem Aufwand realisierbar wäre und unverhältnismässige Kosten verursachen würde. Swisscom soll nur diejenigen Informationen über die genutzten und die noch verfügbaren Kapazitäten den alternativen FDA anbieten müssen, die bekannt sind. Die Beschränkung, dass die marktbeherrschende Anbieterin Belegungsinformationen nur online zur Verfügung stellen muss, soweit diese bekannt sind, ist Ausdruck der Verhältnismässigkeit. Das öffentliche Interesse an Onlineinformationen, mithin an einem transparenten, nichtdiskriminierenden Zugang, ist abzuwägen gegen die Belastungen, welche eine solche Verpflichtung für die marktbeherrschende Anbieterin mit sich bringt.

Vor dem Hintergrund der zitierten Materialien kann ein erstes Zwischenfazit für die Auslegung und die verhältnismässige Anwendung von Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV gezogen werden: Belegungsrelevante Informationen gelten nur dann als "bekannt", wenn diese in irgend einer Form (schriftlich oder elektronisch) festgehalten sind und somit ohne Begehung vor Ort (inkl. Öffnen des Kanals) erhältlich gemacht werden können.

17.8. Des Weiteren stellt sich die Frage, ob im obgenannten Sinn "bekannte" belegungsrelevante Informationen automatisch der Pflicht nach Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV unterstehen, online zur Verfügung gestellt werden zu müssen. Swisscom hat in der oben zitierten Stellungnahme an den Bundesrat nämlich eingewendet, dass verschiedene belegungsrelevante Daten nicht in elektronischer Form erfasst worden seien. Inwieweit dieser Einwand Einfluss in den Verordnungstext gefunden hat, ist anhand der Materialien nicht leicht zu erkennen, da der Verordnungsgeber trotz des Einwandes die "Online-Form" als einzig mögliche Form beibehalten hat.

Wenn einmal belegungsrelevante Daten vorliegen, spricht an sich kaum etwas dagegen, Swisscom dazu zu verpflichten, diese in elektronischer Form zur Verfügung zu stellen. Das öffentliche Interesse (vgl. E. 16) an einem transparenten, diskriminierungsfreien Zugang und damit am Zur-Verfügung-Stellen von gleichwertigen Informationen im Sinn von Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV wiegt schwer. Dem verpflichteten Rechtssubjekt dürfen aber auch keine übermässigen, unzumutbaren Verpflichtungen auferlegt werden (vgl. E. 17.5). Swisscom hat denn auch glaubhaft eingewendet,

dass die Umwandlung von in Papierform vorhandener Daten in elektronische Form einen erheblichen, unter Umständen sogar unverhältnismässigen Aufwand verursachen könnte. Ob die marktbeherrschende Anbieterin dazu verpflichtet werden kann, in Papierform vorhandenen belegungsrelevante Daten in elektronische Form umzuwandeln, um diese danach online zur Verfügung zu stellen, erscheint angesichts dessen nicht allgemein beantwortbar. Es hat vielmehr eine einzelfallweise Abwägung zu erfolgen. Konkret wird jeweils das schwerwiegende öffentliche Interesse am Zur-Verfügung-Stellen gegen die Kostenlast abzuwägen sein, die Swisscom mit der Verpflichtung auferlegt wird. Dabei wird, wie im vorliegenden Verfahren zu Recht verschiedentlich vorgebracht worden ist, insbesondere von Belang sein, ob Swisscom ihre Kosten über die kostenorientierten Zugangspreise abwälzen kann oder nicht. Die Vorinstanz hat diesbezüglich allenfalls eine Schätzung vorzunehmen.

17.9. Swisscom betont in ihrer Beschwerde mehrfach, das Zur-Verfügung-Stellen von belegungsrelevanten Daten würde den alternativen FDA keinen Nutzen stiften würde, selbst wenn diese im Sinn von Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV "bekannt" seien und die entsprechende Verpflichtung für Swisscom zumutbar sei. Swisscom bringt dabei im Wesentlichen vor, dass die vorhandenen Belegungsinformationen teilweise nicht verlässlich seien. Zudem könnten die alternativen FDA die vorhandenen Daten im Gegensatz zu Swisscom aus verschiedenen Gründen nicht richtig interpretieren (vgl. E. 17.2). Mit diesen Vorbringen stellt Swisscom die Geeignetheit und Erforderlichkeit des in Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV vorgegebenen Online-Tools in Frage.

Es leuchtet zwar an sich ein, dass das zur Verfügung-Stellen von nicht mit der Realität übereinstimmenden Angaben oder von Angaben, die von den alternativen FDA nicht treffend interpretiert werden könnten, Sinn und Zweck von Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV (vgl. E. 13.4) nicht zu erfüllen vermöchte und diesfalls weder geeignet noch erforderlich erschiene, das im öffentlichen Interesse verfolgte Ziel (vgl. E. 16) zu erreichen. "Soweit bekannt" impliziert, dass die "bekannten" Informationen an sich korrekt sein müssen, ansonsten der Normzweck nicht erfüllt wird. Indessen haben gerade die Ausführungen von Swisscom gezeigt, dass auch mit einer lückenhaften Datenlage und idealtypischen Herleitungen verwertbare Informationen gewonnen werden können. Dass die belegungsrelevanten Informationen und insbesondere auch die Angaben zur Raumnutzung einen gewissen Nutzen stiften, ist nur schon deshalb

zu vermuten, weil Swisscom ansonsten wohl kaum in ein teures IT-System wie PTA investieren würde. Im Hinblick auf einen möglichst diskriminierungsfreien Zugang ist folglich davon auszugehen, dass grundsätzlich jede Information über die Belegungskapazität von Kabelkanalisationen – selbst wenn es sich bloss um eine idealtypisch hergeleitete Schätzung handelt – den alternativen FDA einen Mehrwert stiftet, soweit die marktbeherrschende Anbieterin diese Informationen auch für sich selber verwendet.

Kein Grund, belegungsrelevante Informationen im Sinn von Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV nicht zur Verfügung zu stellen, ist der Umstand, dass die alternativen FDA allenfalls trotz diesen Informationen Machbarkeitsabklärungen nicht oder nicht vollständig selber durchführen können. Selbständige Machbarkeitsabklärungen durch die alternativen FDA sind offensichtlich keine Anwendungsvoraussetzung von Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV. Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV versucht die Transparenz möglichst zu erhöhen, kann aber gewisse faktische Erfordernisse – wie z.B. in gewissen Fällen eine Begehung vor Ort – nicht ausräumen.

17.10. Des Weiteren stellen nach den unbestritten gebliebenen Ausführungen von Swisscom gewisse belegungsrelevante Informationen Geschäftsgeheimnisse dar oder enthalten solche.

Die berechtigten Geschäftsgeheimnisse der marktbeherrschenden Anbieterin setzen dem Transparenzgebot Grenzen. Im Sinn einer Verhältnismässigkeitsprüfung sind hier die Interessen der marktbeherrschenden Anbieterin und allenfalls betroffener Dritter an der Geheimhaltung gegen das Interesse der nachfragenden Anbieterin und der Öffentlichkeit an möglichst hoher Transparenz im Zugangsbereich gegeneinander abzuwägen (vgl. AMGWERD, a.a.O., Rz. 302; FISCHER/SIDLER, a.a.O., S. 156, Rz. 159).

Die marktbeherrschende Anbieterin wird aber konkret darzulegen haben, welche belegungsrelevanten Informationen sie als Geschäftsgeheimnisse erachtet und welche schützenswerten Interessen sie oder Dritte daran haben. Dabei kann die von Swisscom beigezogene, strafrechtliche Definition, wonach schützenswerte Geheimnisse Fabrikationsvorgänge (z.B. Herstellungs- und Konstruktionsverfahren, Produktionsmittel) oder Geschäftsvorgänge (z.B. Betriebsorganisation, Einkaufs- und Bezugsquellen, Absatzmöglichkeiten, Preiskalkulationen, Kundenkreis, allgemeine Geschäftslage) sind, die das Ergebnis der wirtschaftlichen

Vorgänge beeinflussen und Auswirkungen auf das Geschäftsergebnis haben können, nur eine Leitlinie sein (vgl. MARC AMSTUTZ/MANI REINERT, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111 – 392 StGB, 2. Aufl., Freiburg/Lausanne 2007, Art. 162 N 15). Die strafrechtliche Definition berücksichtigt nämlich die Besonderheiten der fernmelderechtlichen Transparenz- und Gleichbehandlungspflicht im regulierten Bereich nicht. So können beispielsweise Informationen über die Beschaffenheit der Netzinfrastruktur nicht von vornherein mit dem Argument, es handle sich um Produktionsmittel, von der Offenlegung ausgeschlossen werden. Vielmehr ist im Einzelfall abzuwägen, welches Gewicht die Angabe bei der Beurteilung der Belegungssituation hat und ob daraus tatsächlich massgebliche Rückschlüsse auf die Strategien der marktbeherrschenden Anbieterin gezogen werden können.

17.11. Im Ergebnis ist festzustellen, dass gemäss Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV die marktbeherrschende Anbieterin den alternativen FDA Informationen, die eng mit den genutzten und noch verfügbaren Kapazitäten zusammenhängen und die sie selber zur Beurteilung der Kapazitäten in den Kabelkanalisationen verwendet, online zur Verfügung stellen muss, soweit diese in irgend einer Form (schriftlich oder elektronisch) festgehalten sind und ohne Begehung vor Ort (inkl. Öffnen des Kanals) erhältlich gemacht werden können. Die Frage, ob nur in Papierform vorhandene Informationen auch elektronisch bzw. online zur Verfügung gestellt werden müssen, ist im Einzelfall durch eine Interessensabwägung zu beurteilen. Macht die marktbeherrschende Anbieterin bei an sich belegungsrelevanten Daten Geheimhaltungsinteressen geltend, ist ebenfalls eine Interessensabwägung vorzunehmen. Insbesondere letztere beiden Kriterien bestimmen denn auch massgeblich die Verhältnismässigkeit des angeordneten bzw. anzuordnenden Online-Tools (vgl. E. 17 und E. 17.5).

Es mag zutreffen, dass im heutigen Zeitpunkt aus Gründen der Verhältnismässigkeit den alternativen FDA nicht über sämtliche Kabelkanalisationen der marktbeherrschenden Anbieterin Informationen im Sinn von Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV online zur Verfügung gestellt werden können. Die marktbeherrschende Anbieterin ist jedoch gehalten, das technisch Machbare und wirtschaftlich Zumutbare zu veranlassen, damit sich das gesetzgeberische Ziel verwirklichen lässt. Swisscom stellt selber fest, dass mit PTA nun ein System bestehe, welches die Kabel-Rohr-Zuweisungen korrekt verwalten könne, und dass die darin

enthaltenen Daten anlässlich konkreter Arbeiten im Netz sukzessive ergänzt würden. In diesem Sinn sind in Zukunft sämtliche belegungsrelevanten Daten in elektronischer Form zu dokumentieren, sodass sie als Grundlage für ein Online-System im Sinn von Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV dienen können, soweit dies technisch machbar und praktisch sinnvoll ist.

17.12 Vor dem Hintergrund der gemachten Erwägungen besteht für die der marktbeherrschenden Anbieterin auferlegte Pflicht, ein Online-System im Sinn von Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV führen zu müssen, eine hinreichende gesetzliche Grundlage sowie erweist sich diese als grundsätzlich verhältnismässig und somit auch als rechtmässig. Entsprechend sind die Vorbringen von Swisscom, soweit sie die Gesetzmässigkeit und die Verhältnismässigkeit der Regelung von Art. 63 Abs. 2 lit. b FDV betreffen, unbegründet (zur Verhältnismässigkeit der konkreten Anordnung der Vorinstanz vgl. sogleich nachfolgend).

18.

18.1. Die Vorinstanz hat in Ziffer 4 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung Swisscom dazu verpflichtet, den alternativen Anbieterinnen uneingeschränkten Zugang zu den gleichen Informationen und denselben Systemen bezüglich Belegung von Kabelkanalisationen zu gewähren, die ihr selber auch zur Verfügung stehen. Damit wurde Swisscom pauschal und uneingeschränkt dazu verpflichtet, alle Belegungsinformationen zur Verfügung zu stellen, die in ihren Systemen ersichtlich sind oder ihr in anderer Form zur Verfügung stehen.

18.2. Wie gesehen (vgl. E. 17), ist bei der Anwendung von Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV zu prüfen, welche Belegungsinformationen der marktbeherrschenden Anbieterin überhaupt in deren Anwendungsbereich fallen. Sodann ist zu beurteilen, ob es vor dem Verhältnismässigkeitsprinzip standhält, die marktbeherrschende Anbieterin dazu zu verpflichten, all diese Informationen der nachfragenden Anbieterin online zur Verfügung zu stellen. Neben der Frage der Geeignetheit und Erforderlichkeit sind insbesondere die entgegenstehenden Interessen der marktbeherrschenden Anbieterin (finanzielle Interessen, Geheimhaltungsinteressen) gegen das öffentliche Interesse an der Online-Offenlegung, mithin an einem transparenten, nichtdiskriminierenden Zugang, abzuwägen.

18.3. Im vorinstanzlichen Verfahren hat die geforderte Verhältnismässigkeitsprüfung (vgl. E. 17) nur summarisch und ohne vertiefte Abklärung des Sachverhalts stattgefunden.

Die Vorinstanz hat die Frage der Umsetzbarkeit und den Nutzen ihrer Anordnung sowie die Swisscom damit auferlegten Belastungen (beispielsweise Umwandlung von lediglich in Papierform vorhandenen Informationen) und schliesslich auch die geltend gemachten Geheimhaltungsinteressen nicht näher geprüft und damit den rechtserheblichen Sachverhalt mangelhaft ermittelt. Die Begründung der Verfügung enthält zudem teilweise auch unzutreffende Sachverhaltsfeststellungen. So ist aufgrund der überzeugenden Ausführungen von Swisscom entgegen der Feststellung der Vorinstanz anzunehmen, dass die Schemapläne Angaben betreffend die Art der Leitungen und die Eigentums- und Besitzverhältnisse enthalten (vgl. Verfügung der Vorinstanz vom 1. Dezember 2009, S. 64 Absatz 2). Zudem erscheint auch der Schluss der Vorinstanz fraglich, die nachfragenden FDA könnten dank Zugriff auf PTA selbst Machbarkeitsabklärungen durchführen bzw. durch einen Zugriff der alternativen FDA auf PTA würden die Machbarkeitsabklärungen obsolet (vgl. Verfügung der Vorinstanz vom 1. Dezember 2009, S. 64 Absatz 3).

18.4. Hat die Vorinstanz den Sachverhalt mangelhaft abgeklärt, kann das Bundesverwaltungsgericht in der Sache selbst entscheiden (reformatorisch) oder diese ausnahmsweise mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurückweisen (Art. 49 Bst. b VwVG i.V.m. Art. 61 Abs. 1 VwVG). Ob die Entscheidreife durch die Vorinstanz oder durch die Rechtsmittelinstanz herzustellen ist, stellt bei reformatorischen Rechtsmitteln insbesondere eine Frage der Abwägung nach Gesichtspunkten der Prozessökonomie dar. Erweist sich das Verfahren als urteilsreif, würde eine Rückweisung (Kassation) blossen prozessualen Mehraufwand bewirken, weshalb das Gericht diesfalls in der Regel reformatorisch entscheidet. Lässt sich das Versäumte dagegen nicht ohne eine aufwändigere Beweiserhebung nachholen, ist die Sache mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurückzuweisen, denn diese ist mit den Verhältnissen besser vertraut und darum in der Regel besser in der Lage, die erforderlichen Abklärungen durchzuführen. Zudem bleibt der betroffenen Partei dadurch der Instanzenzug erhalten (vgl. MOSER/BEUSCH/ KNEUBÜHLER, a.a.O., S. 180 Rz. 3.194).

18.5. Trotz der umfangreichen Darstellungen von Swisscom, insbesondere in Beantwortung der mit Verfügung vom 5. Juli 2010 gestellten Instruktionsfragen zur Bekanntheit, zum Umfang und zur Verwendbarkeit der belegungsrelevanten Daten sowie zur Machbarkeit und zu den Kosten eines die Anforderungen von Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV erfüllenden Online-Systems, erachtet es das Bundesverwaltungsgericht als unerlässlich, die Sache zur Neubeurteilung zurückzuweisen. Die Vorinstanz hat sich sowohl im vorinstanzlichen Verfahren wie auch im vorliegenden Beschwerdeverfahren zu wenig mit dem rechtserheblichen Sachverhalt auseinandergesetzt. Da es sich vorliegend um einen äusserst technischen Bereich handelt, erscheint es unerlässlich, dass der rechtserhebliche Sachverhalt von der Vorinstanz als mit den Verhältnissen besser vertrauten Fachbehörde zumindest einmal vertieft geprüft und gewürdigt wird. Ein reformatorischer Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts würde zudem weitgehend auf den (einseitigen) Sachverhaltsdarstellungen von Swisscom beruhen.

18.6. Die Vorinstanz wird im Lichte der vorstehenden Erwägungen insbesondere festzulegen haben, welche der Swisscom zur Verfügung stehenden Daten überhaupt belegungsrelevante Informationen im Sinn von Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV darstellen und welche dieser Daten online zur Verfügung gestellt werden können. Es ist zu untersuchen, welche Informationen erforderlich sind, um die genutzten und die noch verfügbaren Kapazitäten sinnvoll zu beurteilen. An dieser Stelle ist jedoch daran zu erinnern, dass grundsätzlich alle Daten, die Swisscom selber zur Beurteilung der Kapazitäten verwendet, der Offenlegungspflicht gemäss Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV unterstehen.

Sofern Swisscom unzumutbare Kosten geltend macht, hat sie diese konkret darzulegen. Die Vorinstanz wird sodann – allenfalls mit einer Schätzung – zu prüfen haben, ob die durch die beabsichtigte Anordnung verursachten, zusätzlichen Kosten über die kostenorientierten Zugangspreise auf die nachfragenden FDA voraussichtlich überwälzt werden könnten bzw. ob Swisscom damit offensichtlich unzumutbar hohe Kosten auferlegt würden.

Schliesslich ist Swisscom anzuhalten, in Bezug auf jede einzelne, offenzulegende Information (bspw. Typ und Grösse der Kanalisation, Anzahl Rohre, Art der sich darin befindlichen und geplanten Kabel usw.) allfällige Geheimhaltungsinteressen substantiiert darzulegen, sodass

konkret entschieden werden kann, ob diese der Anwendung von Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV entgegenstehen.

18.7. Damit ist Ziffer 4 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung aufzuheben und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Beschwerde von Swisscom ist diesbezüglich gutzuheissen.

Bei diesem Ergebnis kann im Übrigen offen gelassen werden, ob und inwiefern die Vorinstanz in diesem Zusammenhang das rechtliche Gehör von Swisscom verletzt hat.

Drittwirkung

19.
Obwohl die Sache zurückgewiesen wird, ist im Hinblick auf den neuen Entscheid der Vorinstanz festzulegen, ob dadurch, dass die Verpflichtung von Swisscom gegenüber allen alternativen Anbieterinnen und nicht nur gegenüber Sunrise alleine auferlegt wurde, die vorinstanzlichen Kompetenzen überschritten wurden.

19.1. Swisscom bringt vor, gemäss Art. 11a Abs. 1 FMG beschränke sich die Regelungskompetenz der Vorinstanz darauf, auf Gesuch hin die strittigen Punkte in einem konkreten Vertragsverhältnis mit einer Verfügung zu ergänzen. Mit der Formulierung "alternativen Anbieterinnen" überschreite sie diese Kompetenz und lege eine branchenweite Regelung fest, obwohl ihr in diesem Bereich keine Aufsichtskompetenz zukomme.

Entgegen der Ansicht der Vorinstanz sei dieser gemäss der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ein aufsichtsrechtliches Einschreiten nicht nur dann untersagt, wenn es mit der Aufhebung einer bestehenden Vertragsklausel einhergehe. Es sei nicht einsichtig, wieso ein Eingriff in Drittverträge zwar unzulässig sein sollte, wenn er "gegenwärtig" stattfinde, hingegen zulässig wäre, wenn er mit Blick auf die Zukunft erfolge. Die von der Vorinstanz angeführte, allgemeine Durchsetzung objektiven Rechts sei zudem nichts anderes als das Anordnen einer branchenweiten Regelung. Allfällige Anpassungen an die vertraglichen Vereinbarungen könnten schliesslich mit den FDA einvernehmlich vorgenommen, von Swisscom im Rahmen einer

Anpassung des Basisangebots selber implementiert oder allenfalls auf dem Zivilrechtsweg durchgesetzt werden.

19.2. Die Vorinstanz räumt zwar ein, das Bundesverwaltungsgericht habe am 1. Februar 2010 (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7162/2008 vom 1. Februar 2010) tatsächlich entgegen ihrer Auffassung entschieden, dass das FMG keine direkte Drittwirkung vorsehe und eine von der Vorinstanz als rechtswidrig eingestufte Vertragsklausel deshalb nur zwischen den Verfahrensparteien verfügt werden dürfe. Vor diesem Hintergrund könne man sich in der Tat die Frage stellen, ob die Vorinstanz in Kenntnis des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts die Verpflichtung nicht allgemein, sondern nur in Bezug auf Sunrise hätte aussprechen müssen. Dies sei aber zu verneinen, weil die Swisscom dazu in keinen, zum jetzigen Zeitpunkt gültigen Vertrag eingreifen müsse. Diese Verpflichtung sei zukunftsgerichtet und mit ihr werde nicht in bestehende Vertragsverhältnisse zwischen Swisscom und Dritten eingegriffen. Der Vorinstanz sei es in ihrer Verfügung um die Durchsetzung objektiven Rechts und nicht um eine "branchenweite Regelung" gegangen, wie Swisscom behaupte. Schliesslich sei vor dem Hintergrund des gesetzlich vorgesehenen Nichtdiskriminierungsgebots auch nicht ersichtlich, welchen Vorteil Swisscom daraus erwachsen würde, wenn die Vorinstanz die Verpflichtung zur Gewährung des Zugangs zu den massgeblichen Informationen ab Beginn des Jahres 2011 nur gegenüber Sunrise verfügt hätte. Da Swisscom gesetzlich zur Nichtdiskriminierung verpflichtete sei, müsse sie den für die Zukunft verfügten Zugang auch allen anderen Anbieterinnen gewähren.

19.3. Sunrise nimmt grundsätzlich die Position der Vorinstanz ein. Sie ist der Auffassung, dass sich angesichts des gesetzlichen Diskriminierungsverbots im Ergebnis nichts ändern würde, wenn man in Dispositiv-Ziffer 4 "alternative Anbieterinnen" durch "Sunrise" ersetzen würde. Die Vorinstanz habe ihre konkreten Anordnungen zudem so zu formulieren, dass sie zu keiner Diskriminierung Dritter führten. Die Vorinstanz würde sich schliesslich mit Ziffer 4 auch nicht in ungerechtfertigter Weise eine Aufsichtsfunktion anmassen.

19.4. Einigen sich die Anbieterinnen von Fernmeldediensten nicht innerhalb von drei Monaten über die Bedingungen des Zugangs, so verfügt die Vorinstanz diese gemäss Art. 11*a* Abs. 1 FMG auf Gesuch einer Partei und auf Antrag des Bundesamtes. Dabei berücksichtigt sie insbesondere die Bedingungen, die einen wirksamen Wettbewerb

fördern, sowie die Auswirkungen ihres Entscheides auf konkurrierende Einrichtungen.

19.5. Das Bundesverwaltungsgericht hatte sich in seiner jüngeren Rechtsprechung mehrfach zur Frage der sog. Drittwirkung des in Art. 11 Abs. 1 FMG festgeschriebenen Diskriminierungsverbotes zu äussern. Es ist dabei zum Ergebnis gelangt, das fernmelderechtliche Diskriminierungsverbot verlange einzig, dass allen Anbieterinnen die Zugangsleistungen zu den gleichen Konditionen angeboten würden. Eine darüber hinausgehende Tragweite des Diskriminierungsverbots im Sinne einer Befugnis der Vorinstanz, in Verträge der marktbeherrschenden Anbieterin mit Dritten einzugreifen, könne weder aus dem Liberalisierungszweck des Gesetzes noch aus der Umschreibung von Art. 52 Abs. 1 FDV abgeleitet werden. Die Systematik der fernmelderechtlichen Zugangsordnung sehe vielmehr vor, dass die Parteien die Bedingungen zunächst auf dem Verhandlungsweg zu vereinbaren hätten und die Vorinstanz nur für den Fall, dass dies nicht gelinge, auf Gesuch hin privatrechtsgestaltend eingreifen dürfe. Die Durchsetzung der vereinbarten oder verfügten Bedingungen geschehe gemäss Art. 11*b* FMG allerdings auf dem zivilrechtlichen Weg. Der Vorinstanz komme nach dieser Konzeption weder eine Aufgabe bei der Durchsetzung der Verträge noch eine Aufsichtsfunktion bezüglich ihrer Rechtmässigkeit zu. Die Nichtdiskriminierung sei damit auf dem Zivilrechtsweg durchzusetzen. Ob und wie weit aufgrund einer Verletzung des Diskriminierungsverbots Rückforderungsansprüche geltend gemacht werden könnten, sei damit eine Frage des Zivilrechts. Die Vorinstanz ist somit lediglich zur Regelung der Bedingungen des Zugangs zwischen den Parteien des Verfahrens zuständig (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-7162/2008 vom 1. Februar 2010 E. 8 bis E. 11 und A-7169/2008 vom 19. Februar 2010 E. 2.4 f.).

19.6. Die Anordnung in Ziffer 4 des Dispositivs bezieht sich auf alle alternativen Anbieterinnen und geht damit klar über das zu regelnde Vertragsverhältnis des vorliegenden Verfahrens hinaus. Auch wenn nicht in im Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung bestehende Verträge eingegriffen wird, stellt die Anordnung doch einen direkten Eingriff in Verträge mit Dritten dar, indem Swisscom angewiesen wird, ihren Vertragspartnern künftig einen bestimmten Dienst anzubieten. Daran vermögen auch die Ausführungen der Vorinstanz nichts zu ändern. Insbesondere ist der Begründung, Swisscom sei gesetzlich sowieso zur Nichtdiskriminierung verpflichtet und müsse folglich auch allen anderen

Anbieterinnen das in Ziffer 4 Angeordnete gleichermassen wie Sunrise gewähren, vor dem Hintergrund der zitierten Rechtsprechung nicht zu folgen. Eine Zuständigkeit der Vorinstanz besteht nur, soweit sich die Parteien nicht geeinigt haben und soweit ein Gesuch gemäss Art. 11*a* Abs. 1 FMG gestellt wird. Die Anordnung in Ziffer 4 nimmt diesen den Parteien obliegenden Entscheid in systemwidriger Weise vorweg.

19.7. Die Beschwerde von Swisscom ist damit in diesem Punkt gutzuheissen und die Vorinstanz anzuweisen, Swisscom in der neu zur erlassenden Verfügung ausschliesslich gegenüber Sunrise und nicht gegenüber allen alternativen FDA zu verpflichten.

Verfahrenskosten des vorinstanzlichen Verfahrens

20.
Swisscom verlangt in ihrer Beschwerde in einem zweiten Rechtsbegehren, Ziffer 5 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung sei aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, den geltend gemachten Verfahrensaufwand zu begründen und dabei von einer mehrfachen Verrechnung solchen Aufwands abzusehen (Bst. a); von einer Auferlegung des in Rz. 194 ff. der Beschwerde genannten Zeitaufwandes an Swisscom abzusehen (Bst. b); den Verfahrensaufwand gemäss Rz. 188 ff., Rz. 192, Rz. 193 und Rz. 197 f. auszusondern und die entsprechenden Kosten Sunrise aufzuerlegen (Bst. c) sowie schliesslich die Verfahrenskosten entsprechend neu festzulegen (Bst. d).

20.1. Das Bundesverwaltungsgericht hat mit den Urteilen A-292/2010 vom 19. August 2010 und A-293/2010 vom 30. August 2010 (nachfolgend: A-292/2010 und A-293/2010) bereits im Wesentlichen über die im zweiten Rechtsbegehren von Swisscom gestellten Fragen entschieden.

Das vorliegend strittige vorinstanzliche Verfahren AZ 330.35 (Sunrise Communications AG gegen Swisscom) ist mit den vorinstanzlichen Verfahren AZ 330.32 (COLT Telecom AG gegen Swisscom) und AZ 330.33 (Cablecom GmbH gegen Swisscom) eines von drei zusammenhängenden sog. KKF-Verfahren (Kabel-Kanalisation-FMG). Bei allen hat Swisscom die Auferlegung der Verfahrenskosten angefochten. In allen drei KKF-Verfahren waren die marktbeherrschende Stellung von Swisscom im Bereich der Kabelkanalisationen sowie

mehrere Vertragsklauseln durch die Vorinstanz zu beurteilen. Dementsprechend wurden die Kosten des Gutachtens der Wettbewerbskommission (WEKO) von insgesamt Fr. 30'530.- gleichmässig auf die drei KKF-Verfahren verteilt. Bei den verrechneten Arbeitsstunden ergaben sich hingegen aufgrund der verschiedenen Prüfthemen Unterschiede. Die kostenorientierten Preise waren im vorliegend streitigen Verfahren AZ 330.35 und in dem im Urteil A-293/2010 abgehandelten Verfahren AZ 330.32, nicht aber in dem im Urteil A-292/2010 behandelten Verfahren AZ 330.33 zu überprüfen. Deshalb wurden in Letzterem bloss 238 Arbeitsstunden, im vorliegend interessierenden AZ 330.35 hingegen 490 und im Verfahren AZ 330.32 460 Arbeitsstunden verrechnet (vgl. dazu die Sachverhalte in den Verfahren A-292/2010 und A-293/2010). Die Vorinstanz hatte Arbeitsstunden, welche für alle drei Verfahren gemeinsam anfielen, den einzelnen Verfahren zuzuteilen oder gewisse Arbeitsstunden vom Zeitkonto des einen Verfahrens auszusondern und einem anderen zuzuweisen (vgl. A-292/2010 und A-293/2010 je E. 3.7). Die sich in diesem Zusammenhang stellenden Fragen hängen in allen drei KKF-Verfahren zusammen und sind weitgehend deckungsgleich.

20.2. Das Bundesverwaltungsgericht hat in den genannten Urteilen A-292/2010 und A-293/2010 im Wesentlichen dargetan, dass bei Kostenentscheiden nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts keine hohen Anforderungen an die Begründungsdichte zu stellen sind. Ein Kosten- und Entschädigungsentscheid muss unter Umständen gar nicht begründet werden bzw. eine äusserst knappe Begründung kann genügen, zum Beispiel dann, wenn bezüglich der Höhe eines Kosten- oder Entschädigungsbetrags alle tatbeständlichen und rechtlichen Berechnungsgrundlagen klar sind. Bewegt sich also der Kostenentscheid innerhalb des gesetzlichen Rahmens und sind die Sachumstände klar, genügt eine äusserst knappe Begründung, d.h. der Begründungspflicht ist Genüge getan, wenn die Entscheidbehörde auf die anwendbare gesetzliche Grundlage verweist. Eine darüber hinausgehende Begründung ist nur erforderlich, wenn die Kostenverlegung Besonderheiten aufweist, wie etwa wenn sie entgegen dem Prozessausgang erfolgt oder die Behörde von ihrem Ermessen Gebrauch machen will oder muss, indem sie z.B. vom üblichen Rahmen nach oben abweicht (vgl. A-292/2010 und A-293/2010 je E. 3.4).

20.3. Das Bundesverwaltungsgericht hat sodann festgestellt, dass in den vorliegend strittigen KKF-Verfahren die rechtlichen

Berechnungsgrundlagen klar sind (vgl. A-292/2010 und A-293/2010 je E. 3.5), dies aber für die tatsächlichen Berechnungsgrundlagen nicht mehr leichthin gesagt werden kann, da sich insbesondere aufgrund der Notwendigkeit, die angefallenen Arbeitsstunden den einzelnen Verfahren zuzuweisen, besondere Schwierigkeiten ergeben (vgl. A-292/2010 und A-293/2010 je E. 3.8). Der sich daraus ergebenden erhöhten Begründungspflicht ist die Vorinstanz nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts nicht nachgekommen und hat damit das rechtliche Gehör von Swisscom verletzt (vgl. A-292/2010 E. 3.9 und E. 3.10 bzw. A-293/2010 E. 3.9 und E. 3.11). Dieselbe Gehörsverletzung ist auch im vorliegenden Beschwerdefahren festzustellen; wie in den Verfahren A-292/2010 und A-293/2010 vor Bundesverwaltungsgericht kann sie indes geheilt werden und es ist dem Mangel bei der Kostenverlegung im vorliegenden Beschwerdeverfahren Rechnung zu tragen (vgl. A-292/2010 und A-293/2010 je E. 4).

20.4. Neben der Rüge der mangelnden Begründungsdichte hatte das Bundesverwaltungsgericht auch die Angemessenheit der Verfahrenskosten in den KKF-Verfahren an sich zu überprüfen. Es ist zum Schluss gekommen, dass weder das Kostendeckungs- noch das Äquivalenzprinzip verletzt sind und die auferlegten Verfahrenskosten weder zum objektiven Wert der Leistung in einem offensichtlichen Missverhältnis stehen noch sich ausserhalb vernünftiger Grenzen bewegen und sich deshalb als angemessen erweisen. Sowohl die Rüge der Unangemessenheit wie auch diejenige der Mehrfachverrechnung von Verfahrenskosten erweisen sich entsprechend auch im vorliegenden Verfahren als unbegründet (vgl. A-292/2010 und A-293/2010 je E. 6.8).

20.5. Soweit Swisscom eine Verletzung des Unterliegerprinzips im Zusammenhang mit dem Antrag auf Projektierung eines Pauschalpreises rügt, hat das Bundesverwaltungsgericht im Urteil A-293/2010 vorab festgestellt, dass das Unterliegerprinzip im Verfahren vor der Vorinstanz anwendbar ist (vgl. A-293/2010 E. 7.3), um dann zu schliessen, dass die Vorinstanz dieses auch angemessen angewendet hat (vgl. A-293/2010 E. 7.5).

Vorliegend rügt Swisscom zusätzlich eine Verletzung des Unterliegerprinzips, weil die Vorinstanz bei der Kostenverlegung nicht berücksichtigt habe, dass sie infolge Zeitablaufs bzw. Wegfalls des Rechtsschutzinteresses nicht auf das Rechtsbegehren von Sunrise eingetreten ist, die Preise für das Jahr 2007 festzusetzen. Alleine Sunrise

habe daher die Tatsache zu vertreten, dass sie am 30. November 2007 noch ein Zugangsgesuch für die Preise 2007 gestellt habe. Zum genannten Zeitpunkt sei dieser zweifellos klar gewesen, dass sie im Bereich KKF im Jahr 2007 keine Leistungen mehr beziehen werde und es ihr insofern an einem Rechtsschutzinteresse für eine behördliche Preisverfügung mangeln würde. Die Vorinstanz wolle zwar nicht Sunrise, wohl aber offenbar Swisscom einen Vorwurf dafür machen, dass auf diesen Teil des Gesuchsbegehrens mangels eines Rechtsschutzinteresses nicht einzutreten gewesen sei. Dies könne nicht angehen. Vielmehr sei der in diesem Zusammenhang entstandene Verfahrensaufwand auszusondern und Sunrise aufzuerlegen.

20.6. Die Vorinstanz verweist bezüglich des Nichteintretens auf das Zugangsgesuch für das Jahr 2007 grundsätzlich auf die Begründung in der angefochtenen Verfügung. Sie mache weder Swisscom noch Sunrise einen Vorwurf, dass auf das Gesuch wegen im Nachhinein weggefallenen Rechtsschutzinteresses nicht habe eingetreten werden können. Für die Verlegung der Verfahrenskosten sei aber wesentlich, dass zum Zeitpunkt der Gesuchseinreichung ein schutzwürdiges Interesse an der Beurteilung der Preise bestanden habe, weil diese noch hätten bezogen werden können. Wären diese Verfahrenskosten hypothetisch nach dem Unterliegerprinzip zu verlegen, so sei erwähnt, dass die Preise für das Jahr 2007 in einem anderen Verfahren zu beurteilen gewesen seien und die Vorinstanz diese teilweise um über die Hälfte habe reduzieren müssen.

20.7. Im Sinne des Unterliegerprinzips gilt eine Partei als unterlegen, wenn ihren Begehren aus formellen oder materiellen Gründen nicht entsprochen wird. Verglichen werden die – anhand der Begründung ausgelegten – Anträge der beschwerdeführenden Partei und das Ergebnis der Anfechtung des vorinstanzlichen Entscheids (vgl. MARCEL MAILLARD, in: Praxiskommentar VwVG, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), Zürich 2009, Art. 63 N 14; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., S. 205 Rz. 4.39 f.).

Auf das Gesuchsbegehren von Sunrise, die Preise für das Jahr 2007 festzusetzen, ist die Vorinstanz wegen nachträglichem Wegfall des Rechtsschutzinteresses nicht eingetreten. Bei nachträglichem Wegfall des Rechtsschutzinteresses ist das Verfahren oder der betreffende Teil des Verfahrens (richtigerweise) als gegenstandslos geworden abzuschreiben (vgl. anstatt vieler Urteil des Bundesverwaltungsgerichts

A-5071/2010 vom 15. Dezember 2010; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., S. 184 f. Rz. 3.206). Wird ein Verfahren gegenstandslos, so werden die Verfahrenskosten jener Partei auferlegt, deren Verhalten die Gegenstandslosigkeit bewirkt hat. Ist das Verfahren ohne Zutun der Parteien gegenstandslos geworden, so werden die Kosten auf Grund der Sachlage vor Eintritt des Erledigungsgrunds festgelegt (Art. 4*b* der Verordnung vom 10. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren [172.041.0]).

Die Kosten werden demnach nur dann auf Grund der Sachlage vor Eintritt des Erledigungsgrunds (in den Worten der Vorinstanz: "hypothetisch nach dem Unterliegerprinzip") festgelegt, wenn das Verfahren ohne Zutun der Parteien gegenstandslos geworden ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist dies dann der Fall, wenn die Ursache dafür ausserhalb der Verantwortlichkeit der Streitbeteiligten bzw. der betreffenden Partei liegt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C_60/2010 vom 4. Mai 2010 E. 4.2.1 zur analogen Regelung in Art. 5 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Vor diesem Hintergrund kann entgegen der Auffassung der Vorinstanz vorliegend nicht gesagt werden, dass das Verfahren ohne Zutun von Sunrise gegenstandslos geworden ist. Dass die Zeit ohne Zutun von Sunrise abläuft, kann nämlich nach Sinn und Zweck der Regelung nicht zu deren Gunsten gewertet werden. Vielmehr liegt es im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in der Verantwortlichkeit der Parteien, keine Begehren zu stellen, an welchen offensichtlich kein Rechtsschutzinteresse mehr besteht bzw. keines mehr entstehen kann. Ein solcher Fall ist vorliegend anzunehmen, wenn Sunrise am 30. November 2007 die Überprüfung der Preise für das Jahr 2007 fordert, obwohl sie bis am 30. November 2007 im Jahr 2007 noch keine Dienstleistungen aus dem Bereich der Kabelkanalisationen in Anspruch genommen hatte und dies bis Inkrafttreten des neuen Handbuches (Version 1-1) per 1. Januar 2008 offensichtlich auch nicht mehr realistisch erschien (vgl. zum Sachverhalt die Verfügung der Vorinstanz vom 1. Dezember 2009, S. 13 sowie die plausiblen Ausführungen von Swisscom in E. 20.5).

Der gegenstandslos gewordene Verfahrensaufwand ist damit grundsätzlich auszuscheiden. Im vorliegenden Fall kann man sich allerdings angesichts des immensen Gesamtaufwandes der für das

gesamte übrige Verfahren betrieben worden ist, fragen, ob die Vorinstanz überhaupt namhaften Aufwand für die gegenstandslos gewordene Frage aufgewendet hat. Die Vorinstanz wird diese Frage im Rahmen der durch die teilweise Rückweisung ohnehin erforderliche Neuverlegung der Verfahrenskosten selber zu beurteilen haben.

Die Beschwerde von Swisscom ist folglich, soweit sie die durch das gegenstandslos gewordene Gesuchsbegehren von Sunrise effektiv verursachten Verfahrenskosten betrifft, wegen Verletzung des Unterliegerprinzips gutzuheissen.

20.8. Des Weiteren thematisiert Swisscom im vorliegenden Verfahren (im Gegensatz zu A-292/2010 und A-293/2010) zusätzlich den Aufwand, der durch die Auseinandersetzungen mit der Vorinstanz rund um das Akteneinsichtsgesuch von Sunrise und den vorübergehenden Rückzug des Gesamtkostennachweises 2009 durch Swisscom entstanden ist. Von einer Auferlegung des damit zusammenhängenden Zeitaufwands an Swisscom sei abzusehen (vgl. Rechtsbegehren 2 Bst. b).

Diese Auseinandersetzungen hätten sich aus der erstinstanzlich nicht wahrgenommenen behördlichen Aktenführungspflicht sowie der Auffassung des BAKOM ergeben, die Frage der Relevanz eines Aktenstücks für den Verfahrensgegenstand stelle sich bei der Akteneinsicht nicht, worauf Swisscom – im Gegensatz zu Sunrise – zu Unrecht die Einsicht in interne, als nicht entscheidrelevant deklarierte Akten verweigert worden sei.

Die Vorinstanz hält diesen Vorwürfen entgegen, Swisscom habe als Reaktion auf ein Akteneinsichtsgesuch von Sunrise einen Teil der Akten zum Kostennachweis zurückgezogen und später wieder eingereicht. Dies habe erneuten Aufwand verursacht und basiere einzig auf dem Verhalten von Swisscom und habe nichts mit der Aktenführungspflicht der Instruktionsbehörde zu tun. Im Übrigen erscheine auch der Vorwurf verfehlt, die Vorinstanz behandle Akteneinsichtsgesuche von Swisscom und Sunrise nicht rechtsgleich.

20.9. Soweit Swisscom beantragt, der durch die Auseinandersetzungen mit der Vorinstanz rund um das Akteneinsichtsgesuch von Sunrise entstandene Verfahrensaufwand sei nicht ihr aufzuerlegen (vgl. Rechtsbegehren 2 Bst. b), ist Folgendes zu bemerken: Aus den Aktenstücken Nr. 94 bis Nr. 112 des vorinstanzlichen Verfahrens

(Aktenverzeichnis des BAKOM 5340-20-000738/2007; 1000226350) geht hervor, dass die Instruktionsbehörde Swisscom angewiesen hat, von dieser eingereichte Akten für die Akteneinsicht von Sunrise aufzubereiten. Da aus Sicht von Swisscom nicht alle dieser Akten entscheidrelevant waren, hat sie sich dieser Weisung widersetzt und nur diejenigen Akten zur Verfügung gestellt, die aus ihrer Sicht für das KKF-Verfahren entscheidrelevant waren. Die restlichen Akten hat sie zurückgezogen, um diese der Akteneinsicht durch Sunrise zu entziehen. Dies, obwohl Swisscom die zurückgezogenen Akten unbestrittenermassen im vorinstanzlichen Verfahren vorerst eingereicht hatte.

Selbst wenn sich die Vorwürfe von Swisscom im Nachhinein als begründet herausgestellt hätten, kann es nicht angehen, dass eine Partei versucht, in der von Swisscom an den Tag gelegten Art und Weise Druck auf die Instruktionsbehörde auszuüben, um so ihre eigenen Vorstellungen über den Verfahrensgang durchzusetzen. Die Instruktionsbehörde hat die alleinige Herrschaft über das Instruktionsverfahren. Ihre Entscheidungen sind ausschliesslich mit den zur Verfügung stehenden Rechtsmitteln anzufechten (gegen Zwischenverfügungen im Sinn von Art. 45 f. VwVG oder gegen die endgültige Verfügung im Sinn von Art. 44 ff. VwVG). Swisscom hat dies nicht getan, sondern versucht, auf anderem Wege ihre Interessen zu verfolgen. Dass der durch ein solches Verhalten entstandene Verfahrensaufwand der verursachenden Partei aufzuerlegen ist, bedarf angesichts des im Gebührenrecht allgemein geltenden Verursacherprinzips keiner weiteren Begründung (vgl. Art. 2 Abs. 1 der Allgemeine Gebührenverordnung vom 8. September 2004 [AllgGebV; SR 172.041.1]).

20.10. Swisscom beantragt schliesslich, die Verfahrenskosten seien bei Gutheissung ihres ersten Rechtsbegehrens (Online-Tool), soweit das Gesuchsbegehren 4 gemäss Zugangsgesuch vom 30. November 2007 betreffend, Sunrise als unterliegender Partei aufzuerlegen (vgl. Rz. 197 der Beschwerde von Swisscom i.V.m. Rechtsbegehren 2 Bst. c).

Das Rechtsbegehren 1 von Swisscom wird teilweise gutgeheissen und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen (vgl. E. 13.6, E. 18.7 und E. 19.7). Diesem Obsiegen wird im vorliegenden Verfahren im Rahmen der Kostenverlegung des Beschwerdeverfahrens Rechnung getragen (vgl. E. 21). Ob und allenfalls in welchem Umfang Swisscom nach der vom Bundesverwaltungsgericht verfügten Aufhebung

und Neubeurteilung von Ziffer 4 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung in Bezug auf das Gesuchsbegehren 4 von Sunrise vom 30. November 2007 als obsiegend oder unterliegend zu betrachten ist, kann zum jetzigen Zeitpunkt nicht abschliessend entschieden werden. Über die diesbezügliche Kostenverlegung wird die Vorinstanz nach vorgenommener Neubeurteilung allenfalls neu zu entscheiden haben.

20.11. Im Ergebnis ist das Rechtsbegehren 2 von Swisscom im Sinn der Erwägungen (geheilte Gehörsverletzung wegen teilweise mangelhafter Begründungsdichte [E. 20.3], Verletzung des Unterliegerprinzips betreffend Preise 2007 [E. 20.7] sowie allfällige Neuverteilung der Verfahrenskosten nach vorgenommener Neubeurteilung von Ziffer 4 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung [20.10]) teilweise gutzuheissen und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Kosten

21.

21.1. Die Spruchgebühr richtet sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien. Sie beträgt bei einer Streitigkeit mit Vermögensinteresse Fr. 200.- bis Fr. 50'000.- (Art. 63 Abs. 4bis Bst. b VwVG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 und Art. 4 VGKE).

Für die Qualifikation als Streitigkeit mit Vermögensinteresse ist es dabei unerheblich, ob ein Anspruch in Geld ausgedrückt ist oder nicht und welchem Rechtsgebiet ein Anspruch entspringt. Massgeblich ist vielmehr, ob der Rechtsgrund des streitigen Anspruchs letzten Endes im Vermögensrecht ruht sowie ob mit dem Begehren letztlich und überwiegend ein wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird (vgl. Urteil A-7162/2008 des Bundesverwaltungsgerichts vom 1. Februar 2010, E. 16 [nicht publiziert in BVGE 2009/35]; BEAT RUDIN, in Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008, Art. 51 N 12).

Vorliegend ist von einer Streitigkeit mit Vermögensinteresse und einem Streitwert von deutlich über 1 Million Franken auszugehen (Höhe der kostenorientieren Zugangspreise, mögliche Kosten im Zusammenhang mit dem Online-Tool, streitige Verfahrenskosten). Ferner ist zu

berücksichtigen, dass der Entscheid zwei Beschwerdeverfahren betrifft. Die Verfahrenskosten sind anhand der oben genannten Kriterien (u.a. Durchführung eines doppelten Schriftenwechsels, Einholung Stellungnahme Preisüberwacher) auf insgesamt Fr. 37'000.- festzusetzen (vgl. Art. 4 VGKE).

21.2. Die Verfahrenskosten sind in der Regel von der unterliegenden Partei zu tragen. Unterliegt sie nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Obsiegen und Unterliegen im Prozess ist grundsätzlich nach den Rechtsbegehren der beschwerdeführenden Partei, gemessen am Ergebnis der Anfechtung des vorinstanzlichen Entscheids zu beurteilen, wobei auf das materiell wirklich Gewollte abzustellen ist (vgl. BGE 123 V 156 E. 3c und BGE 123 V 159 E. 4b; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6523/2008 vom 12. Mai 2009 E. 17.1; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., S. 207, Rz. 4.43).

21.3. Sunrise ist als Beschwerdeführerin mit ihrer Beschwerde gegen Ziffer 2 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung nicht durchgedrungen und diesbezüglich vollständig unterlegen. In Bezug auf die Beschwerde von Swisscom gegen Ziffer 4 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung kann sie als Beschwerdegegenerin nur teilweise als unterlegen betrachtet werden, da die Sache zwar zur Neubeurteilung zurückzuweisen ist, das von Sunrise wirklich Gewollte – das Zur-Verfügung-Stellen von Belegungsinformationen mittels eines Online-Tools – damit aber keineswegs abgewiesen wird. In Bezug auf die Beschwerde von Swisscom gegen Ziffer 5 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung hat Sunrise als Beschwerdegegnerin zwar auch formell Stellung genommen. Soweit Swisscom diesbezüglich obsiegt, erscheint es aber dennoch nicht als gerechtfertigt, Sunrise als unterliegender Partei Verfahrenskosten aufzuerlegen, da sie trotz Parteistellung von diesem Streit materiell nicht betroffen ist und auch alleine in Bezug auf eine Beschwerde von Swisscom gegen Ziffer 5 nachweislich nicht am Verfahren teilgenommen hätte (vgl. A-292/2010 und A-293/2010 je E. 8.3).

21.4. Swisscom hat als Beschwerdeführerin in Bezug auf ihre Beschwerde gegen Ziffer 4 und Ziffer 5 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung teilweise (vgl. oben E. 21.3 sowie die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-292/2010 und A-293/2010 vom 19. August bzw. 30. August 2010 je E. 8.2) und als Beschwerdegegnerin in

Bezug auf die Beschwerde von Sunrise gegen Ziffer 2 vollständig (vgl. oben E. 21.3) obsiegt.

21.5. Über das ganze Verfahren gesehen sind Sunrise somit ¾, mithin Fr. 27'750.- und Swisscom ¼, mithin Fr. 9'250.- der Verfahrenskosten aufzuerlegen.

21.6. Keine Verfahrenskosten sind gemäss Art. 63 Abs. 2 VwVG der Vorinstanz aufzuerlegen.

21.7. Nach Art. 64 Abs. 1 VwVG hat die im Beschwerdeverfahren obsiegende Partei Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten. Vorliegend sind sowohl Swisscom als auch Sunrise als teilweise obsiegend zu betrachten. Da sie ihren internen Rechtsdienst mit der Interessenwahrung betraut haben und nicht durch externe Anwälte vertreten sind, stehen ihnen jedoch keine Parteientschädigungen zu (Art. 8 ff. VGKE, speziell Art. 9 Abs. 2 VGKE; vgl. auch BGE 133 III 439 E. 4).

22.
Dieses Urteil kann nicht beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 83 Bst. p Ziff. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Es ist somit endgültig.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde von Sunrise gegen Ziffer 2 des Dispositivs der Verfügung der Vorinstanz vom 1. Dezember 2009 wird abgewiesen.

2.
Die Beschwerde von Swisscom gegen Ziffer 4 des Dispositivs der

Verfügung der Vorinstanz vom 1. Dezember 2009 wird teilweise gutgeheissen und im Übrigen abgewiesen. Die Sache wird im Sinne der Erwägungen zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

3.
Die Beschwerde von Swisscom gegen Ziffer 5 des Dispositivs der Verfügung der Vorinstanz vom 1. Dezember 2009 wird teilweise gutgeheissen und im Übrigen abgewiesen. Die Sache wird im Sinne der Erwägungen zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

4.
4.1. Die Verfahrenskosten werden auf Fr. 37'000.- festgesetzt und zu ¾ Sunrise und zu ¼ Swisscom auferlegt.

4.2. Der auf Sunrise entfallende Betrag von Fr. 27'750.- wird mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 20'000.- verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 7'750.- ist nach Eröffnung des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen.

4.3. Der auf Swisscom entfallende Betrag von Fr. 9'250.- wird mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 8'000.- verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 1'250.- ist nach Eröffnung des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen.

5.
Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

6.
Dieses Urteil geht an:

– Swisscom (Einschreiben; Beilage: Einzahlungsschein)
– Sunrise (Einschreiben; Beilage: Einzahlungsschein)

– die Vorinstanz (Ref-Nr. AZ 330.35; Einschreiben)
– den Preisüberwacher

Die vorsitzende Richterin:	Der Gerichtsschreiber:
Marianne Ryter Sauvant	Cesar Röthlisberger

Versand: 13. April 2011