**Bundesverwaltungsgericht**
**Tribunal administratif fédéral**
**Tribunale amministrativo federale**
**Tribunal administrativ federal**



Abteilung I
A-2970/2010

# Urteil vom 22. März 2012

Besetzung

Richterin Marianne Ryter (Vorsitz),
Richterin Kathrin Dietrich, Richter Lorenz Kneubühler,
Gerichtsschreiber Pascal Baur.

Parteien

**Swisscom (Schweiz) AG,**
3050 Bern,
vertreten durch Fürsprecher Urs Prestinari und
Rechtsanwalt Daniel Muther, Swisscom AG,
Legal Services & Regulatory Affairs, 3050 Bern,
Beschwerdeführerin,

gegen

**Sunrise Communications AG,**
Hagenholzstrasse 20/22, Postfach, 8050 Zürich,
vertreten durch Olivier Buchs und Rechtsanwalt
Dr. iur. Matthias Amgwerd, Sunrise Communications AG,
Binzmühlestrasse 130, 8050 Zürich,
Beschwerdegegnerin,

und

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

Gegenstand

Bedingungen des Zugangs zu den Mietleitungen (MLF).

## Sachverhalt:

**A.**

Am 30. September 2008 reichte Sunrise Communications AG (nachfolgend: Sunrise) bei der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom) ein Gesuch um Erlass einer Zugangsverfügung gegen Swisscom (Schweiz) AG (nachfolgend: Swisscom) betreffend Mietleitungen ein. Sie stellte folgende materielle Anträge:

1. Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, regulierte Mietleitungen MLF technologieneutral und mit den markt- und branchenüblichen Übertragungskapazitäten resp. Spezifikationen anzubieten. Die Beschränkung auf Kupferleitungen (Klammereinschub "Kupfer" in Ziff. 4.4 Vertragsurkunde MLF und allfällig weitere Vertragsbestimmungen) und die Beschränkung auf eine Übertragungskapazität von 2 Mbit/s (Ziff. 5 Leistungsbeschreibung MLF und allfällig weitere Vertragsbestimmungen) seien entsprechend zu streichen resp. anzupassen.

2. Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, regulierte Mietleitungen MLF in der gesamten Schweiz, d.h. ohne Beschränkung auf Mietleitungen innerhalb vordefinierter Gebiete und ohne Ausschluss gewisser Regionen resp. Agglomerationen, anzubieten. Die Beschränkung auf Leitungen innerhalb von MLF-Gebieten (Ziff. 4.5 Vertragsurkunde MLF und allfällig weitere Vertragsbestimmungen) sei entsprechend zu streichen resp. anzupassen.

3. Es seien die von der Gesuchsgegnerin im Handbuch Preise MLF angeführten Preise – angepasst resp. erweitert um die im Sinne der Anträge 1 und 2 anzubietenden Mietleitungen – hinsichtlich deren Höhe und Struktur auf die Einhaltung der Kostenorientierung gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG resp. Art. 54 FDV zu überprüfen und rückwirkend auf den 1. April 2007 kostenorientiert festzulegen.

4. Es sei der Zins für Rück- bzw. Nachzahlungen (Ziff. 8.2.5 und Ziff. 8.3.1 Vertragsurkunde MLF) auf mindestens 5 % festzulegen.

Zur Begründung führte Sunrise aus, Swisscom sei hinsichtlich des Zugangs zu den Mietleitungen marktbeherrschende Anbieterin von Fernmeldediensten. Das von Swisscom veröffentlichte Basisangebot stehe im Widerspruch zur Verpflichtung gemäss dem Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (FMG, SR 784.10), auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen Zugang zu den Mietleitungen zu gewähren. So seien keine Gründe ersichtlich, die die geographische Einschränkung des Angebots und die Beschränkung auf Mietleitungen bis 2 Mbit/s rechtfertigten. Auch impliziere das Gesetz keine Beschränkung

des Angebots auf Kupferleitungen. Swisscom sei entsprechend zu verpflichten, Mietleitungen schweizweit technologieneutral und mit den markt- und branchenüblichen Bandbreiten resp. Spezifikationen zu offerieren. Die ComCom habe zudem rechtskonforme Preise für den Zugang zu den Mietleitungen sowie die Höhe der Verzinsung von Rückvergütungen festzusetzen.

**B.**
Swisscom nahm zum Gesuch am 4. Dezember 2008 Stellung. Sie stellte folgende materielle Anträge:

1. Für die Mietleitungen FMG seien rückwirkend ab 11. Juli 2008 Preise gemäss Beilage 3 zu verfügen.

2. Die zwischen den Parteien strittigen Bedingungen des Vertrags Mietleitungen FMG vom 1./11. Juli 2008 seien wie folgt zu verfügen:

   a) Ziffer 4.4 der Vertragsurkunde Mietleitungen FMG:

   "Der Dienst wird nur angeboten im Zusammenhang mit bestehenden und von Swisscom selber genutzten Infrastrukturen (Kupfer) von Swisscom und nur sofern diese über genügend Kapazität (inkl. Reserven) verfügen, bzw. nur wenn im betroffenen Anschlussbereich genügend Leitungen (inkl. Reserven) vorhanden sind. Die FDA hat keinen Anspruch auf einen Ausbau."

   b) Ziffer 4.5 der Vertragsurkunde Mietleitungen FMG:

   "Eine MLF wird nur angeboten, wenn sowohl ihr Anfangs- als auch ihr Endpunkt im gleichen Gebiet liegen, in welchem MLF angeboten werden (MLF Gebiet). Es werden keine MLF zwischen zwei MLF Gebieten angeboten. Ein MLF Gebiet von Swisscom umfasst eines oder mehrere Anschlussnetze inklusive der darin liegenden Anschlusszentralen von Swisscom. Eine Liste mit den verfügbaren MLF Gebieten respektive den verfügbaren Anschlussnetzen ist im Anhang MLF Gebiete enthalten."

   c) Ziffer 5 der Leistungsbeschreibung Mietleitungen FMG:

   "[1] Es sind die in der nachfolgenden Tabelle aufgeführten Übertragungskapazitäten und Schnittstellen verfügbar.

   [2] Die Einzelheiten sind im Handbuch Technik beschrieben."

Tabelle 1: Bandbreiten und Schnittstellen.

| Bandbreite | Beschreibung |
|---|---|
| 1'984 kbit/s | 1'984 kbit/s strukturiert und Schnittstellen nach ITU-T Empfehlung G.703, G.704/120Ω, X.21, V.35, V.36 |
| 2'048 kbit/s | 2'048 kbit/s unstrukturiert und Schnittstellen nach ITU-T Empfehlung G.703/120Ω, X.21, V.35 |

d) Ziff. 8.2.5 Sätze 2 f. der Vertragsurkunde Mietleitungen FMG vom 1./11. Juli 2008 sei wie folgt zu verfügen:

"Eventuelle Rück- oder Nachzahlungen werden zu einem Basissatz CHF LIBOR sechs Monate verzinst. Als Stichtag zur Festlegung des Basissatzes wird das Ende des Monats, in dem die Dienstleistungen wirtschaftlich erbracht wurden, verwendet."

e) Ziff. 8.3.1 Sätze 2 f. der Vertragsurkunde Mietleitungen FMG vom 1./11. Juli 2008 sei wie folgt zu verfügen:

"Eventuelle Rück- oder Nachzahlungen werden zu einem Basissatz CHF LIBOR sechs Monate verzinst. Als Stichtag zur Festlegung des Basissatzes wird das Ende des Monats, in dem die Dienstleistungen wirtschaftlich erbracht wurden, verwendet."

3. Anderslautende oder weitergehende Begehren der Gesuchstellerin seien abzuweisen.

Zur Begründung machte Swisscom geltend, der aktuelle und potenzielle Wettbewerb führe bei gewissen Mietleitungen dazu, dass sie sich nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten könne. Hinsichtlich dieser Mietleitungen komme ihr deshalb keine marktbeherrschende Stellung zu. Dies gelte schweizweit bei Mietleitungen im Fernnetz und bei Mietleitungen mit einer Bandbreite von mehr als 2 Mbit/s sowie in den sechs grössten Ballungszentren zudem bei Mietleitungen mit einer Kapazität bis 2 Mbit/s. Sie biete diese Mietleitungen entsprechend nicht als reguliertes Basisangebot im Sinne von Art. 53 der Verordnung vom 9. März 2007 über Fernmeldedienste (FDV, SR 784.101.1) an. Aufgrund der aktuellen Wettbewerbssituation sei sie aber zurzeit bereit, Mietleitungen mit einer Bandbreite bis 2 Mbit/s, die auf der Doppelader-Metallleitung basierten und ihren Anfangs- und Endpunkt in einem MLF-Gebiet ausserhalb der Agglomerationen Basel, Bern, Genf, Lausanne, Lugano und Zürich hätten, als Basisangebot anzubieten. Die sog. Carrier Ethernet Services (CES), für die Sunrise ebenfalls die Festsetzung der Preise verlange, fie-

len nicht unter den Mietleitungsbegriff des FMG, weshalb eine Regulierung dieser Dienste von vornherein ausgeschlossen sei.

**C.**
Im Rahmen des u.a. den Zugang zu den Mietleitungen betreffenden parallelen Zugangsverfahrens zwischen COLT Telecom Services AG (nachfolgend: COLT) und Swisscom führte das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) bereits im Frühling 2008 eine Befragung von Fernmeldedienstanbieterinnen (nachfolgend: FDA) durch. Auf sein Ersuchen hin erstattete die Wettbewerbskommission (WEKO) am 23. Juni 2008 ein Gutachten zur Beurteilung der Marktstellung von Swisscom gemäss Art. 11a Abs. 2 FMG. Darin kam sie zum Schluss, bereits der aktuelle Wettbewerb auf dem Markt für Mietleitungen im Fernnetz lasse darauf schliessen, dass sich Swisscom nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten könne, weshalb sie bezüglich dieser Mietleitungen nicht als marktbeherrschende Anbieterin von Fernmeldediensten im Sinne von Art. 11 Abs. 1 FMG qualifiziert werden könne. Demgegenüber sei sie aufgrund des fehlenden aktuellen und potenziellen Wettbewerbs auf dem Markt für Mietleitungen im Anschlussnetz in der Lage, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Sie sei daher hinsichtlich dieser Mietleitungen als marktbeherrschende Anbieterin von Fernmeldediensten im Sinne von Art. 11 Abs. 1 FMG zu beurteilen.

**D.**
Am 16. Januar 2009 forderte das BAKOM im Zugangsverfahren zwischen Sunrise und Swisscom bzw. COLT und Swisscom verschiedene FDA auf, die anlässlich der Marktbefragung vom Frühling 2008 gemachten Angaben zu ergänzen bzw. zu präzisieren.

**E.**
Am 9. November 2009 unterbreitete das BAKOM der Preisüberwachung seine vorläufige Einschätzung zur Streitsache und ersuchte sie um Stellungnahme gemäss Art. 15 des Preisüberwachungsgesetzes vom 20. Dezember 1985 (PüG, SR 942.20). Die Preisüberwachung äusserte sich am 7. Dezember 2009 und empfahl, die ihr unterbreiteten Mietleitungspreise der ComCom zum Beschluss vorzulegen. Hinsichtlich des Zugangsverfahrens wird im Übrigen auf die Darstellung in der angefochtenen Teilverfügung der ComCom vom 10. März 2010 verwiesen.

**F.**
Mit Teilverfügung vom 10. März 2010 entschied die ComCom über einen

Teil des Zugangsgesuchs von Sunrise. Sie setzte mit Wirkung ab 1. April 2007 für die Jahre 2007 bis 2009 die monatlich wiederkehrenden Preise für Mietleitungen mit den Servicequalitäten "Basic" und "Silver" innerhalb des gleichen Anschlussnetzes bzw. innerhalb der gleichen Trunkregion mit einer Bandbreite bis zu 2,5 Gbit/s, inklusive solcher mit elektrischer oder optischer Anbindung, sowie die einmalig anfallenden Preise fest (Dispositivziffer 1). Im Weiteren verpflichtete sie Swisscom, bis spätestens 31. Mai 2010 ein gesetzeskonformes Mietleitungsangebot zu veröffentlichen (Dispositivziffer 2) und erhöhte den Zinssatz für Rück- oder Nachzahlungen in zwei Klauseln der Vertragsurkunde Mietleitungen FMG vom 1./11. Juli 2008 zwischen Sunrise und Swisscom (Dispositivziffer 3; nachfolgend: MLF-Vertrag). Schliesslich auferlegte sie Swisscom die Verfahrenskosten von Fr. 266'900.-- (Dispositivziffer 4).

Zur Begründung führte sie aus, sie habe grundsätzlich keine Veranlassung, bei der Beurteilung der Marktbeherrschung vom Gutachten der WEKO abzuweichen. Entgegen der Ansicht von Swisscom sei somit namentlich von einem einheitlichen Mietleitungsmarkt für alle Bandbreiten auszugehen. Auch bestünden für den für die Teilverfügung relevanten Untersuchungszeitraum der Jahre 2007 bis 2009 aufgrund der genügend homogenen Wettbewerbsverhältnisse keine ausreichenden Anhaltspunkte für eine räumliche Unterteilung des Markts für terminierende Segmente von Mietleitungen. Einzig bei der Frage der Abgrenzung von Fern- und Anschlussnetz bzw. von Trunk- und terminierendem Netz sei das Gutachten der WEKO zu präzisieren und das Trunknetz weiter zu fassen.

Swisscom komme im Trunknetz keine marktbeherrschende Stellung zu. Demgegenüber sei sie auf dem schweizweiten Markt für terminierende Segmente von Mietleitungen aller Bandbreiten als marktbeherrschend zu qualifizieren. Sie sei daher gestützt auf Art. 11 Abs. 1 Bst. e FMG auf diesem Markt verpflichtet, Mietleitungen zu nicht diskriminierenden Bedingungen und kostenorientierten Preisen anzubieten. Dies gelte auch hinsichtlich der kommerziell angebotenen CES, da es sich bei diesen ebenfalls um Mietleitungen im Sinn des FMG handle. Das Angebot sei national einheitlich, technologieneutral und über sämtliche Bandbreiten auszugestalten. Es habe mindestens dem Leistungsumfang sowie den Bedingungen zu entsprechen, die Swisscom auch kommerziell anbiete. Dies gelte insbesondere für die Servicequalitäten. In technischer Hinsicht habe das Angebot darüber hinaus auch den markt- und branchenüblichen Anforderungen zu genügen.

Hinsichtlich der Preise stelle das Kostenmodell COSMOS von Swisscom zwar grundsätzlich ein ausreichend präzises Rechenmodell zum Nachweis der kostenorientierten Preisgestaltung der regulierten Dienste dar. Dessen materielle Überprüfung ergebe jedoch, dass bei einigen Spezifikationen bzw. Inputparametern zwingend Anpassungen vorzunehmen seien, um die Kostenorientiertheit gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG und Art. 54 FDV umzusetzen. Nicht zu beanstanden sei dagegen die Bewertung nach Wiederbeschaffungsneuwerten, da diese gemäss Art. 54 FDV vorgeschrieben sei. Die Preise für die Jahre 2007 bis 2009 seien unter Berücksichtigung dieser Anpassungen festzusetzen.

**G.**

Mit Eingabe vom 26. April 2010 erhebt die Swisscom (nachfolgend: Beschwerdeführerin) Beschwerde gegen die Teilverfügung der ComCom (nachfolgend: Vorinstanz) vom 10. März 2010. Sie beantragt, es sei Dispositivziffer 1 der angefochtenen Verfügung – mit Ausnahme der einmalig anfallenden Preise für Bandbreiten ≤ 622 Mbit/s – aufzuheben und es seien die monatlich wiederkehrenden Preise für Mietleitungen innerhalb des gleichen Anschlussnetzes bzw. innerhalb der gleichen Trunkregion mit einer Bandbreite von 2 Mbit/s und den Servicequalitäten Basic bzw. Premium/Silver, inklusive solcher mit elektrischer oder optischer Anbindung, wie von ihr beantragt festzulegen (Ziffer 1.a Rechtsbegehren). Eventualiter sei die Angelegenheit zur Neufestlegung dieser Preise an die Vorinstanz zurückzuweisen (Ziffer 1.b Rechtsbegehren). Subeventualiter sei Dispositivziffer 1 – mit Ausnahme der einmalig anfallenden Preise – aufzuheben und es seien die Preise für Mietleitungen für die Jahre 2007 bis 2009 vom Bundesverwaltungsgericht neu festzulegen oder es sei die Angelegenheit zur Neufestlegung dieser Preise an die Vorinstanz zurückzuweisen (Ziffer 1.c Rechtsbegehren).

Zu verfügen seien ausserdem die weiteren zwischen ihr und Sunrise (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) strittigen Bedingungen des MLF-Vertrags, und zwar wie folgt (Ziffer 1.a Rechtsbegehren):

> Ziffer 4.4 der Vertragsurkunde Mietleitungen FMG:
>
> Der Dienst wird nur angeboten im Zusammenhang mit bestehenden und von Swisscom selber genutzten Infrastrukturen (Kupfer) von Swisscom und nur sofern diese über genügend Kapazität (inkl. Reserven) verfügen, bzw. nur wenn im betroffenen Anschlussbereich genügend Leitungen (inkl. Reserven) vorhanden sind. Die FDA hat keinen Anspruch auf einen Ausbau.

Ziffer 4.5 der Vertragsurkunde Mietleitungen FMG:

Eine MLF wird nur angeboten, wenn sowohl ihr Anfangs- als auch ihr Endpunkt in der gleichen Trunkregion liegen und sich deren Endpunkte nicht innerhalb einer Agglomeration befinden.

Eine Trunkregion umfasst eine Trunkortschaft mit den nächstgelegenen Anschlusszentralen bzw. Anschlussnetzen von Swisscom. Als Trunkortschaft gilt jeder Ort, in welchem mindestens zwei FDA über Räume mit eigener Ausrüstung verfügen und hierfür einen Vertrag Kollokation FDV mit Swisscom abgeschlossen haben. Die geographische Ausdehnung einer Trunkortschaft und die dieser Trunkortschaft zugehörigen Anschlusszentralen bzw. Anschlussnetze werden dabei anhand der Postleitzahlen bestimmt. Eine Liste mit den verfügbaren Trunkregionen respektive den verfügbaren Anschlussnetzen ist im Anhang Trunkregionen enthalten. Wo in den Vertragsdokumenten vom Anhang MLF Gebiete die Rede ist, ist der Anhang Trunkregionen gemeint. Es werden keine MLF zwischen zwei Trunkregionen bzw. zwischen zwei Trunkortschaften angeboten.

Die Agglomerationen sind im Anhang Agglomerationen ersichtlich. In diesen Gebieten bietet Swisscom keine MLF an.

Ziffer 4.6 der Vertragsurkunde Mietleitungen FMG:

Anfangs- bzw. Endpunkte einer MLF können sich in einer Anschlusszentrale von Swisscom, in einem Standort der FDA oder beim Endkunden der FDA befinden. Sofern sich ein Anfangs- oder ein Endpunkt in einer Anschlusszentrale von Swisscom befindet, muss die FDA entweder mit Swisscom bereits einen Vertrag Kollokation FDV abgeschlossen haben oder eine Machbarkeit zur Kollokation FDV mit positivem Ergebnis aufweisen. Verbindliche Angaben zum Bezug von Kollokation FDV sind im Rahmen des Vertrages Kollokation FDV erhältlich.

Ziffer 5.9 der Vertragsurkunde Mietleitungen FMG:

Swisscom kann die Anhänge Trunkregionen und Agglomerationen jederzeit anpassen. Die FDA wird vom Swisscom unter Einhaltung einer Mitteilungsfrist von 30 Tagen über Änderungen informiert.

Ziffer 5 der Leistungsbeschreibung Mietleitungen FMG:

[1] Es sind die in der nachfolgenden Tabelle aufgeführten Übertragungskapazitäten und Schnittstellen verfügbar.

[2] Die Einzelheiten sind im Handbuch Technik nachzulesen.

Tabelle 1: Bandbreiten und Schnittstellen

| Bandbreite | Beschreibung |
|---|---|
| 1'984 kbit/s | 1'984 kbit/s strukturiert und Schnittstellen nach ITU-T Empfehlung G.703, G.704/120Ω, X.21, V.35, V.36 |
| 2'048 kbit/s | 2'048 kbit/s unstrukturiert und Schnittstellen nach ITU-T Empfehlung G.703/120Ω, X.21, V.35 |

Dispositivziffer 2 der angefochtenen Verfügung sei ebenfalls aufzuheben (Ziffer 2.a Rechtsbegehren) oder es sei ihr zumindest eine angemessene Frist von mindestens fünf Monaten ab Rechtskraft des Urteils in der vorliegenden Beschwerdesache einzuräumen, um ein gesetzeskonformes Mietleitungsangebot zu veröffentlichen (Ziffer 2.b Rechtsbegehren). Aufzuheben sei auch Dispositivziffer 4 der angefochtenen Verfügung und es sei die Angelegenheit zur neuen Verlegung der Verfahrenskosten entsprechend dem Ausgang des vorliegenden Beschwerdeverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen. Diese sei dabei anzuweisen, den geltend gemachten Verfahrensaufwand in nachvollziehbarer Weise zu begründen und von einer mehrfachen Verrechnung von Verfahrensaufwand abzusehen sowie den Verfahrensaufwand für Instruktionsverhandlungen, die für den Erlass der angefochtenen Verfügung nicht nötig gewesen seien, auszusondern und nicht in Rechnung zu stellen (Ziffer 3 Rechtsbegehren).

Zur Begründung führt die Beschwerdeführerin aus, entgegen der Ansicht der Vorinstanz sei zwischen dem Markt für Mietleitungen mit einer Bandbreite von 2 Mbit/s und dem Markt für Mietleitungen mit grösserer Bandbreite sowie – in räumlicher Hinsicht – zwischen dem Markt für Mietleitungen in den Agglomerationen Basel, Bern, Genf, Lausanne, Lugano und Zürich und dem Markt für Mietleitungen in der restlichen Schweiz zu unterscheiden. Weder auf dem Markt in den sechs Agglomerationen noch auf dem Markt mit einer Bandbreite über 2 Mbit/s komme ihr eine marktbeherrschende Stellung zu. Gleiches gelte hinsichtlich der Mietleitungen im Trunknetz, was auch die Vorinstanz anerkenne. Entgegen deren Ansicht sei die Zahl der Trunkortschaften zumindest in den Jahren 2008 und 2009 jedoch deutlich höher. Eine Angebotspflicht bestehe somit nur für Mietleitungen mit einer Bandbreite von 2 Mbit/s, deren Anfangs- und Endpunkte in der gleichen Trunkregion, aber nicht innerhalb einer der vorerwähnten Agglomerationen liegen. Die Angebotspflicht sei zudem auf kupferbasierte Mietleitungen begrenzt und umfasse auch nicht die CES, die nicht unter den Mietleitungsbegriff des FMG subsumiert werden könnten. Die Preise für die zu regulierenden Mietleitungen seien deshalb neu

festzusetzen, weil die von der Vorinstanz vorgenommenen Preisanpassungen auf einer unvollständigen Abklärung des relevanten Sachverhalts und einer Verletzung von Bundesrecht beruhten und daher rückgängig zu machen seien. Die weiteren strittigen Bedingungen des MLF-Vertrags seien wegen der Unvollständigkeit des Verfügungsdispositivs zu verfügen.

Der Vorinstanz fehle weiter die aufsichtsrechtliche Kompetenz, sie zur Veröffentlichung eines gesetzeskonformen Mietleitungsangebots anzuhalten. Dispositivziffer 2 der angefochtenen Verfügung sei somit bereits aus diesem Grund unzulässig. Auf jeden Fall sei die eingeräumte Frist unangemessen kurz.

Die Vorinstanz liefere schliesslich für die Höhe der Verfahrenskosten keinerlei Begründung, was eine Verletzung der Begründungspflicht darstelle und zudem zur Folge habe, dass eine bundesrechtswidrige Kostenauflage nicht ausgeschlossen werden könne.

**H.**
Am 2. Juli 2010 nimmt die WEKO zur Beschwerde Stellung. Sie führt aus, sie sehe sich grundsätzlich nicht veranlasst, von der Markteinschätzung gemäss ihrem Gutachten vom 23. Juni 2008 abzuweichen. Dies gelte namentlich auch hinsichtlich der im Gutachten getroffenen Unterscheidung zwischen einem Fern- und einem Anschlussnetz, die von der Vorinstanz präzisiert worden sei. Während das Fernnetz sämtliche Verbindungen zwischen den 18 "Points of Interconnection" (nachfolgend: PoI) umfasse, definiere die Vorinstanz an dessen Stelle ein sogenanntes Trunknetz, das alle Verbindungen zwischen den "Points of Presence" (nachfolgend: PoP) umfasse, bei denen funktionierender Wettbewerb angenommen werde. Damit weiche die Vorinstanz von ihrem Vorgehen (dem Vorgehen der WEKO) ab, da sie (die WEKO) bei der Marktabgrenzung die Wettbewerbsverhältnisse grundsätzlich nicht beachte und dabei der von den höheren Instanzen vorgegebenen Praxis folge.

**I.**
Am 9. Juli 2010 äussert sich auch die Preisüberwachung zur Beschwerde. Sie macht geltend, es stelle sich in erster Linie die Frage, ob mit dem verwendeten Kalkulationsmodell der nichtdiskriminierende Netzzugang gewährleistet sei. Ausserdem sei zu beachten, dass eine Kalkulation, die sich stärker an den historischen Herstellkosten und den getätigten Abschreibungen der Beschwerdeführerin orientiere, den wirksamen Wett-

bewerb zwischen den Anbietern fördern und damit zu tieferen Konsumentenpreisen führen würde. Rechtlich bestünden deshalb verschiedene Fragen betreffend Nichtdiskriminierung, Kostenorientierung und Transparenz.

Die Prüfung der Kalkulation sei von der Vorinstanz im Weiteren mit grossem Aufwand und nach bestem Wissen und Gewissen durchgeführt worden. Der Gestaltungsspielraum, den Modellrechnungen böten, zwinge die Behörden, über eine Vielzahl von Annahmen und Parametern zu entscheiden. Dadurch ergebe sich nicht nur ein grosser Ermessensspielraum, sondern vor allem auch ein grosser Ermessensbedarf. Der Umstand, dass das Kalkulationsmodell von der Beschwerdeführerin gestaltet werde, die bezüglich ihrer eigenen Kostensituation gegenüber der Vorinstanz über einen grossen Wissensvorsprung verfüge, zwinge diese im Übrigen zu einer kritischen Haltung. Wenn die Vorinstanz in der einen oder anderen Frage einen strengeren Beurteilungsmassstab wähle als dies von der Beschwerdeführerin als vernünftig erachtet werde, dürfe nicht vergessen werden, dass die gewählte Methodik mit der Netzbewertung gestützt auf Wiederbeschaffungswerte für die Beschwerdeführerin insgesamt sehr vorteilhaft sei.

**J.**

Die Beschwerdegegnerin beantragt in ihrer Beschwerdeantwort vom 23. Juli 2010 die Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung führt sie aus, der Mietleitungsbegriff sei vom Gesetzgeber bewusst technologieneutral formuliert worden. Es gehe deshalb nicht an, das Zugangsregime auf kupferbasierte Mietleitungen bzw. das Netz der ehemaligen Telecom PTT zu beschränken. Als Mietleitungen seien vielmehr namentlich auch die CES zu qualifizieren. Der sorgfältigen, nachvollziehbaren und plausiblen Marktabgrenzung der Vorinstanz sei im Weiteren zuzustimmen. Insbesondere führe die von dieser verwendete Heuristik zu einer zuverlässigen Bestimmung des Trunknetzes. Die Vorinstanz beurteile auch die Marktstellung der Beschwerdeführerin richtig. Ebenfalls zurückzuweisen sei die Kritik der Beschwerdeführerin an den Preisanpassungen der Vorinstanz. Die Beschwerdeführerin verkenne insbesondere, dass der Grund für diese Anpassungen ihre eigene ungenügende Umsetzung der Kriterien von Art. 54 FDV sei. Nicht zu beanstanden sei schliesslich die Verpflichtung der Beschwerdeführerin, ein gesetzeskonformes Mietleitungsangebots zu veröffentlichen, beanspruchten doch die verfügten Zugangsbedingungen aufgrund des Diskriminierungsverbots auch im Verhältnis zu Dritten Geltung. Die eingeräumte Frist von 11 Wochen sei im

Übrigen absolut genügend, da es nicht um die Entwicklung eines neues Produkts mit den zugehörigen Prozessen, sondern um die Anpassung eines bestehenden Produkts gehe.

**K.**
Die Vorinstanz beantragt in ihrer Stellungnahme vom 28. Juli 2010, die Beschwerde sei teilweise gutzuheissen und Dispositivziffer 1 der angefochtenen Verfügung im Sinne ihrer Erwägungen anzupassen; ansonsten sei sie abzuweisen. Sie macht geltend, sie habe in zwei Fällen den Kostenverteilschlüssel der Beschwerdeführerin nicht im erforderlichen Ausmass angepasst. Die Korrektur dieses Versehens führe dazu, dass die monatlichen Preise (Basis) für 2 Mbit/s-Mietleitungen der Servicequalität Basic und Silver für das Jahr 2009 um Fr. 0.03 und für die Jahre 2008 und 2007 um Fr. 0.02 zu erhöhen seien. Demgegenüber seien die monatlichen Preise (Basis) für alle anderen Mietleitungen der Servicequalität Basic und Silver für das Jahr 2009 um Fr. 10.58, für das Jahr 2008 um Fr. 8.70 und für das Jahr 2007 um Fr. 8.94 zu senken. Im Übrigen hält sie grundsätzlich an ihren Ausführungen und Feststellungen in der angefochtenen Verfügung fest, ergänzt diese und weist die dagegen gerichteten Einwände der Beschwerdeführerin zurück.

**L.**
Die Beschwerdeführerin bekräftigt in ihrer Replik vom 1. Oktober 2010 grundsätzlich ihre Anträge und Ausführungen in der Beschwerde. Neu beantragt sie folgende Ergänzung von Ziffer 4.5 des MLF-Vertrags (vgl. den Wortlaut oben in Bst. G; Ergänzung unterstrichen):

> "Als Trunkortschaft gilt jeder Ort, in welchem neben Swisscom mindestens zwei FDA über Räume mit eigener Ausrüstung verfügen und hierfür einen Vertrag Kollokation FDV mit Swisscom abgeschlossen haben."

Hinsichtlich der von der Vorinstanz in der Vernehmlassung beantragten Preisanpassungen macht sie geltend, diese seien in sachlicher Hinsicht keine Verbesserung bzw. würden deren Anspruch, eine konsistente Beurteilungspraxis zu entwickeln und anzuwenden, nicht gerecht; sie seien entsprechend abzulehnen.

**M.**
Auf Einladung der Instruktionsrichterin reicht die WEKO am 17. bzw. 29. November 2010 eine weitere Vernehmlassung ein. Sie hält grundsätzlich an der Markteinschätzung gemäss ihrem Gutachten vom 23. Juni 2008 fest und unterstreicht, dies gelte auch dort, wo die Vorinstanz nicht

dem Gutachten folge. Ausserdem äussert sie sich zu einer Reihe von Vorbringen der Beschwerdeführerin in der Replik.

**N.**
Die Preisüberwachung hält in ihrem zweiten Fachbericht vom 3. Dezember 2010 an ihren Ausführungen und Schlussfolgerungen im ersten Fachbericht fest und nimmt zu ausgewählten Ziffern der Replik Stellung. Sie weist namentlich darauf hin, dass sich ihre Bedenken auf das Kalkulationsmodell der Beschwerdeführerin bezögen; gegen die Korrekturen der Vorinstanz an deren Kalkulation habe sie dagegen nichts einzuwenden.

**O.**
Die Beschwerdegegnerin beantragt in ihrer Duplik vom 9. Dezember 2010, die Beschwerde sei insoweit gutzuheissen, als die Preise in Dispositivziffer 1 der angefochtenen Verfügung gemäss dem Antrag der Vorinstanz in der Vernehmlassung zu korrigieren seien; ansonsten sei sie abzuweisen. Im Weiteren bekräftigt sie grundsätzlich ihren Standpunkt und nimmt ergänzend zur Replik der Beschwerdeführerin Stellung.

**P.**
Die Vorinstanz hält in ihrer Duplik vom 9. Dezember 2010 grundsätzlich an ihrer Auffassung fest und äussert sich ergänzend zur Replik der Beschwerdeführerin. Weiter nimmt sie zu den CES bzw. zur gesetzlichen Mietleitungsdefinition Stellung und erläutert, wieso sie abweichend von der WEKO anstelle eines Fern- und eines Anschlussnetzes ein Trunk- und ein terminierendes Netz definiert hat.

**Q.**
Die Beschwerdeführerin hält in ihren Schlussbemerkungen vom 27. Januar 2011 grundsätzlich an ihren Anträgen und Ausführungen fest und äussert sich ergänzend zur Duplik der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin sowie zur zweiten Vernehmlassung der WEKO und zum zweiten Fachbericht der Preisüberwachung. Die Vorinstanz verweist in ihren Schlussbemerkungen vom gleichen Datum grundsätzlich auf ihre bisherige Darstellung und macht einige zusätzliche Bemerkungen.

**R.**
Mit Verfügung vom 8. Juli 2011 werden die Vorinstanz und die WEKO darauf hingewiesen, dass der Anteil der Koaxial-Mietleitungsanschlüsse auf dem Mietleitungsmarkt gemäss der Amtlichen Fernmeldestatistik

2009 per Ende 2009 mehr als 12 % ausgemacht habe. Sie werden aufgefordert, dazu Stellung zu nehmen, welche Bedeutung diesem Umstand für die Abgrenzung und die Analyse des Mietleitungsmarkts in dem von der angefochtenen Verfügung umfassten Zeitraum zukomme. Am 10. August 2011 nimmt die WEKO, am 25. August 2011 die Vorinstanz Stellung. Beide halten grundsätzlich an ihrem Standpunkt fest. Die Beschwerdegegnerin schliesst sich in ihrer Eingabe vom 15. September 2011 den Ausführungen der Vorinstanz vom 25. August 2011 an. Die Beschwerdeführerin äussert sich am 21. September 2011 und macht u.a. geltend, es sei unerlässlich, die Frage der Marktbeherrschung neu zu beurteilen, sofern das Bundesverwaltungsgericht nicht zum Schluss komme, ihre Angebotspflicht umfasse nur Mietleitungen mit einer Bandbreite von 2 Mbit/s ausserhalb der grossen Agglomerationen. Am 7. Oktober 2011 nimmt die Beschwerdegegnerin unaufgefordert zu dieser Eingabe Stellung und äussert sich zu einzelnen Punkten.

**S.**
Am 20. Oktober 2011 teilt die Beschwerdeführerin mit, das BAKOM beabsichtige im Zugangsverfahren 1000312744 betreffend Interkonnektion (IC), Entbündelung der Teilnehmeranschlussleitung (TAL) und Kollokation (KOL), der Vorinstanz zu beantragen, die Herleitung der Preise für Glasfaserspleissungen anhand von Mittelpreisen zu akzeptieren. Damit weiche es von der bisherigen Praxis der Vorinstanz ab, die den günstigsten Marktpreis verlange. Die Preisüberwachung habe dieses Vorgehen in ihrer Empfehlung an die Vorinstanz akzeptiert bzw. dagegen keine Vorbehalte vorgebracht. Dies zeige, dass deren Praxis nicht haltbar sei.

Die Vorinstanz erklärt am 9. November 2011, sie habe zurzeit keine näheren Kenntnisse über die Gründe, die aus Sicht des BAKOM eine Abkehr von der bisherigen Berechnung rechtfertigten. Es müsse daher offen bleiben, ob sie eine Änderung bei der Kostenberechnung für Glasfaserspleissungen beschliessen werde. Bevor sie über eine allfällige Änderung ihrer Praxis im Drittverfahren entschieden habe, könne sie zu den Ausführungen der Beschwerdeführerin nicht materiell Stellung nehmen.

Die Preisüberwachung führt in ihrer Stellungnahme vom 14. November 2011 aus, sie habe sich in ihrer Empfehlung an die Vorinstanz aus Prioritätsüberlegungen nicht zu den Modellanpassungen am Kostennachweis der Beschwerdeführerin und somit weder positiv noch negativ zur vorgeschlagenen Praxisänderung geäussert. Sie erachte die bisherige Praxis weiterhin als korrekt, modellkonform und damit unter Berücksichtigung

des Ermessensspielraums der Vorinstanz problemlos vertretbar. In formeller Hinsicht stelle sich die Frage, ob Erwägungen des BAKOM bezüglich der Tarife für das Jahr 2011 für das vorliegende Verfahren relevant sein könnten.

Die Beschwerdegegnerin schliesst sich in ihrer Stellungnahme vom 28. November 2011 der Auffassung der Vorinstanz und der Preisüberwachung an und hält es auf Grund der Anforderungen in Art. 54 Abs. 2 FDV für gerechtfertigt, auf die Preise des günstigsten Lieferanten abzustellen. Dies scheine insbesondere bei Wachstumsmärkten wie dem Geschäft mit der Glasfasertechnologie sachgerecht.

**T.**
Auf die weiteren Vorbringen der Verfahrensbeteiligten sowie die bei den Akten liegenden Unterlagen wird – soweit entscheidwesentlich – in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

## Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

### Prozessvoraussetzungen

**1.**

**1.1.** Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), sofern sie von einer Vorinstanz nach Art. 33 VGG stammen und keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Während End- und Teilverfügungen ohne weitere Voraussetzungen anfechtbar sind (Art. 44 VwVG), ist bei selbständig eröffneten Zwischenverfügungen zu differenzieren. Stets zulässig ist eine Beschwerde gegen Zwischenverfügungen über die Zuständigkeit und über Ausstandsbegehren (Art. 45 Abs. 1 VwVG). Gegen andere Zwischenverfügungen ist eine Beschwerde dagegen nur zulässig, wenn sie entweder einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können – wobei ein tatsächlicher Nachteil genügt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_86/2008 vom 23. April 2008 E. 3.2; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-515/2008 vom 4. Juni 2008 E. 1.2, B-5168/2007 vom 18. Oktober 2007 E. 1.2.1 und B-1907/2007 vom 14. Mai 2007 E. 1.1) – oder die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen be-

deutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Art. 46 Abs. 1 Bst. a und b VwVG). Obschon Art. 45 und 46 VwVG – abweichend von Art. 92 und Art. 93 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110), wo von Vor- und Zwischenentscheiden die Rede ist – den Begriff der Vorverfügung nicht erwähnen, ist davon auszugehen, der Begriff der Zwischenverfügung umfasse auch Vorverfügungen, mithin also Entscheide über materiellrechtliche Vorfragen, die das Verfahren vor einer Behörde nicht im Sinn einer Endverfügung abschliessen (vgl. FELIX UHLMANN/SIMONE WÄLLE-BÄR, in: Praxiskommentar VwVG, Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Zürich 2009, Art. 44 N. 22, Art. 45 N. 4 f.; FELIX UHLMANN, in: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar BGG, 2. Aufl., Basel 2011, Art. 92 N. 2 f., Art. 93 N. 1; RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS/DANIELA THURNHERR/DENISE BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht, 2. Aufl., Basel 2010, Rz. 1870 [zum BGG]; BGE 136 II 165 E. 1.1, BGE 135 II 30 E. 1.3.1 und BGE 134 II 137 E. 1.3.2).

**1.1.1.** Dispositivziffer 1 legt mit Wirkung ab 1. April 2007 die monatlich wiederkehrenden Preise für die Mietleitungen, die von der Beschwerdegegnerin in den Jahren 2007 bis 2009 bezogen wurden, sowie die einmalig anfallenden Preise fest. Sie schliesst das Zugangsverfahren für die Jahre 2007 bis 2009 ab und kann inhaltlich als Teilverfügung qualifiziert werden. Sie ist daher ohne weitere Voraussetzungen anfechtbar. Dies gilt auch für Dispositivziffer 4, mit der der Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten von Fr. 266'900.– auferlegt werden.

**1.1.2.** Dispositivziffer 2 verpflichtet die Beschwerdeführerin zur Veröffentlichung eines gesetzeskonformen Mietleitungsangebots bis spätestens 31. Mai 2010. Ob sie angefochten werden kann, hängt zunächst davon ab, ob die Eckpunkte des zu veröffentlichenden Angebots in rechtsgenüglicher Form verfügt wurden. Die Beschwerdeführerin bestreitet dies mit dem Argument, die konkreten Eckpunkte würden im Verfügungsdispositiv nicht genannt. Die Beschwerdegegnerin ist demgegenüber der Ansicht, aus der Entscheidbegründung gehe klar hervor, wie das gesetzeskonforme Mietleitungsangebot auszusehen habe. Auch die Vorinstanz macht geltend, die grundsätzlichen Aspekte des zu veröffentlichenden Mietleitungsangebots würden in den Erwägungen der Verfügung festgehalten.

Das Bundesverwaltungsgericht hat sich mit der hier streitigen Frage bereits in seinem Urteil A-2969/2010 vom 28. Februar 2012 betreffend das

parallele Mietleitungs-Zugangsverfahren zwischen der Beschwerdeführerin und COLT (nachfolgend: A-2969/2010) auseinandergesetzt, wo sich die gleiche Frage stellte (vgl. E. 1.1.2). Es hat ausgeführt, Dispositivziffer 2 umschreibe nicht, was unter einem gesetzeskonformen Mietleitungsangebot zu verstehen sei. Sie bedürfe daher der Auslegung, bei der auf die Verfügungsbegründung zurückzugreifen sei. Diese halte in Ziff. II.2.2.4 insbesondere fest, die CES der Beschwerdeführerin seien als Mietleitungen im Sinn von Art. 3 Bst. $e^{bis}$ FMG zu qualifizieren, weshalb sie grundsätzlich Gegenstand der Regulierung nach Art. 11 Abs. 1 Bst. e FMG bildeten. In Ziff. II.2.3.4 werde weiter das zu veröffentlichende Mietleitungsangebot zusammenfassend umschrieben. Danach sei die Beschwerdeführerin verpflichtet, Mietleitungen zu nicht diskriminierenden Bedingungen und kostenorientierten Preisen anzubieten. Das Angebot sei national einheitlich, technologieneutral und über sämtliche Bandbreiten auszugestalten. Weiter habe es mindestens dem Leistungsumfang sowie den Bedingungen zu entsprechen, die die Beschwerdeführerin auch kommerziell anbiete. Dies gelte insbesondere bezüglich der Servicequalitäten. In technischer Hinsicht habe das Angebot darüber hinaus auch den markt- und branchenüblichen Anforderungen zu entsprechen. Aus der Verfügungsbegründung gehe somit mit ausreichender Deutlichkeit hervor, wie das zu veröffentlichende Mietleitungsangebot in den Grundzügen auszugestalten sei. Ebenso ergebe sich daraus, dass die von der Beschwerdeführerin kommerziell angebotenen CES nach Ansicht der Vorinstanz sämtliche Kriterien einer Mietleitung erfüllten und deshalb Gegenstand der Regulierung nach Art. 11 Abs. 1 Bst. e FMG bildeten. Dass die Vorinstanz für IP-basierte bzw. Ethernet-Dienste wie CES noch keine konkreten Anordnungen getroffen habe, ändere daran nichts. Da die Beschwerdegegnerin diese Dienste in den Jahren 2007 bis 2009 nicht bezogen habe, habe die Vorinstanz in der angefochtenen Teilverfügung auch noch keine Preise für diese Dienste festsetzen müssen und dürfen. An dieser Rechtsprechung ist im vorliegenden Verfahren festzuhalten.

**1.1.3.** Dispositivziffer 2 verpflichtet die Beschwerdeführerin somit, ein in den Grundzügen bestimmtes gesetzeskonformes Mietleitungsangebot zu veröffentlichen, legt indes abweichend von Dispositivziffer 1 die konkreten Zugangsbedingungen nicht fest. Unter welchen Voraussetzungen sie angefochten werden kann, hängt damit davon ab, wie sie zu qualifizieren ist. Das Bundesverwaltungsgericht ist diesbezüglich im Urteil A-2969/2010 zum Schluss gekommen (vgl. E. 1.1.3), die Ausführungen der Vorinstanz legten nahe, Dispositivziffer 2 als materiell-rechtlichen Grundsatzentscheid darüber zu interpretieren, zu welchem – zu veröffentlichenden –

Mietleitungsangebot die Beschwerdeführerin gegenüber der Beschwerdegegnerin im Jahr 2010 verpflichtet sei. Daran ist vorliegend festzuhalten.

Als Grundsatzentscheid dürfte Dispositivziffer 2 inhaltlich als andere Zwischenverfügung im Sinn von Art. 46 VwVG im – mittlerweile sistierten – Zugangsverfahren für das Jahr 2010 zu qualifizieren sein (vgl. oben E. 1.1). Sie kann entsprechend nur angefochten werden, wenn die Voraussetzungen dieser Bestimmung erfüllt sind. Das Bundesverwaltungsgericht hat dazu im Urteil A-2969/2010 ausgeführt (vgl. E. 1.1.3), Dispositivziffer 2 verpflichte die Beschwerdeführerin nicht nur zur Veröffentlichung eines Mietleitungsangebots innert der angesetzten Frist, sondern lege auch dessen Grundzüge fest. Dieser Grundsatzentscheid würde sich bei einer allfälligen Weiterführung des Zugangsverfahrens für das Jahr 2010 präjudizierend auswirken; namentlich würde die Vorinstanz von der Beschwerdeführerin verlangen, auch den Kostennachweis für die CES zu erbringen. Er würde weiter allfällige Vertragsverhandlungen zwischen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin über den Umfang des Mietleitungsangebots massgeblich beeinflussen, da nicht zu erwarten sei, dass die Beschwerdegegnerin ein Angebot akzeptieren würde, das weniger weit gehe, als das von der Vorinstanz in den Grundzügen festgelegte. Dies gelte nicht nur für allfällige Vertragsverhandlungen betreffend das Jahr 2010, sondern auch für allfällige Verhandlungen betreffend spätere Jahre. Der Grundsatzentscheid würde damit faktisch den Verhandlungsspielraum der Beschwerdeführerin beschränken. Die aus dem Entscheid resultierenden Nachteile könnten mit der Anfechtung eines allfälligen Endentscheids im Zugangsverfahren für das Jahr 2010 nicht mehr aus der Welt geschafft werden. Entsprechend seien ein nicht wieder gutzumachender Nachteil im Sinn von Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG und ein schutzwürdiges Interesse der Beschwerdeführerin, Dispositivziffer 2 anzufechten, zu bejahen. Dem ist vorliegend zu folgen.

**1.1.4.** Im Ergebnis sind somit die Dispositivziffern 1, 2 und 4, gegen die sich die Beschwerde – teilweise (vgl. Rechtsbegehren Ziffern 1.a bis 1.c bezüglich der einmalig anfallenden Preise; oben Bst. G) – richtet, anfechtbar. Die ComCom gehört weiter zu den Behörden nach Art. 33 VGG und ist somit eine zulässige Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, ist zudem nicht gegeben (Art. 32 VGG). Das Bundesverwaltungsgericht ist somit für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

**1.2.** 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. Die Beschwerdeführerin ist mit ihren Anträgen im Zugangsverfahren nicht durchgedrungen. Sie ist entsprechend durch die vorinstanzliche Verfügung beschwert und hat – wie hinsichtlich Dispositivziffer 2 bereits dargelegt wurde (vgl. oben E. 1.1.3) – ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung bzw. Änderung. Sie ist somit zur Beschwerde legitimiert.

**1.3.** Auf die im Übrigen form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 und 52 VwVG) ist damit einzutreten.

**Kognition**

**2.**

**2.1.** 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). Bei der Prüfung der Angemessenheit auferlegt es sich allerdings eine gewisse Zurückhaltung, wenn es um die Beurteilung technischer Spezialfragen geht, in denen die Vorinstanz über besonderes Fachwissen verfügt. Es entfernt sich in solchen Fällen im Zweifel nicht von deren Auffassung und setzt sein eigenes Ermessen nicht an deren Stelle (vgl. BGE 133 II 35 E. 3 und BGE 130 II 449 E. 4.1; BVGE 2010/19 E. 4.2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-300/2010 vom 8. April 2011 E. 2 [nachfolgend: A-300/2010]). Im Weiteren ist es zwar grundsätzlich seine Aufgabe, unbestimmte Gesetzesbegriffe im Einzelfall auszulegen und zu konkretisieren. Wenn aber die Gesetzesauslegung ergibt, dass der Gesetzgeber der Entscheidbehörde mit der offenen Normierung eine gerichtlich zu respektierende Entscheidbefugnis einräumen wollte, darf und muss es seine Kognition entsprechend einschränken (vgl. BGE 135 II 296 E. 4.4.3 und BGE 132 II 257 E. 3.2; BVGE 2010/19 E. 4.2 und BVGE 2009/35 E. 4).

**2.2.** Die Vorinstanz ist keine gewöhnliche Vollzugsbehörde, sondern eine verwaltungsunabhängige Kollegialbehörde mit besonderen Kompetenzen. Als Fachorgan ist sie sowohl autonome Konzessionsbehörde als

auch Regulierungsinstanz mit besonderer Verantwortung. Sie und das mit der Instruktion des Verfahrens betraute BAKOM verfügen über ein ausgeprägtes Fachwissen in fernmeldetechnischen Fragen sowie bei der Beurteilung der ökonomischen Gegebenheiten im Telekommunikationsmarkt. Das Bundesverwaltungsgericht kann auf kein gleichwertiges Fachwissen zurückgreifen. In wettbewerbsrechtlichen Fragen kommt zudem auch der WEKO die Stellung einer Fachbehörde zu. Damit rechtfertigt sich eine gewisse Zurückhaltung des Bundesverwaltungsgerichts wenigstens insoweit, als die Vorinstanz unbestimmte Gesetzesbegriffe auszulegen und anzuwenden hat. Es befreit das Bundesverwaltungsgericht indes nicht davon, unter Beachtung dieser Zurückhaltung zu überprüfen, ob die Rechtsanwendung der Vorinstanz mit dem Bundesrecht vereinbar ist (vgl. BGE 132 II 257 E. 3.2 und BGE 131 II 13 E. 3.4; BVGE 2010/19 E. 4.2 und BVGE 2009/35 E. 4). Diesen Massstab gilt es bei der nachfolgenden Prüfung, namentlich bei der Auslegung des Mietleitungsbegriffs und des Begriffs der Marktbeherrschung, zu berücksichtigen.

Die Vorinstanz amtet weiter in einem höchst technischen Bereich, in dem Fachfragen sowohl übermittlungstechnischer als auch ökonomischer Natur zu beantworten sind. Ihr steht entsprechend – wie anderen Behördenkommissionen auch – ein eigentliches "technisches" Ermessen zu. Im Rahmen dessen darf ihr 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 132 II 257 E. 3.2 und BGE 131 II 13 E. 3.4; BVGE 2009/35 E. 4; A-300/2010 E. 2). Auch diesen Massstab gilt es bei der nachfolgenden Prüfung zu berücksichtigen.

**Zuständigkeit der Vorinstanz**

**3.**
Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz habe in verschiedener Hinsicht ihre Kompetenzen überschritten. So habe sie zu Unrecht die Preise für Mietleitungen mit einer Bandbreite von mehr als 2 Mbit/s für die Jahre 2007 bis 2009 festgelegt und über die Servicequalitäten entschieden. Ausserdem habe sie sie fälschlicherweise und in Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör zur Veröffentlichung eines gesetzeskonformen Mietleitungsangebots verpflichtet. Die entsprechenden Rügen werden nachfolgend behandelt (Preisfestsetzung in E. 4, Servicequalitäten in E. 5, Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Mietleitungsangebots

in E. 7 und Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör in E. 8). In Erwägung 6 wird ausserdem kurz auf die Frage der technischen Spezifikationen bzw. Schnittstellen eingegangen.

**4.**

**4.1.** Die Beschwerdeführerin macht geltend, der zwischen ihr und der Beschwerdegegnerin abgeschlossene MLF-Vertrag beinhalte nur das Angebot für 2 Mbit/s-Mietleitungen, auch wenn die Beschwerdegegnerin diesbezüglich einen Vorbehalt angebracht habe. Ziff. 4.10 des Vertrags sehe vor, dass die bei Inkrafttreten der revidierten Fernmeldegesetzgebung bestehenden, auf kommerzieller Basis abgeschlossenen Mietleitungsvereinbarungen bei Erfüllung der Voraussetzungen für Mietleitungen FMG (MLF) unter Beachtung gewisser Überführungsmodalitäten migriert würden; dies jedoch nicht automatisch, sondern nur, wenn die bestehenden Verträge nach den jeweiligen Kündigungsmodalitäten beendet würden. Hätte die Beschwerdegegnerin auch Mietleitungen mit einer Bandbreite von mehr als 2 Mbit/s als MLF beziehen wollen, hätte sie daher deren Migration verlangen und die kommerziellen Verträge kündigen bzw. die nach Unterzeichnung des MLF-Vertrags im Rahmen der kommerziellen Verträge neu bezogenen Mietleitungen zu regulierten Bedingungen einfordern müssen. Dies habe sie jedoch nicht getan.

Zwar stelle sie nicht in Abrede, dass sich der Gegenstand von Zugangsverfahren in erster Linie aus den Rechtsbegehren der gesuchstellenden Partei ergebe. Aufgrund des Verhandlungsprimats von Art. 11a FMG und des allgemeinen Rechtsgrundsatzes "pacta sunt servanda" hätten die zwischen den Parteien bestehenden, rechtsgültigen Verträge indes Vorrang. Die Vorinstanz sei nicht zuständig, in solche Verträge einzugreifen und diese rückwirkend abzuändern. Sie habe weder die Aufgabe, Verträge durchzusetzen, noch eine Aufsichtsfunktion bezüglich deren Rechtmässigkeit. Dies gelte erst recht, wenn es sich nicht um regulierte MLF-Verträge, sondern wie hier um rein kommerzielle Mietleitungsverträge handle, die einzig zivilrechtlich zu beurteilen seien (Art. 11b FMG). Art. 11a Abs. 1 FMG sehe im Übrigen ausdrücklich die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes vor, weshalb die Beschwerdegegnerin die Vorinstanz anrufen und vorsorgliche Massnahmen hätten beantragen können, wenn sie sich geweigert hätte, die Migration vorzunehmen.

**4.2.** Sowohl die Beschwerdegegnerin als auch die Vorinstanz weisen die Darstellung der Beschwerdeführerin zurück. Beide sind der Ansicht, die

Vorinstanz habe die Preise für Mietleitungen mit einer Bandbreite von mehr als 2 Mbit/s für die Jahre 2007 bis 2009 mit Wirkung ab 1. April 2007 festlegen dürfen.

**4.3.**

**4.3.1.** Das Bundesverwaltungsgericht hat im Urteil A-2969/2010 erklärt (vgl. E. 4.4.1), wo sich die Parteien geeinigt hätten, bestehe keine Zuständigkeit der Vorinstanz (sog. Verhandlungsprimat). Dieser komme zudem keine über die Regelung strittiger Zugangsbedingungen hinausreichende Aufsichtsfunktion zu. Ebenso wenig habe sie für die Durchsetzung der vereinbarten oder verfügten Zugangsbedingungen besorgt zu sein. Streitigkeiten aus Vereinbarungen oder Verfügungen über den Zugang seien vielmehr durch die Zivilgerichte zu beurteilen. Die Zuständigkeit der Vorinstanz bestehe nur dort, wo die Verhandlungsparteien im Rahmen der Vertragsverhandlungen zu keinem Konsens gelangen konnten und ein ursprünglicher – offener oder versteckter – Dissens über einen – Haupt- oder Neben- – Punkt vorliege; nur diesfalls bestehe eine Streitigkeit über den Zugang. Ein solcher Dissens sei immer dann zu bejahen, wenn aufgrund sämtlicher Umstände des Einzelfalls davon auszugehen sei, die Verhandlungsparteien hätten sich über einen – Haupt- oder Neben- – Punkt nicht geeinigt. Es sei somit nicht zwingend erforderlich, dass im Rahmen der Vertragsverhandlungen explizit ein schriftlicher Dissensvorbehalt vereinbart worden sei. Dies namentlich deshalb, weil die verhandlungsmächtigere Partei – bei gegebener Marktbeherrschung also in der Regel das marktbeherrschende Unternehmen – ansonsten versucht wäre, die Aufnahme eines derartigen Vorbehalts zu verhindern. Bei einem versteckten Dissens wäre zudem ein solcher Vorbehalt von vornherein ausgeschlossen.

**4.3.2.** Vorliegend ist unstreitig, dass sich die Beschwerdeführerin und die Beschwerdegegnerin bei ihren Verhandlungen über die Bedingungen des Zugangs zu den Mietleitungen nur teilweise einigen konnten. Sie schlossen daher einen Vertrag, der auf die Mietleitungen beschränkt ist, die nach Auffassung der Beschwerdeführerin dem Zugangsregime unterstehen (Basisangebot), und hielten in einer ergänzenden Vereinbarung (mit dem Titel "Ergänzung zum Vertrag Mietleitungen FMG", nachfolgend: ergänzende Vereinbarung) u.a. ausdrücklich die Dissenspunkte fest (vgl. Ziff. 2 der ergänzenden Vereinbarung; nachfolgend: Dissensklausel). Diese betreffen neben der Beschränkung des Basisangebots auf Mietleitungen mit einer Bandbreite von 2 Mbit/s auch das regional differenzierte

Angebot (Beschränkung auf MLF-Gebiete), die Beschränkung des Angebots auf Kupfer, die Zinsen auf Rückvergütungen (LIBOR) und die Preise. Die Dissensklausel hält fest, die Parteien seien sich einig, dass diese Punkte offen blieben. Der Vertrag werde trotz dieser offenen Punkte auf der Grundlage des Basisangebots der Beschwerdeführerin – vorbehältlich allfälliger anderslautender Behördenentscheide – gegenseitig erfüllt. Es obliege der FDA, zum jeweiligen Punkt bei der zuständigen Behörde ein Gesuch um Verfügung der Bedingungen einzureichen. Tue sie dies nicht innert dreier Monate ab Scheitern der Einigung (Vertragsunterzeichnung), falle die Ergänzung zum Vertrag im jeweiligen Punkt ersatzlos dahin und gälten zwischen den Parteien die Bedingungen gemäss dem Basisangebot rückwirkend per Datum der Vertragsunterzeichnung.

Die Beschwerdegegnerin reichte bei der Vorinstanz innert Frist ein Gesuch um Erlass einer Zugangsverfügung ein, worin sie u.a. auch die Aufhebung der Beschränkung auf Mietleitungen mit einer Bandbreite von 2 Mbit/s verlangte (vgl. oben Bst. A). Sie hielt an dieser Forderung während des gesamten Zugangsverfahrens fest. Gemäss der Dissensklausel blieb somit bis zum Entscheid der Vorinstanz nicht nur offen, d.h. ungeregelt, ob das Basisangebot der Beschwerdeführerin auch Mietleitungen mit einer Bandbreite von mehr als 2 Mbit/s umfassen müsse; es bestand vielmehr auch die Möglichkeit, dass der MLF-Vertrag in diesem Punkt durch die Vorinstanz mittels privatrechtsgestaltender Verfügung abgeändert werden würde. Es kann entsprechend nicht gesagt werden, die Beschwerdeführerin und die Beschwerdegegnerin seien sich in diesem Punkt einig gewesen, weshalb die Vorinstanz nicht habe darüber entscheiden dürfen.

**4.3.3.** Die Beschwerdeführerin stellt nicht in Abrede, dass hinsichtlich der strittigen Frage der Bandbreite keine Einigung zustande kam und ein entsprechender Vorbehalt angebracht wurde. Sie ist indes offenbar der Ansicht, die weitergeführten bzw. erneuerten kommerziellen Verträge über Mietleitungen mit einer Bandbreite von mehr als 2 Mbit/s stünden einer Regelung der strittigen Frage durch die Vorinstanz entgegen, da sie Ziff. 4.10 des MLF-Vertrags widersprächen.

Das Bundesverwaltungsgericht hat im Urteil A-2969/2010 dargelegt (vgl. E. 4.4.3), Ziff. 4.10 des MLF-Vertrags halte zwar fest, die bei Inkrafttreten der revidierten Fernmeldegesetzgebung bestehenden, auf kommerzieller Basis abgeschlossenen Vereinbarungen über Mietleitungen, die die Voraussetzungen für MLF erfüllten, würden nicht automatisch

migriert; vielmehr müssten sie nach den jeweiligen Kündigungsmodalitäten beendet werden. Daraus könne jedoch nicht ohne Weiteres geschlossen werden, eine Regelung der strittigen Frage durch die Vorinstanz sei nur möglich, wenn die Beschwerdegegnerin alle kommerziellen Verträge über Mietleitungen, die ihrer Ansicht nach die Voraussetzungen für MLF erfüllten, beende und migriere bzw. alle nach der Unterzeichnung des MLF-Vertrags neu bezogenen derartigen Mietleitungen zu regulierten Bedingungen einfordere. Die Tragweite von Ziff. 4.10 müsse vielmehr unter Berücksichtigung des gesamten restlichen Vertragswerks, namentlich der Dissensklausel, ermittelt werden. Dabei werde deutlich, dass Ziff. 4.10 des MLF-Vertrags – ungeachtet der Frage, wie sie im Übrigen zu verstehen sei – nach Treu und Glauben nur für diejenigen kommerziellen Vereinbarungen über Mietleitungen gelten könne, die gemäss dem Vertragswerk MLF darstellten, d.h. für diejenigen Mietleitungen, über die sich die Vertragsparteien geeinigt hätten. Andernfalls wäre die Beschwerdegegnerin zur Kündigung von kommerziellen Verträgen gezwungen, deren Migration wegen der Weigerung der Beschwerdeführerin, die betroffenen Mietleitungen in ihr Basisangebot aufzunehmen, gar nicht möglich wäre. Ebenso wäre sie gehalten, entsprechende Mietleitungen von der Beschwerdeführerin ohne Aussicht auf Erfolg zu regulierten Bedingungen einzufordern. Sie müsste sich mithin auf eine Weise verhalten, die im Widerspruch dazu stehe, dass die Dissensklausel die strittige Frage der Bandbreite explizit offen lasse und einem allfälligen Zugangsverfahren vorbehalte, die Vertragsparteien sich über die fraglichen Mietleitungen einschliesslich deren Migration also gerade nicht geeinigt hätten. Die Möglichkeit, im Rahmen des vorbehaltenen Zugangsverfahrens einstweiligen Rechtsschutz zu verlangen, ändere an diesem Auslegungsergebnis nichts. Nach Treu und Glauben könne nicht davon ausgegangen werden, die Beschwerdegegnerin habe in eine Regelung eingewilligt, die sie dazu zwänge, im vorbehaltenen Zugangsverfahren zur Abwendung allfälliger Rechtsnachteile vorsorgliche Massnahmen zu beantragen.

Entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin stellt Ziff. 4.10 des MLF-Vertrags somit keine Einigung über die Migration der Mietleitungen mit einer Bandbreite von mehr als 2 Mbit/s dar. Der Beschwerdegegnerin ist somit nicht vorzuwerfen, dass sie die kommerziellen Verträge über diese Mietleitungen nach Abschluss des MLF-Vertrags bzw. während des Zugangsverfahrens einstweilen weiterführte bzw. diese erneuerte. Es ist entsprechend auch nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz trotz dieser Verträge über die Frage der Bandbreite entschieden und die Preise für Mietleitungen mit einer Bandbreite von mehr als 2 Mbit/s für die Jahre

2007 bis 2009 festgelegt hat. Eine Kompetenzüberschreitung der Vorinstanz ist somit zu verneinen.

**5.**

**5.1.** Die Beschwerdeführerin beanstandet weiter, die Vorinstanz habe zu Unrecht über die Servicequalitäten verfügt. Sie (die Beschwerdeführerin) habe sich mit der Beschwerdegegnerin im MLF-Vertrag über die Servicequalitäten geeinigt. In der ergänzenden Vereinbarung sei keine abweichende Regelung enthalten, ebenso wenig sei die Thematik als Dissenspunkt aufgeführt. Ein Hinweis darauf, dass die Beschwerdegegnerin mit der Vereinbarung über die Servicequalitäten nicht einverstanden sei, finde sich auch nicht an anderer Stelle. Die Vorinstanz sei somit nach Art. 11a Abs. 1 FMG nicht zur Regelung der Frage kompetent gewesen. Die Beschwerdegegnerin habe weiter in ihrer Eingabe vom 18. September 2009 lediglich den Wunsch geäussert, jene Sevicequalität zu regulierten Bedingungen beziehen zu können, die im kommerziellen Bereich unter der Bezeichnung "Premium Silver" angeboten werde. Selbst wenn dieser erst kurz vor Abschluss des Zugangsverfahrens und damit verspätet geäusserte Wunsch beachtlich sein sollte, stelle ihre Verpflichtung, mindestens diejenigen Servicequalitäten anzubieten, die auch im kommerziellen Bereich bestünden, somit auch eine Verletzung der im Zugangsverfahren geltenden Dispositionsmaxime dar.

**5.2.** Die Beschwerdegegnerin weist die Rüge der Beschwerdeführerin zurück. Es könne nicht ernsthaft behauptet werden, die Beschwerdeführerin und sie seien sich hinsichtlich der Servicequalitäten einig gewesen. So habe sie im Zugangsgesuch beantragt, die Beschwerdeführerin sei zu verpflichten, regulierte Mietleitungen mit den markt- und branchenüblichen Spezifikationen anzubieten. Ausserdem habe sie darauf hingewiesen, dass das regulierte Mietleitungsangebot gemäss dem Diskriminierungsverbot von Art. 11 Abs. 1 FMG in qualitativer Hinsicht mindestens dem kommerziellen Angebot der Beschwerdeführerin zu entsprechen habe. Weiter habe sie unterstrichen, dass die Beschwerdeführerin den Abschluss eines Service Level Agreements (SLA) stets verweigert habe. Das SLA sei in der Folge zudem auch ausserhalb des Zugangsverfahrens regelmässig Gegenstand von Gesprächen gewesen. Schliesslich habe sie die Servicequalitäten in ihrer Eingabe vom 18. September 2009 erneut thematisiert und neben der Servicequalität Basic mindestens die Servicequalität Premium Silver verlangt. Im Übrigen habe der MLF-Vertrag lediglich Mietleitungen mit einer Bandbreite von 2 Mbit/s zum Ge-

genstand, weshalb die Parteien hinsichtlich höherer Bandbreiten auch keine limitierten Servicequalitäten vereinbart hätten. Ihre Aussage in der Eingabe vom 18. September 2009 beziehe sich im Weiteren offensichtlich auf die Tatsache, dass sie keine anderen Premium-Dienste bezogen habe. Entsprechend habe die Vorinstanz die Preise für die Jahre 2007 bis 2009 lediglich für die Servicequalitäten "Basic" und (Premium) Silver verfügt. Wenn diese in der angefochtenen Verfügung festhalte, die Angebotspflicht der Beschwerdeführerin gelte auch für die übrigen Premium-Dienste, verletze sie damit keineswegs die Dispositionsmaxime.

**5.3.** Die Vorinstanz führt – hauptsächlich in der angefochtenen Verfügung – aus, der Gegenstand des Zugangsverfahrens werde in erster Linie durch das Rechtsbegehren der gesuchstellenden Partei bestimmt. Die Beschwerdegegnerin verlange im Wesentlichen, die Beschwerdeführerin sei zu einem gesetzeskonformen Mietleitungsangebot zu verpflichten. Verfahrensgegenstand sei somit nicht nur, worüber Vertragsverhandlungen geführt worden seien, also das von der Beschwerdeführerin als reguliert bezeichnete Angebot, sondern auch, was Gegenstand solcher Verhandlungen gewesen wäre, wenn sich die Beschwerdeführerin nicht geweigert hätte, die entsprechenden Leistungen zu regulierten Bedingungen anzubieten. Entsprechend könne auch nicht nur auf das abgestellt werden, was als Dissens festgehalten worden sei. Vielmehr gehe es auch, wenn nicht sogar vor allem, um jenen Teil, den die Beschwerdeführerin ausschliesslich zu kommerziellen Bedingungen anbiete. Es sei somit darüber zu entscheiden, was unter der gesetzlichen Pflicht zu verstehen sei, Mietleitungen auf nicht diskriminierende Weise und zu kostenorientierten Preisen anzubieten. Hierunter fielen auch die Fragen, welche technischen Spezifikationen bzw. welche Servicequalitäten zum Angebot gehörten.

**5.4.**

**5.4.1.** Die Vorinstanz darf die Bedingungen des Zugangs auf Gesuch einer Partei nur verfügen, wenn sich die FDA nicht innert dreier Monate über diese einigen (Art. 11a Abs. 1 FMG; vgl. oben E. 4.3.1). Dabei ist sie an die auch im Zugangsverfahren geltende Dispositionsmaxime gebunden, wonach der Verfahrensgegenstand durch die Begehren der Parteien bestimmt wird. Sie darf daher weder Fragen entscheiden, die gar nicht aufgeworfen sind, noch einer Partei mehr oder anderes zusprechen, als diese beantragt hat. Sie darf aber auch nicht weniger zusprechen, als die Gegenpartei anerkannt hat (vgl. zum Ganzen BVGE 2010/19 E. 13.5; Ur-

teil des Bundesverwaltungsgerichts A-5982/2010 vom 16. Februar 2011 E. 3.4.1; AMGWERD, a.a.O., Rz. 380; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, S. 36; RHINOW/KOLLER/KISS/TURNHERR/BRÜHL-MOSER, a.a.O., Rz. 980). Da die Beschwerdeführerin sowohl das Fehlen einer Einigung als auch eine Verletzung der Dispositionsmaxime rügt, ist nachfolgend beides zu prüfen.

**5.4.2.** Der MLF-Vertrag nennt zwar die Servicequalitäten nicht, verweist jedoch auf die Leistungsbeschreibung Mietleitungen FMG, die die beiden Dienstqualitäten Basic und Premium vorsieht (vgl. Ziff. 4 und Ziff. 7.2 der Leistungsbeschreibung). Die Beschwerdegegnerin unterzeichnete den MLF-Vertrag, ohne diese Regelung in der ergänzenden Vereinbarung abzuändern oder einen expliziten Dissens bezüglich der Servicequalitäten festzuhalten. Daraus darf allerdings nicht geschlossen werden, die Verhandlungsparteien hätten sich über die Servicequalitäten geeinigt. Die Vertragsverhandlungen betrafen das Mietleitungsangebot, das nach Ansicht der Beschwerdeführerin der Regulierung untersteht. Die Beschwerdegegnerin hat in ausdrücklichen Dissensvorbehalten klar gemacht, dass sie mit der Beschränkung dieses Angebots auf bestimmte Gebiete (MLF-Gebiete), Mietleitungen mit einer Bandbreite von 2 Mbit/s und das Übertragungsmedium Kupfer nicht einverstanden ist. Mit welchen Servicequalitäten die von ihr zu regulierten Bedingungen geforderten Mietleitungen mit einer Bandbreite von mehr als 2 Mbit/s zu erbringen sind, wird im MLF-Vertrag nicht geregelt. Damit liegt hinsichtlich dieser Mietleitungen offensichtlich keine Einigung über die Servicequalitäten vor. Die für diese Mietleitungen kommerziell angebotenen Servicequalitäten stimmen weiter nicht mit den in der Leistungsbeschreibung enthaltenen überein. Hätte die Beschwerdegegnerin tatsächlich in die Servicequalitäten gemäss der Leistungsbeschreibung eingewilligt, wäre sie deshalb bereit gewesen, Mietleitungen mit einer Bandbreite von 2 Mbit/s zu anderen Qualitäten zu beziehen, als sie für Mietleitungen mit höherer Bandbreite kommerziell angeboten werden. Dies ist indes nicht anzunehmen: Der Dissensvorbehalt betreffend die Beschränkung auf Mietleitungen mit einer Bandbreite von 2 Mbit/s lässt zusammen mit den Dissensvorbehalten betreffend die Beschränkung auf bestimmte Gebiete (MLF-Gebiete) und das Übertragungsmedium Kupfer zwangslos den Schluss zu, die Beschwerdegegnerin sei mit dem MLF-Vertrag insbesondere insoweit nicht einverstanden gewesen, als er ihre Forderung nach einem technologieneutralen Mietleitungsangebot, das nicht auf Mietleitungen mit einer Bandbreite von 2 Mbit/s und bestimmte Gebiete beschränkt ist sowie hinsichtlich der Ser-

vicequalitäten und der technischen Schnittstellen bzw. Spezifikationen eine umfassende, mit den gesetzlichen Anforderungen übereinstimmende Reglung enthält, nicht erfüllt. Es ist deshalb von einem entsprechenden ursprünglichen Dissens auszugehen. Da dieser auch die Servicequalitäten umfasst, erweist sich der Vorwurf der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe kompetenzwidrig über einen unstrittigen Punkt entschieden, als unzutreffend.

**5.4.3.** Die Beschwerdegegnerin erwähnt in ihrem Zugangsgesuch die Servicequalitäten zwar nicht explizit. Die Vorinstanz legt ihr Gesuch indes im Einklang mit dem vorstehend zum ursprünglichen Dissens Gesagten (vgl. vorstehend E. 5.4.2) in vertretbarer Weise dahingehend aus, sie verlange im Wesentlichen die Verpflichtung der Beschwerdeführerin zu einem gesetzeskonformen Mietleitungsangebot. So beantragt sie namentlich, die Beschwerdeführerin sei zu verpflichten, regulierte Mietleitungen mit den markt- und branchenüblichen Spezifikationen anzubieten, und führt aus, aus dem Diskriminierungsverbot gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG ergebe sich, dass das regulierte Mietleitungsangebot in qualitativer Hinsicht mindestens dem kommerziellen Angebot der Beschwerdeführerin zu entsprechen habe. Auch macht sie geltend, die Beschwerdeführerin habe den Abschluss eines SLA stets zurückgewiesen, obschon es sich dabei um einen im Wholesale-Geschäft üblichen und für Leistungsbezüger wichtigen Vertragszusatz handle. Entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin ist somit davon auszugehen, die Beschwerdegegnerin habe im Zugangsverfahren hinsichtlich der Servicequalitäten sinngemäss ein gesetzeskonformes Angebot beantragt. Die Rüge der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe die Dispositionsmaxime verletzt, ist deshalb zurückzuweisen.

**6.**

Die Beschwerdeführerin verweist hinsichtlich der technischen Spezifikationen bzw. Schnittstellen in allgemeiner Weise auf ihre Ausführungen zu den Servicequalitäten. Ob sie damit der Vorinstanz auch hier vorwirft, ihre Kompetenzen überschritten zu haben, wird nicht völlig klar; es dürfte indes zu verneinen sein, da sie, soweit sie ihre Rüge konkretisiert, die verfügte Angebotspflicht lediglich in materieller Hinsicht beanstandet. Eine allfällige formelle Rüge wäre jedenfalls zurückzuweisen. Zum einen wird die Frage der technischen Spezifikationen bzw. Schnittstellen – wie dargelegt (vgl. oben E. 5.4.2) – vom ursprünglichen Dissens umfasst. Zum anderen beantragt die Beschwerdegegnerin im Zugangsgesuch – wie erwähnt (vgl. oben E. 5.4.3) –, die Beschwerdeführerin sei zu verpflichten,

regulierte Mietleitungen mit den markt- und branchenüblichen Spezifikationen anzubieten. Die Verfügung der Vorinstanz regelt somit weder kompetenzwidrig einen unstrittigen Punkt noch verletzt sie die Dispositionsmaxime.

**7.**

**7.1.** Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, die Vorinstanz sei in Zugangsverfahren einzig kompetent, konkret über die zwischen den Parteien strittigen Zugangsbedingungen zu verfügen. Sie hätte daher zumindest die konkreten Eckpunkte des zukünftigen Angebots im Verfügungsdispositiv festhalten müssen, habe dies jedoch unterlassen (vgl. oben E. 1.1.2). Eine aufsichtsrechtliche Kompetenz, sie zur Veröffentlichung eines gesetzeskonformen Mietleitungsangebots zu verpflichten, komme ihr nicht zu. Eine derartige Verpflichtung lasse sich auch nicht damit begründen, sie weigere sich, ein entsprechendes Angebot zu veröffentlichen. Dieses Argument träfe höchstens zu, wenn bereits bei Inkrafttreten der neuen Zugangsregulierung am 1. April 2007 oder spätestens seit der angefochtenen Verfügung Gewissheit über den genauen Umfang des Pflichtangebots für Mietleitungen bestanden und sie gar kein Standardangebot veröffentlicht hätte. Beides sei aber offensichtlich nicht der Fall. Sollte sie dennoch entsprechend zu verpflichten sein, wäre ihr zumindest eine angemessene Frist von mindestens fünf Monaten einzuräumen.

**7.2.** Die Beschwerdegegnerin macht geltend, die Verpflichtung der Beschwerdeführerin, ein gesetzeskonformes Mietleitungsangebot zu veröffentlichen, sei nicht zu beanstanden. Die angefochtene Verfügung betreffe zwar in erster Linie das Verhältnis zwischen ihr und der Beschwerdeführerin. Auf Grund des Diskriminierungsverbots von Art. 11 Abs. 1 FMG beanspruchten die verfügten Zugangsbedingungen indes auch Geltung im Verhältnis zu Dritten. Was die Vorinstanz unter einem gesetzeskonformen Mietleitungsangebot verstehe, ergebe sich im Weiteren eindeutig aus der Begründung der angefochtenen Verfügung (vgl. oben E. 1.1.2). Die angesetzte Frist von elf Wochen sei schliesslich absolut genügend, gehe es doch nicht um die Entwicklung eines neuen Produkts mit den zugehörigen Prozessen, sondern um die Anpassung eines bestehenden Produkts.

**7.3.** Die Vorinstanz führt aus, ein Vertragsverhältnis könne nur dann Gegenstand eines Zugangsverfahrens bilden, wenn die marktbeherrschende Anbieterin ein Angebot über die Zugangsbedingungen mache. Wenn sie

dies nicht tue, könne eine FDA sie mit dem Begehren anrufen, die marktbeherrschende Anbieterin sei zu einem Angebot zu verpflichten. Dies gelte auch für den Fall, dass ein Angebot wie hier nur einen Teil der Zugangsform umfasse, weil sich die marktbeherrschende Anbieterin zu einem weitergehenden Angebot gesetzlich nicht verpflichtet fühle. In einem solchen Fall gebe es im Rahmen eines Zugangsverfahrens vorerst zu klären, ob eine Pflicht zu einem weitergehenden Angebot bestehe. Indem der marktbeherrschenden Anbieterin anschliessend Gelegenheit eingeräumt werde, selber ein gesetzeskonformes Angebot zu machen und mit anderen FDA entsprechende Verträge abzuschliessen, werde dem im Gesetz verankerten Verhandlungsprimat Rechnung getragen. Das Angebot sei dabei zwingend zu veröffentlichen (Art. 53 Abs. 1 FDV), weil die gesuchstellende FDA nur dann davon ausgehen könne, dass allen Anbieterinnen in nicht diskriminierender Weise dieselben Zugangsbedingungen gewährt würden. Im Übrigen habe sie bereits in zwei früheren Entscheiden bejaht, dass die Beschwerdeführerin zur Veröffentlichung eines Basisangebots verpflichtet werden könne. Die grundsätzlichen Aspekte des zu veröffentlichenden Mietleitungsangebots würden im Weiteren in den Erwägungen der Verfügung festgehalten (vgl. oben E. 1.1.2). Nachdem die Angebotspflicht bereits seit 1. April 2007 bestehe, könne schliesslich nicht ernstlich behauptet werden, eine Frist von rund drei Monaten sei zu kurz bemessen.

**7.4.** Das Bundesverwaltungsgericht hat sich mit der hier streitigen Frage bereits im Urteil A-2969/2010 auseinandergesetzt (vgl. E. 7.4). Es hat ausgeführt, obschon der Vorinstanz keine über die Regelung strittiger Zugangsbedingungen hinausreichende Aufsichtsfunktion zukomme, verpflichte sie die Beschwerdeführerin in Dispositivziffer 2 der angefochtenen Verfügung nicht nur dazu, der Beschwerdegegnerin ein gesetzeskonformes Mietleitungsangebot zu unterbreiten, dessen Grundzüge in der Verfügungsbegründung rechtsgenüglich umschrieben würden, sondern vielmehr dazu, ein entsprechendes Angebot zu veröffentlichen. Sie treffe somit eine Anordnung, die nicht nur das Verhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin, mithin also zwischen den Parteien des konkreten Zugangsverfahrens, sondern auch alle weiteren, möglicherweise am Zugang zu den Mietleitungen interessierten FDA betreffe. Damit überschreite sie die Kompetenzen, die ihr nach Art. 11a Abs. 1 FMG zukämen, und handle in unzulässiger Weise in aufsichtsrechtlicher Funktion. Ihr Vorgehen lasse sich auch mit Art. 53 Abs. 1 FDV nicht rechtfertigen, räume diese Bestimmung der Vorinstanz doch nicht die aufsichtsrechtliche Kompetenz ein, die marktbeherrschende Anbiete-

rin zur Veröffentlichung eines Angebots zu verpflichten. Ebenso wenig könne aus ihr abgeleitet werden, jedes Angebot der marktbeherrschenden Anbieterin müsse publiziert werden. Die beiden früheren Entscheide der Vorinstanz änderten daran nichts. Damit sei allerdings noch nichts darüber gesagt, ob die Vorinstanz die Beschwerdeführerin hätte verpflichten dürfen, der Beschwerdegegnerin ein Mietleitungsangebot zu machen, dessen Grundzüge den rechtsgenüglich verfügten entsprechen. Dies sei sowohl mit Blick auf Art. 11a Abs. 1 FMG als auch mit Blick auf die allgemeinen Regeln der Verfahrensleitung zu bejahen. Insbesondere trage eine derartige Verpflichtung dem vom Gesetzgeber gewollten Verhandlungsprimat Rechnung, indem er der – nach Ansicht der Vorinstanz – marktbeherrschenden Beschwerdeführerin Gelegenheit biete, vor der Verfügung der konkreten Zugangsbedingungen der um Zugang ersuchenden Beschwerdegegnerin ein Mietleitungsangebot zu machen.

Gleiches gilt vorliegend. Dispositivziffer 2 war somit im Verfügungszeitpunkt hinsichtlich der hier interessierenden Frage einzig insoweit zu beanstanden, als sie die Beschwerdeführerin verpflichtet, ein mit den rechtsgenüglich verfügten Grundzügen übereinstimmendes Mietleitungsangebot zu veröffentlichen, anstatt lediglich dazu, ein solches Angebot der Beschwerdegegnerin zu unterbreiten. Eine Verpflichtung der Beschwerdeführerin im letzteren Sinn ist nach Ablauf des Jahres 2010 allerdings nicht mehr möglich, da die Beschwerdegegnerin kein schutzwürdiges Interesse an einem Angebot für die von ihr in diesem Jahr nicht bezogenen Mietleitungen hat. Sie hat indes ein schutzwürdiges Interesse daran, für die von ihr in diesem Jahr nachgefragten Mietleitungen kostenorientierte, nichtdiskriminierende Preise zu bezahlen; dies allerdings nur, soweit diese Mietleitungen von der Angebotspflicht der Beschwerdeführerin umfasst sind. Soweit dies der Fall ist, worauf bei der materiellen Prüfung einzugehen sein wird (vgl. unten E. 25), ist die Beschwerdeführerin daher grundsätzlich zu einem entsprechenden Angebot an die Beschwerdegegnerin zu verpflichten (vgl. auch nachfolgend E. 8 zum rechtlichen Gehör).

**8.**

**8.1.** Die Beschwerdeführerin macht geltend, in der angefochtenen Verfügung werde nicht ausgeführt, auf welche gesetzliche Grundlage bzw. Kompetenznorm die Vorinstanz ihre Anordnung in Dispositivziffer 2 abstütze, ob sich das zu veröffentlichende Angebot nur an die Beschwerdegegnerin im Rahmen des konkreten Vertragsverhältnisses oder an alle

FDA im Sinne eines Basisangebots richten und weshalb die angesetzte Frist massgebend und angemessen sein sollte. Die Verfügung erfülle damit die Anforderungen an die Begründungspflicht nicht.

Das Bundesverwaltungsgericht hat sich auch mit dieser Frage bereits befasst (vgl. Urteil A-2969/2010 E. 8.1.1 ff.). Es hat zunächst festgehalten, aus der angefochtenen Verfügung gehe auch ohne spezifische Begründung hervor, worauf die Vorinstanz ihre Zuständigkeit stütze und an wen das Mietleitungsangebot zu richten sei. Trotz fehlender Begründung sei weiter davon auszugehen, die Vorinstanz habe die Frist angesetzt, weil sie sich dazu als kompetent und deren Dauer als angemessen erachtet habe. Es sei entsprechend nicht ersichtlich, inwiefern eine (spezifische) Begründung dieser Punkte erforderlich gewesen wäre, um Dispositivziffer 2 sachgerecht anfechten zu können. Anderes gelte allerdings hinsichtlich der Frage, wie die Anordnung zu qualifizieren und wieso sie zulässig sei. Diesbezüglich sei der Verfügung nicht nur keine ausdrückliche Antwort zu entnehmen, sondern könne eine Antwort auch nicht ohne Weiteres hergeleitet werden. Damit fehlten massgebliche Informationen für eine sachgerechte Anfechtung. Es könne daher nicht gesagt werden, die Vorinstanz habe ihre Begründungspflicht erfüllt. Sie habe ihre Anordnung im Beschwerdeverfahren allerdings ausführlich begründet. Aus ihrer Begründung werde – obschon dies nicht explizit erwähnt werde – namentlich deutlich, dass sie Dispositivziffer 2 als Grundsatzentscheid betrachte. Weiter gehe daraus hervor, wieso sie ihr Vorgehen als prozessökonomisch vorteilhaft bzw. als sinnvoll erachte. Sie habe die versäumte Begründung somit nachgeholt. Die Verletzung der Begründungspflicht erscheine zudem nicht als besonders schwer, ebenso seien die weiteren Voraussetzungen für eine Heilung erfüllt. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs habe daher als geheilt zu gelten. Dem Mangel sei indes bei der Verlegung der Kosten für das vorliegende Beschwerdeverfahren Rechnung zu tragen. Daran ist vorliegend festzuhalten.

**8.2.** Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, sie habe weder voraussehen können noch müssen, dass sich die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung zu den in den Jahren 2007 bis 2009 von der Beschwerdegegnerin nicht bezogenen CES, Servicequalitäten und Schnittstellen bzw. technischen Spezifikationen äussern und sie zur Veröffentlichung eines gesetzeskonformen Mietleitungsangebots verpflichten würde. Die Instruktionsbehörde habe ihr lediglich mitgeteilt, sie werde bei der Vorinstanz den Erlass eines Teilentscheids über die Zugangsbedingungen für die Jahre 2007 bis 2009 beantragen. Sie habe entsprechend bloss davon

ausgehen müssen, der Teilentscheid werde die Zugangsbedingungen für die von der Beschwerdegegnerin in diesen drei Jahren effektiv bezogenen Dienstleistungen beinhalten. Sie habe sich daher nicht bereits in ihrer Schlussstellungnahme im Zugangsverfahren gegen die weiter gehende Verfügung der Vorinstanz zur Wehr setzen können.

Die Instruktionsbehörde informierte die Parteien des Zugangsverfahrens mit Schreiben vom 9. Dezember 2009, sie werde nach Eingang der Schlussstellungnahmen bei der Vorinstanz einen Teilentscheid über die Zugangsbedingungen für die Jahre 2007 bis 2009 beantragen; gleichzeitig setzte sie Frist für die Schlussstellungnahmen an. Die Beschwerdeführerin reichte in der Folge eine Schlussstellungnahme ein, in der sie sich auch zu den Servicequalitäten, technischen Spezifikationen bzw. Schnittstellen und CES äusserte, die Gegenstand des Grundsatzentscheids für das Jahr 2010 bilden. Dagegen verzichtete sie darauf, zur Aufteilung des Verfahrens – Teilentscheid für die Jahre 2007 bis 2009, Weiterführung des Verfahrens für das Jahr 2010 – Stellung zu nehmen. Ebenso wenig äusserte sie sich zum Erlass eines Grundsatzentscheids für das Jahr 2010. Da die Beschwerdeführerin auf eine Stellungnahme zur Verfahrensaufteilung verzichtete, war die Vorinstanz nicht gehalten, ihr Gelegenheit zu geben, sich vor ihrem Teilentscheid dazu zu äussern. Ebenso wenig war sie verpflichtet, die Beschwerdeführerin noch einmal zu den Servicequalitäten, technischen Spezifikationen bzw. Schnittstellen und CES Stellung nehmen zu lassen. Fraglich ist dagegen, ob sie der Beschwerdeführerin hätte Gelegenheit einräumen müssen, sich zu dem von ihr beabsichtigten Vorgehen, einen Grundsatzentscheid für das Jahr 2010 zu fällen, zu äussern. Dagegen spricht zwar, dass die Verfahrensleitung grundsätzlich der verfügenden Behörde obliegt. Die Beschwerdeführerin musste indes wegen der Ankündigung der Instruktionsbehörde nicht damit rechnen, die Vorinstanz werde – wenn auch nur im Grundsatz – über das Jahr 2010 und damit auch über die von der Beschwerdegegnerin in den Jahren 2007 bis 2009 nicht bezogenen CES, Servicequalitäten und Schnittstellen bzw. technischen Spezifikationen entscheiden. Da der Anspruch auf vorgängige Anhörung den Betroffenen auch vor überraschender Rechtsanwendung schützen will, hätte die Vorinstanz daher der Beschwerdeführerin vor dem Grundsatzentscheid Gelegenheit geben müssen, sich zu dem von ihr beabsichtigten Vorgehen zu äussern. Indem sie dies unterliess, verletzte sie deren Anspruch auf vorgängige Anhörung und somit deren Anspruch auf rechtliches Gehör.

Die Beschwerdeführerin hat im vorliegenden Beschwerdeverfahren allerdings zur Zulässigkeit von Dispositivziffer 2 wie auch zur Verfahrensaufteilung Stellung genommen. Die Gewährung des rechtlichen Gehörs wurde somit nachgeholt. Die Gehörsverletzung erscheint weiter nicht als besonders schwer, ebenso sind die weiteren Voraussetzungen für eine Heilung erfüllt. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs hat damit als geheilt zu gelten. Dem Mangel ist indes bei der Verlegung der Kosten für das vorliegende Beschwerdeverfahren Rechnung zu tragen (vgl. auch A-2969/2010 E. 8.2.1 ff.). Soweit die von der Beschwerdegegnerin im Jahr 2010 bezogenen Mietleitungen der Angebotspflicht der Beschwerdeführerin unterstehen, ist diese somit zu einem Angebot im bereits erläuterten Sinn an die Beschwerdegegnerin zu verpflichten. Auf die ihr dafür anzusetzende Frist wird bei der materiellen Prüfung einzugehen sein (vgl. unten E. 25.4 i.f.).

**9.**
Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass die Vorinstanz ihre Kompetenzen mit Ausnahme der Verpflichtung der Beschwerdeführerin zur Veröffentlichung eines gesetzeskonformen Mietleitungsangebots nicht überschritten hat. Ob ihr Entscheid materiell richtig ist, ist nachfolgend zu prüfen.

**Marktbeherrschung und Angebotspflicht**

**10.**
Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz habe eine zu weit gehende Angebotspflicht verfügt, da sie die Zugangsregulierung und den gesetzlichen Mietleitungsbegriff zu weit ausgelegt habe und zu Unrecht davon ausgegangen sei, sie (die Beschwerdeführerin) sei in der gesamten Schweiz bei allen Mietleitungen im falsch definierten terminierenden Segment marktbeherrschend. Nachfolgend wird im Einzelnen auf die Rügen der Beschwerdeführerin eingegangen (Auslegung der Zugangsregulierung in E. 11 [Beschränkung auf "Bestehendes"] und E. 25 [Umfang der Angebotspflicht], Auslegung des Mietleitungsbegriffs in E. 12, Marktabgrenzung in E. 14 bis E. 20 und Marktstellung in E. 21 bis E. 24). In Erwägung 13 werden zudem kurz die Grundlagen der Marktanalyse dargestellt.

Zugangsregulierung

**11.**

**11.1.** Die Beschwerdeführerin macht geltend, der Gesetzgeber habe lediglich "Bestehendes", d.h. das bestehende Netz der ehemaligen Telecom PTT (Kupfernetz) sowie bestehende Technologien und Dienste dem Zugangsregime unterstellen wollen. Dem geltenden FMG widerspreche es daher, sie zu verpflichten, den Mitbewerbern jede neue Technologie zu regulierten Bedingungen zur Verfügung zu stellen. COS, CES und andere neue Übertragungstechnologien fielen deshalb nicht unter das Zugangsregime. Dieses sehe auch keine Ausbauverpflichtung von ihr zugunsten ihrer Mitbewerber vor.

**11.2.** Die Beschwerdegegnerin wie auch die Vorinstanz weisen die Rüge der Beschwerdeführerin zurück. Der Gesetzgeber habe das Zugangsregime lediglich beim vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss und beim schnellen Bitstrom-Zugang auf die Doppelader-Metallleitung beschränkt. Beim Zugang zu den Mietleitungen wie auch bei anderen Zugangsformen sei eine solche Beschränkung demgegenüber ausser Frage gestanden. Diese Zugangsformen seien in Art. 3 FMG denn auch entsprechend definiert.

**11.3.** Das Bundesverwaltungsgericht hat im Urteil A-2969/2010 verneint, dass der Gesetzgeber implizit den Mietleitungszugang bzw. das Zugangsregime generell auf "Bestehendes", d.h. bestehende Infrastrukturen, Technologien und Dienste, beschränken wollte (vgl. E. 11.4). Es hat insbesondere ausgeführt, wenn der Gesetzgeber eine derartige Beschränkung gewollt hätte, wäre angesichts der entsprechenden Debatte beim vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss und insbesondere beim schnellen Bitstrom-Zugang zu erwarten gewesen, dass er sie in der parlamentarischen Beratung explizit thematisiert hätte. Wegen der ausdrücklichen Beschränkung dieser Zugangsformen wäre es aus Kohärenzgründen ausserdem nahe gelegen, den bundesrätlichen Vorschlag entsprechend zu präzisieren. Beides sei indes nicht geschehen. Es sei deshalb davon auszugehen, der Gesetzgeber habe sich gegen eine entsprechende Beschränkung ausgesprochen. Eine Ausbauverpflichtung der marktbeherrschenden FDA habe er allerdings nicht verankert. Die Rüge der Beschwerdeführerin ist somit auch vorliegend zurückzuweisen.

Mietleitungsbegriff

**12.**

**12.1.** Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, IP-basierte bzw. Ethernet-Dienste wie die von ihr kommerziell angebotenen CES stellten keine Mietleitungen im Sinn der Legaldefinition von Art. 3 Bst. $e^{bis}$ FMG dar und unterstünden deshalb nicht dem Zugangsregime von Art. 11 Abs. 1 FMG. Aus den Mietleitungsdefinitionen der WEKO und des Bundesgerichts werde deutlich, dass eine Mietleitung im Sinn des Gesetzes nur vorliege, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt seien: Zunächst müsse es sich um eine Punkt-zu-Punkt-Verbindung zwischen zwei fest vorkonfigurierten Standorten handeln, zwischen denen der Datentransport vollständig starr und seriell, d.h. in unveränderter Reihenfolge und ohne Wahlfreiheit der Daten betreffend Ziel und Pfad erfolge. Weiter sei erforderlich, dass die Daten transparent übermittelt würden, also unverändert bittransparent und zeitsynchron, d.h. in Echtzeit und ohne Eingriff der Betreiberin der Verbindung. Die Verbindung müsse ausserdem bidirektional und symmetrisch sein, d.h. eine Datenübertragung in beide Richtungen mit jeweils gleich hoher Kapazität zulassen. Schliesslich müsse sie eine vorvereinbarte und fix reservierte Bandbreite haben, die dem Nutzer jederzeit exklusiv zur Verfügung stehe und über die gesamte Zeitdauer ihres Bestehens und die gesamte Distanz gleich gross sei.

IP-basierte bzw. Ethernet-Dienste wie ihre CES erfüllten diese Anforderungen nicht, da sie namentlich vollständig auf dem globalen Protokollstandard IP/Ethernet basierten und anders als traditionelle Mietleitungen keine garantierten Bandbreiten und keine (vollständige) Transparenz besässen. So verfügten Ethernet-Dienste über gewisse Steuerungsfunktionen. Die Netzbetreiberin greife dabei in die Datenübermittlung ein, sodass die Daten nicht einfach transportiert, sondern die Datenpakete geöffnet und je nach Inhalt mit entsprechender Priorisierung weitergeleitet würden. Die Datenpakete könnten daher in anderer Reihenfolge, als sie den Absender verlassen hätten, und über unterschiedliche Pfade beim Empfänger eintreffen, wobei ihre Sortierung in diesem Fall beim Empfänger erfolge. Ethernet-Dienste seien zudem nicht zwingend symmetrisch, da die Bandbreite je nach Auslastung des Netzes dynamisch angepasst werde. CES würden weiter über eine "IP-Wolke" erbracht. Entsprechend bestehe keine garantierte Bandbreite und könnten Performance-Schwankungen ("Delay", "Jitter", "Loss") auftreten, die sich als Bandbrei-

tenschwankungen oder Verzögerungen auswirkten. Bandbreitengarantien würden bei CES generell nicht abgegeben.

**12.2.** Die Beschwerdegegnerin wie auch die Vorinstanz weisen die Argumentation der Beschwerdeführerin zurück. Sie machen geltend, eine zeitgemässe Auslegung der technologieneutralen Legaldefinition zeige, dass IP-basierte bzw. Ethernet-Dienste wie die CES die begrifflichen Anforderungen von Mietleitungen erfüllten. Dies gelte insbesondere hinsichtlich des Merkmals der Transparenz, sei es doch nicht entscheidend, wie die Information technisch übermittelt werde, sondern dass sie am Ausgangs- und Empfangspunkt dieselbe bzw. in Inhalt und Form unverändert sei. Eine garantierte Übertragungskapazität sei im Übrigen kein begriffsnotwendiges Merkmal einer Mietleitung im Sinn der Legaldefinition. Als Mietleitungen unterstünden IP-basierte bzw. Ethernet-Dienste wie die CES dem Zugangsregime von Art. 11 Abs. 1 FMG.

**12.3.** Das Bundesverwaltungsgericht ist im Urteil A-2969/2010 zum Schluss gekommen (vgl. E. 12.4), die Auslegung des Mietleitungsbegriffs durch die Beschwerdeführerin sei abzulehnen, die Interpretation der Vorinstanz dagegen – in Beachtung der gebotenen Zurückhaltung bei deren Überprüfung – zu bestätigen. Die Beschwerdeführerin vertrete einen Mietleitungsbegriff, der sich klar an herkömmlichen Mietleitungen bzw. herkömmlichen Übertragungsstandards und -technologien orientiere, deren Subsumtion unter den gesetzlichen Mietleitungsbegriff unstrittig sei. Ihre Auslegung schliesse konsequent moderne Übertragungsstandards und -technologien aus. Sie vermöchte daher nur zu überzeugen, wenn sie zwingend wäre und aus diesem Grund der vom Gesetzgeber gewollten Technologieneutralität nicht Rechnung getragen werden könnte. Dies sei aber zu verneinen. An diesem Ergebnis änderten namentlich auch die von der Beschwerdeführerin zitierten Mietleitungsdefinitionen des Bundesgerichts (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.234/2005 vom 22. November 2005 E. 2.4) und der WEKO (vgl. Gutachten der WEKO im vorliegend zu beurteilenden Zugangsverfahren) nichts. Weder das Bundesgericht noch die WEKO setzten sich mit der hier streitigen Frage auseinander; ihre Mietleitungsdefinitionen orientierten sich ausserdem (einseitig) an herkömmlichen Mietleitungen bzw. herkömmlichen Übertragungsstandards und -technologien. Soweit IP-basierte bzw. Ethernet-Dienste und insbesondere die CES Punkt-zu-Punkt-Verbindungen seien, erfüllten sie die Anforderungen des im Sinn der Vorinstanz ausgelegten gesetzlichen Mietleitungsbegriffs. Sie unterstünden

deshalb grundsätzlich dem Zugangsregime von Art. 11 Abs. 1 FMG. An dieser Rechtsprechung ist vorliegend festzuhalten.

Grundlagen der Marktanalyse

**13.**

**13.1.** Für die Beurteilung der Frage, ob eine Anbieterin auf dem relevanten Markt gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG eine beherrschende Stellung einnimmt, ist auf die entsprechende Definition in Art. 4 Abs. 2 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) abzustellen (vgl. BVGE 2010/19 E. 14.10.1 und BVGE 2009/35 E. 8.4.1). Danach gelten als marktbeherrschend einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (zur Bedeutung der Kartellgesetzrevision 2003 vgl. MANI REINERT/BENJAMIN BLOCH, in: Amstutz et al. [Hrsg.], Basler Kommentar, Kartellgesetz, Basel 2010, Art. 4 Abs. 2 N. 23 ff.). Gemäss der Praxis ist der Begriff der Marktbeherrschung ein unbestimmter Rechtsbegriff (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.327/2006 vom 22. Februar 2007 E. 7.2; BVGE 2009/35 E. 7.4; REINERT/BLOCH, a.a.O., Art. 4 Abs. 2 N. 92; vgl. auch STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Freiburg 2002, S. 304). Bei der Prüfung, ob die Vorinstanz den Begriff richtig ausgelegt und angewendet hat, rechtfertigt sich daher eine gewisse Zurückhaltung des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. oben E. 2.2).

**13.2.** Ob eine marktbeherrschende Stellung zu bejahen ist, bildet Rechtsfrage. Die Vorinstanz hat nicht den konkreten Nachweis für die marktbeherrschende Stellung zu erbringen, sondern anhand der massgeblichen Faktoren zu prüfen, ob im konkreten Fall von einer solchen Stellung auszugehen ist, und ihren Entscheid genügend zu begründen (vgl. BVGE 2009/35 E. 7.4). An die Begründungspflicht und -dichte sind dabei hohe Anforderungen zu stellen (vgl. BVGE 2009/35 E. 7.4; Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen [REKO/WEF] vom 12. November 1998 E. 3.4, Recht und Politik des Wettbewerbs [RPW] 1998/4, S. 672 f.; BILGER, a.a.O, S. 304 f.; HANS-UELI VOGT, Auf dem Weg zu einem Kartellverwaltungsverfahrensrecht, Bemerkungen zu einem Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 1999, S. 844). Beweis zu erbringen ist dagegen über Sachfragen, beispielsweise über die Grösse des Marktanteils. Wie allgemein im Zu-

gangsverfahren nach Art. 11a FMG gilt dabei der Untersuchungsgrundsatz (Art. 12 VwVG). Die Vorinstanz ist demnach grundsätzlich verpflichtet, von Amtes wegen den rechtserheblichen Sachverhalt vollständig und richtig zu ermitteln (vgl. PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 12 N. 28). Ihre Untersuchungspflicht bzw. Beweisführungslast wird allerdings durch die in Art. 13 VwVG statuierte Mitwirkungspflicht der Parteien eingeschränkt. Danach haben diese an der Feststellung des Sachverhalts insbesondere dann mitzuwirken, wenn sie das Verfahren selber eingeleitet (Beschwerdegegnerin) oder darin selbständige Begehren gestellt haben (Beschwerdeführerin; Art. 13 Abs. 1 Bst. a und b VwVG); im Weiteren dann, wenn ihnen nach einem anderen Bundesgesetz eine weitergehende Mitwirkungspflicht obliegt (Art. 13 Abs. 1 Bst. c VwVG). Eine solche leitet sich aus Art. 59 Abs. 1 FMG ab, wonach der Fernmeldeordnung unterstellte Personen verpflichtet sind, der zuständigen Behörde die Auskünfte zu erteilen, die für deren Vollzug notwendig sind (vgl. AMGWERD, a.a.O., Rz. 381). Mitwirkungspflichten können sich ausserdem aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergeben, insbesondere wenn die Vorinstanz Tatsachen ohne Mitwirkung der Parteien nicht oder nicht mit vernünftigem Aufwand erheben kann (vgl. KRAUSKOPF/EMMENEGGER, a.a.O., Art. 13 N. 32 ff., insb. N. 34 m.H.; AMGWERD, a.a.O., Rz. 381).

Gemäss dem Untersuchungsgrundsatz sind im ordentlichen Verwaltungsverfahren Tatsachen grundsätzlich voll zu beweisen. Die Vorinstanz muss daher grundsätzlich vom Bestehen bzw. Fehlen einer Tatsache so stark überzeugt sein, dass sie keine vernünftigen Zweifel mehr hat (vgl. KRAUSKOPF/EMMENEGGER, a.a.O., Art. 12 N. 214 m.H.). Im wettbewerbsrechtlichen Kontext sind indes – wie das Bundesverwaltungsgericht bereits bei anderer Gelegenheit festgehalten hat (vgl. BVGE 2009/35 E. 7.4) – keine überspannten Anforderungen an das Beweismass zu stellen. Die Komplexität wirtschaftlicher Sachverhalte, insbesondere die vielfache und verschlungene Interdependenz wirtschaftlich relevanten Verhaltens, schliesst eine strikte Beweisführung regelmässig aus (vgl. VOGT, a.a.O., S. 844; BILGER, a.a.O., S. 305 f.). Damit soll nicht etwa – wie die Beschwerdeführerin geltend macht – das Beweismass wegen der schwierigen Beweisfragen, die sich im Zusammenhang mit der Marktbeherrschung stellen, auf ein "komfortables" Niveau gesenkt werden. Ebenso wenig wird damit die Frage des Beweismasses mit der Frage der Beweiswürdigung vermischt. Vielmehr wird der besonderen Komplexität wirtschaftlicher Sachverhalte dort, wo sie zu bejahen ist, angemessen

Rechnung getragen. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist daher an dieser Rechtsprechung festzuhalten.

**13.3.** Um die Frage der Marktbeherrschung zu klären, ist einerseits der sachlich und andererseits der räumlich relevante Markt zu bestimmen (vgl. BVGE 2010/19 E. 14.10.1 m.H. und BVGE 2009/35 E. 8.4.1; REINERT/BLOCH, a.a.O., Art. 4 Abs. 2 N. 102 ff.). Die Abgrenzung in zeitlicher Hinsicht ist dagegen von geringerer Bedeutung und lediglich ausnahmsweise vorzunehmen (vgl. BVGE 2009/35 8.4.1; RETO A. HEIZMANN, Der Begriff des markbeherrschenden Unternehmens im Sinn von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, Zürich usw. 2005, Rz. 179 ff., Rz. 277 f. und Rz. 750; vgl. auch REINERT/BLOCH, a.a.O., Art. 4 Abs. 2 N. 257, die die zeitliche Abgrenzung als einen Aspekt des sachlichen Markts betrachten).

Der sachlich relevante Markt umfasst in analoger Anwendung von Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (SR 251.4, nachfolgend: VKU) alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden. Neben der nachfrageseitigen Substituierbarkeit ist bei der Abgrenzung des sachlich relevanten Markts auch die angebotsseitige Substituierbarkeit von Bedeutung, mithin also die Frage, ob andere Anbieter ohne grössere Umstände und in kurzer Zeit die in Frage stehenden Güter oder substituierbare Güter anbieten bzw. ohne spürbare zusätzliche Kosten oder Risiken ihre Produktion umstellen und die betreffenden Produkte kurzfristig vermarkten könnten (vgl. BVGE 2009/35 E. 8.4.3 m.H.; REINERT/BLOCH, a.a.O., Art. 4 Abs. 2 N. 150 ff.).

Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in dem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU analog). Neben der analogen Anwendung der Kriterien, die bei der Bestimmung des sachlich relevanten Markts massgeblich sind, kommen bei der Abgrenzung des räumlich relevanten Markts auch homogenitätsbezogene Kriterien zur Anwendung, bei denen es darum geht, ob in einem Gebiet die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind (vgl. REINERT/BLOCH, a.a.O., Art. 4 Abs. 2 N. 218 ff. und unten E. 20.5.2).

**13.4.** Da der relevante Markt grundsätzlich aus der Optik der Marktgegenseite zu beurteilen ist, muss diese bei jeder Marktabgrenzung vorgängig bestimmt werden (vgl. BVGE 2010/19 E. 14.10.3 und BVGE

2009/35 E. 8.4.1; HEIZMANN, a.a.O., Rz. 189). Im vorliegenden Fall besteht sie unstreitig sowohl aus den FDA als auch den Endkunden, bei denen es sich gemäss dem Gutachten der WEKO praktisch ausschliesslich um Geschäftskunden handelt. Der Mietleitungsmarkt wird somit nicht in einen Wholesale- und einen Retailmarkt unterteilt.

Marktabgrenzung

**14.**

**14.1.** Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Vorinstanz habe sowohl den sachlich als auch den räumlich relevanten Markt falsch abgegrenzt. So habe sie zu Unrecht die Koaxialnetze der Kabelnetzbetreiber vom sachlich relevanten Markt ausgeschlossen und Richtfunk bei der Erschliessung von Antennenstandorten sowie den vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss und den Zugang zu den Kabelkanalisationen nicht als Mietleitungssubstitute berücksichtigt. Sie habe zudem fälschlicherweise davon abgesehen, den sachlich relevanten Markt in einen Markt für Mietleitungen mit einer Bandbreite von 2 Mbit/s und einen Markt für Mietleitungen mit grösserer Bandbreite zu unterteilen. Im Weiteren habe sie zwar zu Recht zwischen einem terminierenden Netz bzw. Segment und einem Trunknetz bzw. -segment unterschieden, jedoch die Trunkortschaften falsch definiert. In räumlicher Hinsicht habe sie zudem zu Unrecht abgelehnt, zwischen einem Markt in den Agglomerationen Bern, Basel, Genf, Lausanne, Lugano und Zürich und einem Markt in der restlichen Schweiz zu unterscheiden.

**14.2.** Die Vorinstanz hält an ihrer Marktabgrenzung fest und wird darin von der Beschwerdegegnerin unterstützt. Dies tut grundsätzlich auch die WEKO; sie schliesst sich allerdings der Unterscheidung zwischen einem Trunk- und einem terminierendes Segment nicht an und beruft sich stattdessen auf ihr Gutachten im Zugangsverfahren, in dem sie zwischen einem Fern- und einem Anschlussnetz unterscheidet.

**14.3.** Auf die erwähnten Kritikpunkte der Beschwerdeführerin wird nachfolgend im Einzelnen eingegangen (vgl. unten E. 15 bis E. 20). Bereits an dieser Stelle zurückzuweisen ist dagegen deren allgemeiner Vorwurf, die Vorinstanz grenze den Markt im Unterschied zur WEKO losgelöst von der schweizerischen Praxis und Lehre ab und stelle unbesehen auf die EU-Praxis ab. Dies trifft nicht zu, wie sich auch bei der Prüfung der konkreten Rügen zeigen wird.

**15.**

**15.1.** Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz schliesse die Infrastruktur der Kabelnetzanbieter vom sachlich relevanten Markt mit der Begründung aus, diese basiere auf Koaxialkabel, die sich nicht für die Produktion von Mietleitungen eigneten. Dies sei jedoch in doppelter Hinsicht zu kritisieren. Zum einen beruhe die Infrastruktur der Kabelnetzanbieter nicht ausschliesslich auf Koaxialkabel; vielmehr könne die konkrete Erschliessung von Kundenstandorten auf äusserst vielfältige Weise erfolgen. Zum anderen treffe das Argument der Vorinstanz – wie auch der WEKO –, Koaxialkabel eigneten sich zwar grundsätzlich für die Herstellung von Mietleitungen, jedoch unterlägen die ringförmigen Kabelnetze starken Bandbreitenschwankungen, jedenfalls heute nicht mehr zu; inzwischen seien Technologien erhältlich, mit denen die Kabelnetzbetreiber traditionelle Mietleitungsdienste auf Ethernet-basierter Infrastruktur anbieten könnten (so die sog. "Pseudowire-Technologie"). Weder die WEKO noch die Vorinstanz legten irgendwelche Beweise vor, aus denen sich die angeblich fehlende Eignung der Kabelnetze für Mietleitungen ergebe. Eine derartige Beweisführung hätte sich jedoch umso mehr aufgedrängt, als sich aus der amtlichen Fernmeldestatistik ergebe, dass Koaxialkabel für Mietleitungsanschlüsse verwendet würden.

Der Hinweis der Vorinstanz, die Anzahl solcher Mietleitungen sei gering und vermöge daher das Ergebnis der Marktanalyse nicht entscheidend zu beeinflussen, sei im Weiteren bei der Abgrenzung des sachlich relevanten Markts unerheblich, da sie die Beurteilung der Marktstellung betreffe. Gemäss der Fernmeldestatistik bestünden zudem sehr viele Anschlüsse auf der Basis von Koaxialkabel, über die Daten übertragen werden könnten. Gemäss den Aussagen des CEO von Cablecom seien die Hausanschlüsse sehr leistungsstark und unterlägen auch dann keinen Bandbreitenschwankungen, wenn viele Nutzungen parallel erfolgten. Es seien daher nicht nur die in der Fernmeldestatistik genannten Mietleitungen, die auf Koaxialkabel produziert würden, zum sachlich relevanten Markt zu zählen, sondern auch sämtliche Kabelfernsehanschlüsse.

Die Vorinstanz verwickle sich schliesslich in Widersprüche, wenn sie Koaxialkabel aufgrund von Bandbreitenschwankungen nicht zum Mietleitungsmarkt zähle, CES dagegen, die ebenfalls solchen Schwankungen unterlägen, nicht vom relevanten Markt ausschliesse und sogar als der Zugangsverpflichtung unterstehende Mietleitungen im Sinn des Gesetzes

qualifiziere. Bei CES würden im Übrigen generell keine Bandbreitengarantien abgegeben.

**15.2.** Die Beschwerdegegnerin, die Vorinstanz und die WEKO weisen die Rüge der Beschwerdeführerin zurück. Sie sind der Ansicht, die in der Schweiz existierenden Kabelnetze seien wegen ihrer ringförmigen Architektur im Anschlussbereich nicht mietleitungsfähig. Die von der Beschwerdeführerin erwähnte Pseudowire-Technologie werde zudem – so die Vorinstanz – zurzeit auf dem Schweizer Markt noch nicht in relevantem Ausmass verwendet. Sollten sich künftig am Markt Technologien durchsetzen, die es ermöglichten, auf ringförmigen Kabelnetzen konkurrenzfähige Mietleitungen anzubieten, wäre die Situation – so die Beschwerdegegnerin – neu zu beurteilen. Mietleitungen über Koaxialkabel machten im Weiteren nur ein bis zwei Prozent des Mietleitungsmarkts aus. Dieser kleine Marktanteil vermöchte das Ergebnis der Marktanalyse ohnehin nicht entscheidend beeinflussen.

**15.3.** Das Bundesverwaltungsgericht hat im Urteil A-2969/2010 erklärt (vgl. E. 15.5), entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin berücksichtige die Vorinstanz die Infrastruktur der Kabelnetzbetreiber, soweit sie ihrer Ansicht nach mietleitungsfähig sei, und schliesse einzig die Koaxialkabel vom sachlich relevanten Markt aus. Ob sie auch diese hätte berücksichtigen müssen, hänge davon ab, ob die auf Kabelnetzen produzierten Mietleitungen wegen der neuen Technologien nunmehr als Substitut für herkömmliche Mietleitungen betrachtet würden, stelle doch auch die Beschwerdeführerin nicht grundsätzlich in Abrede, dass Kabelnetze in der Vergangenheit wegen ihrer ringförmigen Struktur ("shared medium") Nachteile gegenüber klassischen Telekommunikationsnetzen gehabt hätten. Die tiefen Marktanteile von Koax-Mietleitungsanschlüssen in den Jahren 2007 und 2008 sowie – nach der erforderlichen Berichtigung der amtlichen Fernmeldestatistik für dieses Jahr – im Jahr 2009 legten nahe, dass sich die Mietleitungen auf der Basis von Koaxialkabel trotz der Pseudowire-Technologie bzw. der weiteren neuen Technologien in dieser Zeitspanne nicht als Substitut für herkömmliche Mietleitungen etabliert hätten. Der gleiche Schluss dränge sich für das Jahr 2010 auf. Dass die Vorinstanz CES als Mietleitungen im Sinn des Gesetzes qualifiziere und zum sachlich relevanten Markt zähle, obschon auch sie zumindest im Backbone gewissen Bandbreitenschwankungen unterlägen, stehe damit nicht im Widerspruch. Auch wenn bei CES keine Bandbreiten garantiert würden, könnten sie – anders zumindest als Koax-Mietleitungen auf der Basis der herkömmlichen Technologien – trotz gewisser Performance-

Schwankungen in einer durch SLA abgesicherten (Service-) Qualität bereitgestellt werden, die den hohen Ansprüchen der Nachfrager genüge. Der Ausschluss der Mietleitungen auf der Basis von Koaxialkabel vom sachlich relevanten Markt erscheine für die massgebliche Zeitspanne somit ohne weitere Untersuchungen als vertretbar. Eine abschliessende Klärung der streitigen Frage sei überdies nicht erforderlich, da aufgrund der tiefen Marktanteile dieser Mietleitungen deren Einbezug in den sachlich relevanten Markt das Ergebnis der Marktanalyse nicht zugunsten der Beschwerdeführerin zu beeinflussen vermöchte.

Dieser Rechtsprechung ist vorliegend zu folgen. Das Bundesverwaltungsgericht sieht sich entsprechend nicht veranlasst, von der Marktabgrenzung der Vorinstanz abzuweichen. Ob an dieser Marktabgrenzung bei einer allfällig zunehmenden Bedeutung der neuen Technologien inskünftig festgehalten werden kann, wird die Vorinstanz allerdings sorgfältig zu prüfen haben.

**16.**

**16.1.** Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, es sei erwiesenermassen falsch, Richtfunk vollumfänglich vom sachlich relevanten Markt auszunehmen. Richtfunk werde von den Mobilfunkanbietern in sehr grossem Umfang als Mietleitungssubstitut für die Erschliessung von Antennenstandorten verwendet. Wieso derartige Erschliessungen weniger hohen Anforderungen genügen müssten als andere Mietleitungen, erkläre die Vorinstanz nicht. Es sei deshalb davon auszugehen, dass sie die gleichen Anforderungen zu erfüllen hätten. Sie seien daher ein vollwertiges Substitut für Mietleitungen.

**16.2.** Die Beschwerdegegnerin, die Vorinstanz und die WEKO stellen nicht in Abrede, dass Richtfunkverbindungen teilweise für die Erschliessung von Mobilfunkantennen-Standorten verwendet würden. Richtfunkbasierte Mietleitungen unterschieden sich jedoch – so die Vorinstanz und die WEKO – aufgrund der weniger weit gehenden Anforderungen von der konventionellen Nachfrage nach Mietleitungen und unterlägen ausserdem gewissen technischen Einschränkungen. Sie seien entsprechend kein valables Substitut für Mietleitungen bzw. würden – so die Beschwerdegegnerin – auf dem Markt auch nicht angeboten.

**16.3.** Das Bundesverwaltungsgericht hat im Urteil A-2969/2010 festgehalten (vgl. E. 16.4), Mietleitungen auf der Basis von Richtfunk seien wegen

ihrer technischer Eigenschaften Einschränkungen unterworfen, die sie von konventionellen drahtgebundenen Mietleitungen unterschieden. Diese Einschränkungen legten nahe, dass die nachfragenden FDA tiefere Anforderungen an sie stellten und sie auf dem Markt nicht als Substitut für konventionelle Mietleitungen betrachtet würden. Gemäss der amtlichen Fernmeldestatistik 2009 habe es in den Jahren 2007 bis 2009 denn auch nur eine sehr kleine Anzahl Mietleitungsanschlüsse auf der Basis von Richtfunk gegeben. Auch für das Jahr 2010 sei von einer vergleichbar geringen Anzahl auszugehen. Wieso die Situation bei Erschliessungen von Mobilfunkantennen-Standorten mit Richtfunk anders sein sollte als bei anderen Mietleitungen auf der Basis von Richtfunkt, sei nicht ersichtlich. Der Ausschluss von Richtfunk-basierten Mietleitungen bzw. von Richtfunk-basierten Erschliessungen von Mobilfunkantennen-Standorten vom sachlich relevanten Markt durch die Vorinstanz sei daher nicht zu beanstanden. Im Übrigen habe er wegen der verschwindend kleinen Anzahl solcher Anschlüsse ohnehin keinen massgeblichen Einfluss auf die Marktanalyse. Diese Rechtsprechung ist auch vorliegend massgebend. Das Bundesverwaltungsgericht hat entsprechend keinen Anlass, von der Marktabgrenzung der Vorinstanz abzuweichen.

**17.**

**17.1.** Die Beschwerdeführerin macht ausserdem geltend, der vollständig entbündelte Zugang zum Teilnehmeranschluss und der Zugang zu den Kabelkanalisationen, kombiniert mit Eigenleistungen der FDA, gehörten nach dem Konzept der Angebotssubstituierbarkeit als einseitige Substitute zum sachlich relevanten Markt. Für die FDA rechne sich die Bereitstellung von Mietleitungen auf dieser Basis, da keine signifikanten Investitionen erforderlich seien. So plane die Beschwerdegegnerin etwa, bei ihr nachgefragte Mietleitungen im grossen Stil durch eigene Mietleitungsinfrastruktur in Kombination mit TAL abzulösen. Dabei gehe sie davon aus, die erforderlichen Aufwendungen seien in acht Monaten amortisiert. Über TAL liessen sich insbesondere in Kombination mit der Symmetric Digital Subscriber Line (SDSL) kostengünstige Mietleitungen realisieren.

Die Vorinstanz habe nicht bewiesen, dass die beiden Zugangsformen aufgrund der Kosten keine Alternativen zum Bezug von Mietleitungen bei ihr darstellten. Sie habe nicht untersucht, welche Zusatzkosten den FDA entstünden; ebenso wenig habe sie berücksichtigt, dass diese Zusatzkosten insbesondere in den Städten auf eine Vielzahl von Kunden überwälzt werden könnten. Dass sie die Möglichkeit von TAL in Kombination mit

SDSL nicht berücksichtige, widerspreche zudem ihrer Argumentation bei den CES, die sie als Mietleitungen im Sinn des Gesetzes qualifiziere und zum sachlich relevanten Markt zähle, obschon die Übermittlung auch bei diesen über ein IP-Netz abgewickelt werde. Unhaltbar sei schliesslich ihr Argument, bei den in Art. 11 Abs. 1 FMG genannten Zugangsformen handle es sich von vornherein um unterschiedliche Märkte.

**17.2.** Die Beschwerdegegnerin und die Vorinstanz weisen den Standpunkt der Beschwerdeführerin zurück. Sie machen geltend, TAL und KKF seien keine Substitute für Mietleitungen. Nach Ansicht der Beschwerdegegnerin ergibt sich dies bereits aus der erheblich tieferen Wertschöpfungsstufe von TAL und KKF. Die Vorinstanz führt aus, zum einen unterschieden sich die nachfrageseitigen Charakteristika von TAL und KKF völlig von jenen von Mietleitungen; zum anderen seien – so auch die Beschwerdegegnerin – angebotsseitig in der Regel signifikante Investitionen erforderlich. Das Migrationsprojekt der Beschwerdegegnerin ändere daran nichts, da es nicht alle, sondern lediglich die Mietleitungen betreffe, die die Beschwerdegegnerin günstig ersetzen könne. Die Migration rechne sich jedoch leichter, wenn nur die günstigsten Leitungen migriert würden oder eine Anbieterin wie die Beschwerdegegnerin bereits mit eigener Infrastruktur in einer Zentrale präsent sei. Letzteres treffe heute jedoch nur auf wenige Anbieterinnen auf dem Schweizer Markt zu. TAL mit SDSL könne schliesslich nicht zum Mietleitungsmarkt gezählt werden, da SDSL-Anschlüsse in der Regel nicht Punkt-zu-Punkt-Verbindungen seien, sondern Internetzugangsverbindungen und daher weder Mietleitungen im Sinn des Gesetzes noch Mietleitungssubstitute.

**17.3.** Das Bundesverwaltungsgericht hat im Urteil A-2969/2010 ausgeführt (vgl. E. 17.4), in der angefochtenen Verfügung sei für den Ausschluss von TAL und KKF vom sachlich relevanten Markt eine Marktanalyse nach kartellrechtlichen Vorgaben entscheidend gewesen. Diese Analyse zeige, dass die beiden Zugangsformen nachfrageseitig keine Substitute für Mietleitungen seien, da sie sich von diesen zu stark unterschieden. Angebotsseitig sei ohne weitere Abklärungen davon auszugehen, dass in der Regel signifikante Zusatzinvestitionen erforderlich seien. Diese Einschätzung werde, wie die Vorinstanz zutreffend darlege, weder durch das Migrationsprojekt der Beschwerdegegnerin noch die angeblich bestehende Möglichkeit der FDA, über TAL in Kombination mit SDSL kostengünstig Mietleitungen anzubieten, in Frage gestellt. Die Voraussetzungen für eine angebotsseitige Substituierbarkeit seien somit ebenfalls nicht erfüllt. Der Ausschluss von TAL mit SDSL widerspreche schliesslich auch

nicht der Argumentation der Vorinstanz zu den CES, betrachte sie diese doch zu Recht nur dann als Mietleitungen, wenn es sich um Punkt-zu-Punk-Verbindungen handle. An dieser Rechtsprechung ist vorliegend festzuhalten. Die Marktabgrenzung der Vorinstanz ist daher auch in diesem Punkt zu bestätigen.

**18.**

**18.1.** Die Beschwerdeführerin ist weiter der Ansicht, der sachlich relevante Markt sei in einen Markt für Mietleitungen mit einer Bandbreite von 2 Mbit/s und einen Markt für Mietleitungen mit grösserer Bandbreite zu unterteilen. Aufgrund der wirtschaftlichen, technischen und historischen Gegebenheiten bestehe bei 2 Mbit/s eine naheliegende Trennlinie. Dass die Marktabgrenzung bandbreitenabhängig erfolgen müsse, werde auch durch die Marktbefragung bestätigt. Auch die amtliche Fernmeldestatistik differenziere entsprechend. Für eine Abgrenzung bei einer Bandbreite von 2 Mbit/s sprächen weiter die Unterschiede bei der Nachfrage, die Mengen- bzw. Umsatzzahlen sowie die ganz unterschiedlichen Preise und Preisentwicklungen. Auch die österreichische Regulierung, auf die sich die angefochtene Verfügung verschiedentlich berufe, sehe eine differenzierte Marktabgrenzung nach Bandbreiten vor.

Die Vorinstanz – bzw. die WEKO – habe all dies nicht beachtet und bejaht, dass die Mietleitungen sämtlicher Bandbreiten eine Substitutionskette bildeten. So wie sie – bzw. die WEKO – das Konzept der Substitutionskette bzw. das auf subjektiven Kriterien beruhende, willkürliche und veraltete Konzept der Substitutionslücke anwende, sei es für die Zwecke der Marktabgrenzung indes untauglich. Bei der Substituierbarkeit von Gütern gehe es nicht um einen Vergleich von einzelnen Produktmerkmalen, sondern darum, ob die Güter aus Sicht der Marktgegenseite substituierbar seien. Massgeblich für die Zuordnung zum gleichen Markt sei somit nicht, ob ein Produkt A bezüglich einer bestimmten Produkteigenschaft nahe bei Produkt B liege und dieses bezüglich dieser Eigenschaft wieder nahe bei Produkt C, auch wenn sich die Produkte A und C hinsichtlich dieser Eigenschaft deutlich unterschieden. Geprüft werden müssten vielmehr die Substitutionsbeziehungen zwischen den Produkten A und B bzw. B und C. Darüber hinaus müsse für die Bejahung einer Substitutionskette gezeigt werden, dass von Produkt A via Produkt B eine disziplinierende Wirkung auf Produkt C ausgehe. Nicht relevant sei weiter, ob aus Sicht der Nachfrage unklar sei, wo und weshalb die Substitutionskette zwischen Mietleitungen mit tiefen und solchen mit hohen Bandbreiten unterbrochen

werden sollte. Damit werde – ebenso wie mit dem ähnlichen Argument der WEKO, wonach aus Nachfragesicht nicht ersichtlich sei, weshalb die Unterteilung gerade bei 2 Mbit/s erfolgen solle – das Kriterium der Substituierbarkeit aus Sicht der Marktgegenseite in unhaltbarer Weise verdreht.

Die Vorinstanz – bzw. die WEKO – habe im Weiteren zwar Substitutionsbeziehungen behauptet, jedoch nicht ansatzweise bewiesen. Auch habe sie keinerlei Argumente dafür geliefert, dass von Mietleitungen "hoher" Bandbreite via Mietleitungen "mittlerer" Bandbreite eine disziplinierende Wirkung auf Mietleitungen "tiefer" Bandbreite ausgehe und umgekehrt. Stattdessen argumentiere sie, ihr stünden mit den CELS und CES viele verschiedenen Bandbreiten zwischen 2 und 34 Mbit/s zur Verfügung. Damit widerspreche sie indes auch der Rechtsprechung in Deutschland, die sich auf eine Richtlinie der Kommission der Europäischen Union (EU) stütze. Nach dieser Rechtsprechung reiche die Überlegung, der vermehrte Einsatz von Ethernet-basierten Mietleitungen erodiere die klassische Abstufung zwischen unterschiedlichen Bandbreitenstufen, weshalb es sachgerecht sei, von einer Unterteilung der Mietleitungen nach Bandbreiten abzusehen, nicht aus, um die angenommene Substitutionskette zu belegen. Vielmehr müsse nachgewiesen werden, dass die Produkte A und C zwar nicht unmittelbar austauschbar seien, das Produkt B indes ein Substitut dieser beiden Produkte sei und diese demselben Markt zugeordnet werden könnten, da ihr Preis durch das Substitutionsverhältnis zu Produkt B beeinflusst werden könne.

Die Marktabgrenzung der Vorinstanz stehe ausserdem im Widerspruch zu den Ergebnissen der vorläufigen Prüfung vom 3. Januar 2011 betreffend das Zusammenschlussvorhaben Groupe E SA / Swisscom (Schweiz) AG. Dort sei die WEKO zum Schluss gekommen, beim Markt für Breitbandinternet dränge sich die Abgrenzung dreier Teilmärkte auf, nämlich eines Markts für Breitbandinternet mit kupferkabelbasierter, eines Markts für Breitbandinternet mit koaxialkabel- bzw. kupferglasfaserbasierter und eines Markts für Breitbandinternet mit glasfaserbasierter Übertragungsgeschwindigkeit. Auch im Schlussbericht vom 5. September 2011 in Sachen Vorabklärung betreffend die Glasfaserprojekte in den Städten St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern und Basel habe die WEKO eine Abgrenzung nach Übertragungstechnologien und damit nach Bandbreiten vorgenommen.

Die zentrale Frage sei indes ohnehin nicht, inwieweit Mietleitungen unterschiedlicher Bandbreite miteinander substituierbar seien, sondern bei

welchen Bandbreiten sie sich unabhängig verhalten könne bzw. bis zu welcher Bandbreite ihre Mietleitungen der Zugangsregulierung unterstellt werden sollen.

**18.2.** Die Beschwerdegegnerin, die Vorinstanz und die WEKO lehnen eine Unterteilung des sachlich relevanten Markts in einen Markt für Mietleitungen mit einer Bandbreite von 2 Mbit/s und einen Markt für Mietleitungen mit grösserer Bandbreite ab. Sie begründen den Einbezug der Mietleitungen sämtlicher Bandbreiten in einen einzigen sachlich relevanten Markt mit der festgestellten ununterbrochenen Substitutionskette bzw. dem Fehlen einer Substitutionslücke. Die Vorinstanz führt diesbezüglich aus, der Beschwerdeführerin stünden mit ihren CELS und CES viele verschiedene Bandbreiten zwischen 2 Mbit/s und 34 Mbit/s zur Verfügung. Damit liessen sich sowohl die Preis- wie auch die Leistungssprünge genügend reduzieren und die Produkte könnten als Substitute verwendet werden. Eine Marktabgrenzung z.B. bei 8 Mbit/s sei deshalb genauso wenig angezeigt wie eine Abgrenzung bei einer anderen Bandbreite. Damit bejahe sie nicht etwa eine direkte nachfrageseitige Substituierbarkeit zwischen Mietleitungen mit einer Bandbreite von 2 Mbit/s und solchen mit einer Bandbreite von 34 Mbit/s. Sie sei jedoch davon überzeugt, indirekte Effekte über die Substitutionskette führten dazu, dass die Preisfestsetzung bei Mietleitungen mit einer Bandbreite von 2 Mbit/s jene bei Mietleitungen mit einer Bandbreite von 34 Mbit/s beeinflusse und umgekehrt. Sie stufe die nachfrageseitige Substituierbarkeit von Mietleitungen unterschiedlicher Bandbreiten sowohl hinsichtlich deren Eigenschaften als auch deren Verwendungszwecks als klar und eindeutig ein, sodass zusätzliche komplexe Untersuchungen wie etwa eine ausführliche empirische Analyse hätten unterbleiben können. Dass die Regulierungsbehörden in den EU-Staaten das Bestehen einer Substitutionskette mit derartigen Analysen belegen müssten, könne im Übrigen aus der Regulierungspraxis in der EU nicht gefolgert werden. Eine Unterteilung des Schweizer Markts nach Bandbreiten erscheine weiter zumindest im gegenwärtigen Zeitpunkt auch im Licht der österreichischen Analyse nicht als sachgerecht. Ihre Marktabgrenzung werde schliesslich auch nicht durch den Entscheid der WEKO vom 19. Oktober 2009 zur Preispolitik der Beschwerdeführerin im Bereich der ADSL- (Asymmetric Digital Subscriber Line) Dienste (vgl. RPW 2010/1 S. 116 ff.) in Frage gestellt.

**18.3.** Das Bundesverwaltungsgericht hat im Urteil A-2969/2010 erklärt (vgl. E. 18.5), ob die Vorinstanz zu Recht die Mietleitungen aller Bandbreiten einem einheitlichen Mietleitungsmarkt zugeordnet habe, hänge

davon ab, ob diese als Substitute zu betrachten seien bzw. das Bestehen einer ununterbrochenen Substitutionskette zu bejahen sei. Der diesbezügliche Standpunkt der Vorinstanz vermöge dabei zu überzeugen. Das gelte nicht nur für deren Beurteilung der Verhältnisse auf dem Mietleitungsmarkt, insbesondere die Bejahung der direkten bzw. indirekten Substitutionsbeziehungen zwischen den Mietleitungen sämtlicher Bandbreiten, sondern auch für ihr methodisches Vorgehen und den Umfang ihrer Sachverhaltsabklärungen. So verwende sie das Konzept der Substitutionslücke bzw. der Substitutionskette und das Kriterium der Substituierbarkeit aus Sicht der Marktgegenseite korrekt und sachgerecht. Ihre Sachverhaltsabklärungen genügten ausserdem den Anforderungen des im Zugangsverfahren geltenden Untersuchungsgrundsatzes. Insbesondere habe sie zu Recht auf zusätzliche komplexe Untersuchungen wie etwa eine empirische Analyse verzichtet. Ihrer Marktabgrenzung stehe weiter nicht entgegen, dass das Sekretariat der WEKO in seiner vorläufigen Prüfung vom 3. Januar 2011 betreffend das Zusammenschlussvorhaben Groupe E SA / Swisscom (Schweiz) AG den Markt für Breitbandinternet unter Berücksichtigung technologiespezifischer Übertragungshöchstgeschwindigkeiten in drei Teilmärkte unterteilt habe, da dies das Bestehen einer ununterbrochenen Substitutionskette nicht in Frage stelle. Nicht ersichtlich sei schliesslich, wieso der Schlussbericht des Sekretariats der WEKO vom 5. September 2011 in Sachen Vorabklärung betreffend die Glasfaserprojekte in den Städten St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern und Basel für die hier streitige Frage relevant sein solle.

Das Bundesverwaltungsgericht hat entsprechend auch vorliegend keinen Anlass, von der Marktabgrenzung der Vorinstanz abzuweichen. Dies gilt umso mehr, als eine Unterteilung des Mietleitungsmarkts nach Bandbreiten die Marktanalyse zumindest im gegenwärtigen Zeitpunkt wegen des hohen Marktanteils der Beschwerdeführerin bei den Mietleitungen sämtlicher Bandbreitenkategorien nicht entscheidend beeinflussen würde (vgl. zum Marktanteil unten E. 24.1).

**19.**

**19.1.** Die Beschwerdeführerin rügt im Weiteren, für die Bestimmung einer Trunkortschaft genüge es, wenn an einem Ort neben ihr mindestens zwei FDA über Räume mit eigener Ausrüstung verfügten und hierfür einen Kollokationsvertrag mit ihr abgeschlossen hätten. Die PoP müssten dabei nicht über eigene oder langfristig gemietete Infrastruktur angebunden sein; vielmehr seien alle PoP zu berücksichtigen. Entgegen der Ansicht

der Vorinstanz sei somit nicht erforderlich, dass mindestens drei Verbindungen unterschiedlicher Anbieterinnen zwischen allen Trunkortschaften bestünden. Dies lasse sich weder mit dem Argument begründen, bei bloss einer Anbieterin oder zwei Anbieterinnen würden sicherlich Marktanteile von 40 bis 50 % erreicht, noch mit dem angeblichen Grundsatz "Two is not enough". Zum einen könne auch hier aufgrund der Marktanteile allein nicht auf eine marktbeherrschende Stellung geschlossen werden. Zum anderen entbehre der von der Vorinstanz angeführte Grundsatz einer wirtschaftstheoretischen und rechtlichen Grundlage. Nicht ersichtlich sei weiter, welchen Erkenntnisgewinn der Hirschmann-Herfindahl-Index (HHI) bei der Beurteilung der Wettbewerbsintensität bringen solle.

Werde hingegen mit der Vorinstanz auf die Anzahl Verbindungen abgestellt, seien neben den direkten auch die indirekten Verbindungen sowie die Möglichkeit des Netzzusammenschlusses bzw. die bestehenden Netzzusammenschlüsse zu berücksichtigen. Die Vorinstanz habe indes die Zahl der bestehenden Netzzusammenschlüsse nicht ermittelt und damit den Sachverhalt ungenügend abgeklärt.

**19.2.** Die Beschwerdegegnerin lehnt den Standpunkt der Beschwerdeführerin ab und hält die Marktabgrenzung der Vorinstanz für richtig. Diese führt in der angefochtenen Verfügung aus, die WEKO unterscheide in ihrem Gutachten aufgrund der Wettbewerbsverhältnisse zwischen einem Fern- und einem Anschlussnetz, wobei ersteres Mietleitungen zwischen den PoI und Letzteres die restlichen Mietleitungen umfasse. Aus der Nachbefragung werde indes deutlich, dass das Gutachten der WEKO in diesem Punkt zu präzisieren und zwischen einem Trunknetz bzw. -segment und einem terminierenden Netz bzw. terminierenden Segment zu unterscheiden sei. Das Trunknetz umfasse alle Verbindungen zwischen PoP, die über eigene oder langfristig gemietete Infrastruktur angebundenen seien und bei denen funktionierender Wettbewerb angenommen werde. Die Abgrenzung folge den effektiv bestehenden Wettbewerbsverhältnissen und nicht – wie bei der WEKO – der Netztopologie. Das Trunknetz umfasse somit nicht Verbindungen zwischen einer Anzahl genau definierter PoI oder PoP, sondern zwischen einer Anzahl genau definierter Ortschaften (sog. Trunkortschaften). Diese zeichneten sich dadurch aus, dass aufgrund der vorhandenen PoP eine minimale Anzahl von Verbindungsmöglichkeiten über unterschiedliche Anbieterinnen in jede andere Trunkortschaft vorhanden sei. Es erscheine sachgerecht, diese minimale Anzahl bei drei festzulegen. So halte die WEKO etwa an anderer Stelle fest, ein Marktanteil von 40 bis 50 % genüge als Indiz für eine

Marktbeherrschung. Diese Marktanteile würden sicherlich erreicht, wenn nur eine Anbieterin oder zwei Anbieterinnen vorhanden seien. Für dieses Vorgehen spreche auch die Regulierungspraxis in anderen Ländern Europas. So sei in den Ländern der EU derzeit eine Art "Minimumregel" im Sinn von "Two is not enough" festzustellen.

Mietleitungen zwischen den Trunkortschaften müssten nicht zwingend direkte Verbindungen sein. Massgeblich sei einzig, ob in zwei Trunkortschaften die gleichen drei Anbieterinnen präsent seien; andernfalls könnten diese keine, d.h. auch keine indirekte Verbindung bereitstellen. Mietleitungen im Trunksegment, die von FDA gemeinsam hergestellt werden, seien dagegen nicht zum Markt für Mietleitungen im Trunknetz zu zählen. Solche Angeboten wären nicht wettbewerbsfähig, da die Bereitstellung einer Mietleitung über mehrere Anbieterinnen hinweg u.a. die Dienstqualität der gesamten hergestellten Mietleitung negativ beeinflussen würde; ausserdem wäre die für ein effektives Angebot erforderliche Flexibilität bei der Produktgestaltung stark reduziert.

**19.3.** Die WEKO unterscheidet in ihrem Gutachten zwischen einem Markt für Mietleitungen im Fernnetz und einem Markt für Mietleitungen im Anschlussnetz. Das Fernnetz schliesse sämtliche Verbindungen zwischen den 18 PoI des Telefonnetzes der Beschwerdeführerin ein, während das Anschlussnetz die restlichen Mietleitungen, im Wesentlichen diejenigen zwischen den PoI und den Endkunden, umfasse. Diese Marktaufteilung sei – so die Darstellung der WEKO in ihrer Vernehmlassung vom 2. Juli 2010 – aufgrund der verfügbaren Informationen als eine pragmatische Annährung an die komplizierten Verhältnisse auf den Mietleitungsmärkten erschienen. Sie sehe sich trotz der Präzisierung durch die Vorinstanz nicht veranlasst, von ihr abzuweichen. Während die Vorinstanz bei der Definition des Trunknetzes darauf abstelle, ob funktionierender Wettbewerb bestehe, berücksichtige sie die Wettbewerbsverhältnisse bei der Marktabgrenzung grundsätzlich nicht und folge damit der von den höheren Instanzen vorgegebenen Praxis. Sie begründe zudem die Unterteilung des Markts nicht – wie die Beschwerdeführerin immer wieder vorgebracht habe – mit den technischen Gegebenheiten des Netzes, sondern mit der Nachfrage der Marktgegenseite.

**19.4.** Das Bundesverwaltungsgericht hat im Urteil A-2969/2010 sowohl die Frage, ob die Marktabgrenzung der WEKO derjenigen der Vorinstanz vorzuziehen sei, als auch die Frage, ob die Vorinstanz die Trunkortschaften falsch definiert oder zumindest indirekte Verbindungen und Netzzu-

sammenschlüsse ausser Acht gelassen habe, verneint (vgl. E. 19.5.2 f.). Hinsichtlich der ersten Frage hat es festgehalten, für die Marktabgrenzung der WEKO sei in erster Linie die grundlegende Unterscheidung zwischen Mietleitungen im Backbone und Mietleitungen zum Endkunden massgeblich. Die Wettbewerbsverhältnisse dienten lediglich dazu, die aufgrund dieser Unterscheidung vorgenommene Marktabgrenzung zu präzisieren bzw. zu konkretisieren resp. den Umfang des Fernnetzes zu bestimmen. Das Vorgehen der Vorinstanz stimme damit im Wesentlichen überein. Zwar stelle diese für die Bestimmung des Umfangs des Trunknetzes auf die Wettbewerbsverhältnisse ab. Ihrer Marktabgrenzung liege aber unausgesprochen ebenfalls die grundlegende Unterscheidung zwischen Verbindungen im Backbone und Verbindungen zum Endkunden zugrunde. Wie die WEKO berücksichtige sie ferner – jedenfalls gemäss ihrer Darstellung im Beschwerdeverfahren – die Wettbewerbsverhältnisse im Rahmen der Marktabgrenzung nicht umfassend und im Detail, sondern lediglich soweit, als dies für die Marktabgrenzung erforderlich sei, d.h. als sie ein – aus ihrer Sicht – aussagekräftiges Indiz für funktionierenden Wettbewerb darstellten. Ob ein solcher Wettbewerb tatsächlich bestehe, prüfe sie im Rahmen der Marktabgrenzung dagegen nicht. Es könne deshalb nicht gesagt werden, sie nehme zu Unrecht eine Prüfung der Marktstellung vor, ohne vorgängig den sachlich relevanten Markt abgegrenzt zu haben. Das im Wesentlichen übereinstimmende Vorgehen der beiden Fachbehörden erscheine nicht offensichtlich als fehlerhaft. Soweit die Vorinstanz vom Vorgehen der WEKO abweiche, tue sie dies im Weiteren aus triftigen Gründen.

Bezüglich der zweiten Frage hat es ausgeführt, die Kritik der Beschwerdeführerin an der Trunkortschafts-Definition der Vorinstanz mache deutlich, dass sie diese Definition im Wesentlichen deshalb ablehne, weil die verlangte Mindestanzahl von drei Verbindungen unterschiedlicher Anbieterinnen in jede andere Trunkortschaft keine verlässliche Aussage darüber zulasse, ob funktionierender Wettbewerb vorliege. Diese Kritik verkenne, dass die Vorinstanz das beanstandete Kriterium – jedenfalls nach ihrer Darstellung im Beschwerdeverfahren – lediglich heranziehe, um eine nachvollziehbare Marktabgrenzung anhand eines Indizes vorzunehmen, das in hinreichendem Ausmass auf funktionierenden Wettbewerb hindeute, nicht jedoch, um festzustellen, ob solcher Wettbewerb tatsächlich bestehe. Es müsse daher nicht geeignet sein, eine allfällige Marktbeherrschung im Trunknetz bzw. funktionierenden Wettbewerb im terminierenden Netz mit Sicherheit auszuschliessen. Massgeblich sei einzig, ob es sich für eine nachvollziehbare Marktabgrenzung insofern eigne, als es

in hinreichendem Ausmass auf funktionierenden Wettbewerb hindeute, und ob es dem Kriterium der Beschwerdeführerin vorzuziehen sei. Beides sei zu bejahen. Eine Mindestanzahl von drei Verbindungen unterschiedlicher Anbieterinnen in jede andere Trunkortschaft lasse tendenziell auf funktionierenden Wettbewerb schliessen und sei für einen derartigen Schluss auch erforderlich. Die verlangte Anbindung der PoP im Trunknetz über eigene oder langfristig gemietete Infrastruktur stehe weiter im Einklang mit dem Bestreben der Vorinstanz, den Markt für Mietleitungen im Trunknetz anhand von Indizien abzugrenzen, die auf funktionierenden Wettbewerb hindeuteten, bzw. Mietleitungen, bei denen nicht in hinreichendem Ausmass auf solchen Wettbewerb geschlossen werden könne, von diesem Markt auszuschliessen. Schliesslich habe die Vorinstanz weder indirekte Verbindungen ausser Acht gelassen noch Netzzusammenschlüsse zu Unrecht nicht berücksichtigt.

Diese Rechtsprechung ist auch vorliegend massgebend. Das Bundesverwaltungsgericht hat entsprechend keinen Grund, wegen der Kritik der WEKO bzw. der Beschwerdeführerin von der Marktabgrenzung der Vorinstanz abzuweichen.

**20.**

**20.1.** Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, in räumlicher Hinsicht sei zwischen dem Markt für terminierende Segmente in den sechs Agglomerationen Bern, Basel, Genf, Lausanne, Lugano und Zürich und dem Markt für terminierende Segmente in der restlichen Schweiz zu differenzieren, da sich die jeweiligen Wettbewerbsverhältnisse deutlich unterschieden. In den Agglomerationen finde intensiver Wettbewerb statt, der durch zahlreiche Fakten belegt und von Mitbewerbern bestätigt werde; alternative Angebote seien in ausreichender Zahl vorhanden. Die angebliche schweizweite Homogenität der Wettbewerbsverhältnisse, auf die sich die Vorinstanz wie auch die WEKO beriefen, sei eine unbelegte Behauptung. Welcher Marktanteil auf sie entfalle, sei im Übrigen keine Frage der Marktabgrenzung, sondern der Marktstellung. Der Umstand, dass sie landesweit auf dem Mietleitungsmarkt tätig sei, stelle ebenfalls keinen Grund für eine schweizweite Marktabgrenzung dar. Im Weiteren müsse eine FDA nicht zwingend in der gesamten Schweiz Mietleitungen nachfragen bzw. anbieten. Verschiedene Anbieterinnen beschränkten ihre Tätigkeit vielmehr auf die Agglomerationen und träten somit nur für diese Regionen auf der Wholesale-Stufe als Nachfragerinnen auf. Auch der europäische Trend, auf den sich die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung verschie-

dentlich berufe, gehe in Richtung einer geografisch differenzierten Marktabgrenzung. Schliesslich habe auch die WEKO im Schlussbericht vom 5. September 2011 in Sachen Vorabklärung betreffend die Glasfaserprojekte in den Städten St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern und Basel regionale Märkte abgrenzt, dies im Unterschied zu ihrem Mietleitungsgutachten.

**20.2.** Die Beschwerdegegnerin, die Vorinstanz und die WEKO lehnen eine räumliche Aufteilung des Markts für terminierende Segmente von Mietleitungen für den relevanten Zeitraum ab. Die Wettbewerbsverhältnisse seien landesweit genügend homogen. Aus der Marktbefragung gehe hervor, dass mit einer Ausnahme alle Anbieterinnen in allen Bandbreitenkategorien mehr als 50 % der Mietleitungen auf der Vorleistungsstufe von der Beschwerdeführerin bezögen, dies sowohl in den sechs Agglomerationen als auch in der übrigen Schweiz. Im Weiteren – so die Vorinstanz und die WEKO – würden Mietleitungen von FDA und Endkunden schweizweit nachgefragt und von FDA – falls möglich – auch in der gesamten Schweiz angeboten. Obschon im Übrigen – so die Vorinstanz – die Liberalisierung des Telekommunikationsmarkts in Europa weiter fortgeschritten sei als in der Schweiz, unterteilten von den EU-Ländern nur gerade Grossbritannien und Österreich, die beide über eine lange Liberalisierung- und Regulierungstradition verfügten, seit kurzem die Märkte regional. Es könne deshalb nicht gesagt werden, dieser Schritt sei auch in der Schweiz vorzunehmen. Schliesslich treffe es zwar – so die WEKO – teilweise zu, dass in den sechs Agglomerationen tendenziell mehr Konkurrenz aktiv sei als in der übrigen Schweiz; selbst in städtischen Gebieten sei die Wettbewerbsintensität jedoch sehr heterogen.

**20.3.** Das Bundesverwaltungsgericht hat im Urteil A-2969/2010 festgehalten (vgl. E. 20.5), während der räumlich relevante Markt für Mietleitungen im Trunknetz unstreitig die gesamte Schweiz umfasse, stelle sich beim Markt für Mietleitungen im terminierenden Segment zunächst die Frage, auf welchem Gebiet die Marktgegenseite, hier also FDA und Endkunden, diese Mietleitungen nachfrage bzw. anbiete. Die diesbezügliche Darstellung der Vorinstanz wie auch der WEKO vernachlässige zwar etwas, dass es auch FDA gebe, die lediglich regional auf dem Markt aufträten, vermöge im Grundsatz jedoch zu überzeugen. Die Nachfrage bzw. das Angebot der Marktgegenseite lege entsprechend einen schweizweiten Markt für Mietleitungen im terminierenden Segment nahe. Das durch die Nachfrage bzw. das Angebot der Marktgegenseite bestimmte Gebiet könne allerdings nur dann gesamthaft als räumlich relevanter Markt definiert werden, wenn die Wettbewerbsverhältnisse eine gewisse Homogenität

aufwiesen. Die Beschwerdeführerin vermöge nicht in Zweifel zu ziehen, dass ihr Marktanteil bei Mietleitungen im terminierenden Netz in der relevanten Zeitspanne in den sechs Agglomerationen und der übrigen Schweiz relativ einheitlich gewesen sei. Dass die Vorinstanz und die WEKO aus diesem relativ einheitlichen Marktanteil folgerten, in der massgeblichen Zeitspanne hätten trotz gewisser Unterschiede zwischen den sechs Agglomerationen und der restlichen Schweiz genügend homogene Wettbewerbsverhältnisse bestanden, um einen gesamtschweizerischen Markt für Mietleitungen im terminierenden Netz abzugrenzen, vermöge zu überzeugen. Gegen eine ausreichende geographische Ausdifferenzierung des Markts spreche im Übrigen auch die von der WEKO festgestellte heterogene Wettbewerbsintensität innerhalb der sechs Agglomerationen. Die Definition eines schweizweiten Markts für Mietleitungen im terminierenden Segment erscheine somit für die massgebliche Zeitspanne als richtig. Daran ändere nichts, dass der räumlich relevante Markt in Grossbritannien und Österreich unterteilt werde, könne doch daraus nicht gefolgert werden, die Voraussetzungen für eine derartige Unterteilung lägen auch in der Schweiz vor. Inwiefern schliesslich aus dem Schlussbericht des Sekretariats der WEKO vom 5. September 2011 in Sachen Vorabklärung betreffend die Glasfaserprojekte in den Städten St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern und Basel, der fünf regionale Märkte abgrenze, die das jeweilige Gebiet der an der Kooperation beteiligten Partner umfassten, etwas für die hier massgebliche Frage abgeleitet werden solle, sei nicht ersichtlich.

Das Bundesverwaltungsgericht hat entsprechend auch vorliegend keinen Anlass, von der räumlichen Marktabgrenzung der Vorinstanz abzuweichen. Ob die Wettbewerbsverhältnisse die Definition eines schweizweiten Markts für Mietleitungen im terminierenden Netz weiterhin zulassen, wird die Vorinstanz in künftigen Fällen allerdings sorgfältig zu prüfen haben.

Marktstellung

**21.**
Wie dargelegt, unterscheidet die Vorinstanz zu Recht einzig zwischen einem schweizweiten Markt für Mietleitungen im Trunknetz und einem schweizweiten Markt für Mietleitungen im terminierenden Netz. Es stellt sich somit die Frage, ob die Beschwerdeführerin auf diesen beiden Märkten als marktbeherrschende FDA zu qualifizieren ist. Dies ist zu bejahen, wenn sie als Anbieterin der zum jeweiligen Markt gehörenden Mietleitungen in der Lage ist, sich von den andern Marktteilnehmern (Mitbewer-

bern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG; vgl. oben E. 13.1). Massgeblich ist eine Gesamtwürdigung der konkreten Umstände; die einzelnen Kriterien sind dagegen nur bedingt aussagekräftig (vgl. REINERT/BLOCH, a.a.O., Art. 4 Abs. 2 N. 268; HEIZMANN, a.a.O., Rz. 305; Gutachten der WEKO vom 20. November 2006 i.S. Gutachten Interkonnektionsverfahren Mobilfunkterminierung, RPW 2006/4 S. 751 Rz. 108; Botschaft des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl 1995 I 548). Nachfolgend wird zunächst auf die Marktstellung der Beschwerdeführerin auf dem Markt für Mietleitungen im Trunknetz eingegangen (vgl. E. 22), anschliessend auf ihre Marktstellung auf dem Markt für Mietleitungen im terminierenden Netz (vgl. unten E. 23 f.).

**22.**

**22.1.** Die Beschwerdeführerin ist zwar wie die Vorinstanz der Auffassung, im Trunknetz bestehe funktionierender Wettbewerb. Sie macht jedoch geltend, sie könne nicht nachvollziehen, wie die Vorinstanz die Trunkortschaften – konkret – ermittelt habe, da diese dafür die zum grössten Teil als Geschäftsgeheimnisse qualifizierten Antworten aus der zusätzlichen Marktbefragung ausgewertet habe. Aufgrund der öffentlich verfügbaren Informationen entstehe allerdings der Eindruck, die Zahl der PoP ihrer Konkurrentinnen und damit der Trunkortschaften müsse höher liegen, als dies die Vorinstanz festgestellt habe. Gleiches gehe auch aus den ihr vorliegenden Angaben über die Kollokationsstandorte hervor, die die anderen FDA in ihren Zentralen ausgebaut und erschlossen hätten. Werde zur Bestimmung der Trunkortschaften auf diejenigen Kollokationsstandorte abgestellt, in denen mindestens zwei FDA über Räume mit eigener Ausrüstung verfügten – womit mit ihr zusammen jeweils mindestens drei Anbieterinnen mit eigener Fernmeldeausrüstung vor Ort seien –, resultierten für das Jahr 2008 42 – statt 25 gemäss der angefochtenen Verfügung – und für das Jahr 2009 111 – statt 41 – Trunkortschaften. Für das Jahr 2007 bleibe es bei den 25 Trunkortschaften gemäss der angefochtenen Verfügung. Obwohl sie angesichts der starken, schweizweiten Infrastrukturpräsenz der Mitbewerber davon ausgehen müsse, andere FDA verfügten effektiv über sehr viel mehr Standorte bzw. PoP, als sich aufgrund der erschlossenen Kollokationsstandorte eruieren liessen, sei sie bereit, regulierte Mietleitungen auf dieser Basis anzubieten.

**22.2.** Die Vorinstanz räumt ein, die Beschwerdeführerin könne die Herleitung der Trunkortschaften nicht im Detail nachvollziehen, da die Antworten aus der zusätzlichen Marktbefragung von ihr zu Recht als Geschäftsgeheimnisse bezeichnet worden seien. Ihr Vorgehen, das sie in der angefochtenen Verfügung so detailliert wie möglich beschrieben habe, sei für das Bundesverwaltungsgericht in Kenntnis dieser Antworten indes verständlich. Mit der zusätzlichen Marktbefragung seien alle notwendigen Informationen gesammelt worden, um einen sachgerechten Entscheid über die Trunkortschaften fällen zu können. Zu den Ausführungen der Beschwerdeführerin sei anzumerken, dass FDA gerade in grösseren Ortschaften mehrere PoP hätten. Bei der Bestimmung der Trunkortschaften könne daher nicht einfach auf die Anzahl PoP abgestellt werden, da sich durch die Präsenz mehrerer PoP in einer Ortschaft die Zahl der Trunkortschaften reduziere. Die Anwesenheit von drei Anbieterinnen in einer Ortschaft allein reiche im Weiteren für die Bestimmung einer Trunkortschaft nicht aus. Überdies sei nicht ersichtlich, inwiefern die Beschwerdeführerin bei ihrer Auswertung berücksichtigt habe, dass die PoP über eigene oder langfristig gemietete Infrastruktur angeschlossen sein müssten.

**22.3.** Das Bundesverwaltungsgericht hat sich im Urteil A-2969/2010 mit der Marktstellung der Beschwerdeführerin im Trunknetz auseinandergesetzt (vgl. E. 22.5). Es hat erklärt, entgegen der Darstellung der Vorinstanz im Beschwerdeverfahren scheine diese das im Rahmen der Marktabgrenzung abstrakt definierte Trunknetz anhand der Antworten aus der ergänzenden Marktbefragung konkretisiert und funktionierenden Wettbewerb bejaht zu haben, ohne weiter abzuklären, ob der durch die Anzahl der Verbindungen zwischen zwei Trunkortschaften indizierte Wettbewerb tatsächlich bestehe. Dieses Vorgehen erscheine in zweierlei Hinsicht als nicht richtig. Zum einen betreffe die konkrete Bestimmung der Trunkortschaften nicht die Marktstellung, sondern die Marktabgrenzung und wäre daher systematisch dort vorzunehmen gewesen. Zum anderen widerspreche die unterlassene Untersuchung der Wettbewerbsverhältnisse der Darstellung der Vorinstanz, wonach die Kriterien zur Bestimmung der Trunkortschaften einzig dazu dienten, eine nachvollziehbare Marktabgrenzung vorzunehmen, nicht jedoch dazu, die Wettbewerbsverhältnisse im solchermassen bestimmten Trunknetz abschliessend zu beurteilen. Die auf diese Kriterien gestützte Feststellung der Vorinstanz, in dem für die Jahre 2007 bis 2009 jeweils definierten Trunknetz bestehe funktionierender Wettbewerb, sei indes nicht an sich streitig. Sie erscheine zudem plausibel. Es bestehe daher kein Anlass für weitere Abklärungen zu den

Wettbewerbsverhältnissen im Trunknetz, wie es die Vorinstanz für die Jahre 2007 bis 2009 bestimmt habe.

Das Vorgehen der Vorinstanz bei der Bestimmung dieses Netzes bzw. der Trunkortschaften könne im Weiteren zwar nicht im Einzelnen überprüft werden, sei jedoch anhand deren Erläuterungen und der Antworten in der ergänzenden Marktbefragung grundsätzlich nachvollziehbar, was aufgrund der gegebenen Umstände ausreiche. Damit sei freilich noch nichts darüber gesagt, ob sie weitere Ortschaften hätte bestimmen sollen. Dies sei jedoch zu verneinen, da die Herleitung der Trunkortschaften durch die Beschwerdeführerin – wie die Vorinstanz zu Recht geltend mache – nicht zu überzeugen vermöge.

Für das Jahr 2010 habe die Vorinstanz schliesslich das Trunknetz in ihrem Grundsatzentscheid über die Angebotspflicht der Beschwerdeführerin nicht konkretisiert; sie habe jedoch gestützt auf ihre Definition des Trunknetzes eine markbeherrschende Stellung der Beschwerdeführerin in diesem Netz auch für dieses Jahr grundsätzlich verneint. Dieser Entscheid sei nicht streitig und aufgrund der vorinstanzlichen Definition des Trunknetzes plausibel; er sei daher nicht zu beanstanden. An dieser Rechtsprechung ist vorliegend festzuhalten.

**23.**

**23.1.** Die Beschwerdeführerin anerkennt zwar, bei Mietleitungen mit einer Bandbreite von 2 Mbit/s im terminierenden Netz ausserhalb der Agglomerationen Bern, Basel, Genf, Lausanne, Lugano und Zürich marktbeherrschend zu sein. Sie bestreitet indes eine marktbeherrschende Stellung bei diesen Mietleitungen in den sechs Agglomerationen sowie – schweizweit – bei Mietleitungen mit einer Bandbreite von mehr als 2 Mbit/s. In den sechs Agglomerationen bestünden umfangreiche Telekommunikationsanlagen und Konkurrenzangebote alternativer FDA, die für ausreichenden Wettbewerb bei Mietleitungen aller Bandbreiten sorgten und ihr Angebotsverhalten disziplinierten. Gleiches gelte in der restlichen Schweiz bei Mietleitungen mit einer Bandbreite von mehr als 2 Mbit/s. Für funktionierenden Wettbewerb sprächen neben dem aktuellen auch der potenzielle Wettbewerb und die starke Stellung der Marktgegenseite.

**23.2.** Die Vorinstanz bejaht – gestützt auf das Gutachten der WEKO, das zum gleichen Schluss kommt – eine marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführerin auf dem Markt für Mietleitungen im terminierenden

Netz bei den Mietleitungen sämtlicher Bandbreiten sowie in der gesamten Schweiz. Gleicher Ansicht ist auch die Beschwerdegegnerin, die der Vorinstanz eine sehr umfassende und sorgfältige Marktanalyse attestiert. Zur Begründung verweist die Vorinstanz zunächst auf den enorm hohen Anteil der Beschwerdeführerin an der mietleitungsfähigen Infrastruktur in der Schweiz. Die Analyse der Marktbefragung zeige zudem, dass mit einer Ausnahme alle anderen Anbieterinnen in allen Bandbreitenkategorien mehr als 50 % der Mietleitungen auf Vorleistungsstufe von der Beschwerdeführerin bezögen, und zwar sowohl in den sechs Agglomerationen als auch in der übrigen Schweiz. Auch wenn ein hoher Marktanteil nicht zwangsläufig bedeute, es bestehe kein wirksamer Wettbewerb, sei er doch ein starkes Indiz dafür. Der Marktanteil der Beschwerdeführerin werde von den alternativen Anbieterinnen sogar auf 75 bis 95 % geschätzt. Anbieterinnen, die Mietleitungen auf der Basis von KKF und TAL anböten, seien im Weiteren zwar in die Analyse der Marktstellung einbezogen worden, hätten aber nichts an deren Ergebnis geändert. Zu berücksichtigen sei sodann, dass die Beschwerdeführerin über eine schweizweite Anschlussinfrastruktur verfüge und letztlich den Zugang zu dieser kontrolliere, was weiterhin ein starker Wettbewerbsvorteil sei, wenn es um nationale Angebote gehe. Auch könne sie schweizweit von signifikanten Verbund- und Grössenvorteilen profitieren, wenn sie Kupfer- durch Glasfaserkabel ersetze. Zudem sei sie das mit Abstand grösste Fernmeldeunternehmen in der Schweiz und verfüge gemäss der WEKO aufgrund der mehrheitlich staatlichen Beteiligung über einen leichten oder privilegierten Zugang zu Kapitalmärkten bzw. finanziellen Ressourcen. Neben dem aktuellen spreche auch der potenzielle Wettbewerb für eine marktbeherrschende Stellung, da er nicht genüge, um die Beschwerdeführerin zu disziplinieren.

**23.3.** Nachfolgend wird im Einzelnen auf die Kritik der Beschwerdeführerin an der Marktanalyse der Vorinstanz eingegangen (aktueller Wettbewerb E. 24.1 bis E. 24.8, potenzieller Wettbewerb E. 24.9). Beim aktuellen Wettbewerb werden dabei zuerst die allgemeinen Kritikpunkte der Beschwerdeführerin (E. 24.1 bis E. 24.6) und anschliessend deren spezifischen Argumente gegen eine marktbeherrschende Stellung bei den Mietleitungen mit einer Bandbreite von mehr als 2 Mbit/s schweizweit sowie bei sämtlichen Mietleitungen in den sechs Agglomerationen behandelt (E. 24.7 f.).

**24.**

**24.1.**

**24.1.1.** Die Beschwerdeführerin beanstandet als erstes in verschiedener Hinsicht die Berechnung ihres Marktanteils durch die Vorinstanz sowie dessen Verwendung in der Marktanalyse. Sie macht geltend, die angefochtene Verfügung schweige sich darüber aus, wie die Marktanteile bei Mietleitungen zu berechnen seien, obschon diese Frage keineswegs trivial sei. Die Berechnung der Vorinstanz basiere weiter auf dem theoretischen Kundenpotential und nicht auf den effektiv vorhandenen Kunden, da sie in erster Linie auf die mietleitungsfähige Infrastruktur und nicht auf die effektiv nachgefragten und geschalteten Mietleitungen abstelle. Es sei indes nicht zulässig, vom theoretischen Kundenpotential auf die effektive Marktstellung zu schliessen. Vielmehr wäre die Vorinstanz verpflichtet gewesen, zu den effektiven Marktverhältnissen Beweis zu erheben. Dies mit Schätzungen der Konkurrenten zu machen, sei nicht statthaft. Ihr Marktanteil bei den auf Vorleistungsstufe bezogenen Mietleitungen sage sodann nichts über ihre Stellung auf dem kombinierten Vorleistungs- und Endkundenmarkt aus, da namentlich die Vorleistungen, die eine FDA vollständig selber produziere (Eigenleistungen), darin nicht Niederschlag fänden. Bei Mietleitungen mit einer Bandbreite von mehr als 2 Mbit/s weiche ihr Marktanteil überdies klar vom Marktanteil ab, den die Vorinstanz berechnet habe. Diese stelle schliesslich bei der Marktanalyse einseitig auf den Marktanteil ab, obschon auch sie der Ansicht sei, hohe Marktanteile seien lediglich ein Indiz für eine Marktbeherrschung.

**24.1.2.** Die Vorinstanz bringt vor, in der Marktbefragung sei die Anzahl erschlossener Kundenstandorte, die mittels fremder Infrastruktur angebunden seien, erhoben worden. Diese Anbindungen seien nach Bandbreiten unterteilt, ebenso sei zwischen den sechs Agglomerationen und dem Rest der Schweiz unterschieden worden. Wieso die von der Instruktionsbehörde vorgeschlagene Grösse zur Messung der Marktanteile unangebracht sein solle, werde von der Beschwerdeführerin nicht begründet. Im Weiteren sei zwar richtig, dass der relevante Markt den Vorleistungs- und den Endkundenmarkt umfasse. Eine Analyse der Antworten zur Markt- und ergänzenden Nachbefragung zeige indes, dass die Beschwerdeführerin auch im kombinierten Vorleistungs- und Endkundenmarkt einen Marktanteil von mehr als 50 % erreiche. So betrage ihr Umsatzmarktanteil ca. 53 % und ihr Marktanteil basierend auf der Anzahl Kundenstandorte ca. 52 %. Die aufgrund des Vorleistungsmarktanteils getroffenen

Schlussfolgerungen gälten entsprechend auch für den kombinierten Vorleistungs- und Endkundenmarkt. Eigenleistungen seien sodann nicht einzubeziehen, da dies zu vielen Doppelzählungen führe und ausserdem den Marktanteil der Beschwerdeführerin erhöhe. Die Marktanteilsschätzungen der Beschwerdeführerin wichen weiter von den Marktanteilen ab, die sie erhoben habe. Während diese auf den Daten der Marktbefragung und somit auf den verlässlichsten Daten beruhten, die ihr zur Verfügung stünden, stelle sich bei den Berechnungen der Beschwerdeführerin die Frage, ob die Basiswerte korrekt seien und ob sie dem definierten relevanten Markt entsprächen. Schliesslich habe sie sich keineswegs auf eine Analyse der Marktanteile beschränkt.

**24.1.3.** Die WEKO führt aus, es sei zwar grundsätzlich nicht falsch, dass der Marktanteil der Beschwerdeführerin bei den auf Vorleistungsstufe bezogenen Mietleitungen allein nichts über die Stellung der Beschwerdeführerin auf dem Mietleitungsmarkt aussage. Aufgrund der Marktanteilsschätzungen der alternativen Anbieterinnen lasse er indes auf einen effektiven Marktanteil von zwischen 87,5 und 97,5 % bzw. einen Anteil möglicher Eigenleistungen von zwischen 2,5 bis 12,5 % schliessen. Er stelle daher keinen Grund dar, um an der festgestellten Marktbeherrschung der Beschwerdeführerin zu zweifeln. Die von dieser angegebenen Marktanteile im Vorleistungsmarkt für Mietleitungen mit einer Bandbreite von über 2 Mbit/s stützten im Weiteren ihre Einschätzung, dass die Frage der Bandbreite auch bei der Analyse der Marktstellung keine Rolle spiele, da solche Mietleitungen grösstenteils dem Fernnetz zuzuordnen seien. Schliesslich stelle der Marktanteil besonders im vorliegenden Fall nur ein Indiz von vielen für die Marktbeherrschung dar, beruhe er doch auf Schätzungen der Konkurrenten.

**24.1.4.** Das Bundesverwaltungsgericht hat die gleichlautenden Einwände der Beschwerdeführerin im Urteil A-2969/2010 als unbegründet zurückgewiesen (vgl. E. 24.1.4). Es hat festgehalten, bereits aus der angefochtenen Verfügung werde deutlich, dass die Vorinstanz ihre Berechnung des Marktanteils der Beschwerdeführerin auf der Vorleistungsstufe weder auf das theoretische Kundenpotential noch auf die Marktanteilsschätzungen alternativer Anbieterinnen stütze, sondern ihr die in der Marktbefragung und der ergänzenden Nachbefragung erhobenen einschlägigen Daten zugrunde lege. Ihr Vorgehen könne zwar nicht im Einzelnen überprüft werden, sei aber in Kenntnis der Antworten aus der Marktbefragung und der ergänzenden Nachbefragung grundsätzlich nachvollziehbar, was aufgrund der gegebenen Umstände ausreiche. Gleiches gelte für ihre Be-

rechnung der beiden Marktanteile auf dem kombinierten Vorleistungs- und Endkundenmarkt, die ebenfalls auf den in der Marktbefragung und ergänzenden Nachbefragung erhobenen Daten basiere.

Die berechneten Marktanteile beruhten weiter nicht auf einer den Untersuchungsgrundsatz verletzenden, unzureichenden Abklärung des Sachverhalts. Insbesondere dürften angesichts der Verhältnisse auf dem Mietleitungsmarkt an das Beweismass keine überspitzten Anforderungen gestellt werden. Die Vorinstanz habe deshalb für die Berechnung der Marktanteile ohne weitere Sachverhaltsabklärungen auf die Daten aus der aufwendigen Marktbefragung abstellen dürfen. Überdies habe sie die solchermassen berechneten Marktanteile auch für die Marktanalyse betreffend das Jahr 2010 heranziehen dürfen, bestünden doch keine beachtlichen Hinweise darauf, dass die Wettbewerbsverhältnisse in diesem Jahr von denen des Vorjahrs in massgeblicher Weise abgewichen seien.

Unzutreffend sei schliesslich, dass die Vorinstanz einseitig auf den Marktanteil abgestellt habe. Sie habe vielmehr noch weitere Faktoren berücksichtigt, die zusammen mit dem Marktanteil eine Gesamtbetrachtung der Marktstellung der Beschwerdeführerin ermöglichten, ohne dass sie ausführlich erläutert werden müssten. Sie habe deshalb auf Preisanalysen verzichten dürfen, zumal diese im komplexen Mietleitungsmarkt nur schwer durchführbar seien und ganz grundsätzlich an das Beweismass keine überspitzten Anforderungen gestellt werden dürften.

**24.2.**

**24.2.1.** Die Beschwerdeführerin rügt weiter, die Vorinstanz habe sich bei der Prüfung der Marktstellung nicht fundiert und nachvollziehbar mit der mietleitungsfähigen Infrastruktur der Cablecom und der anderen Kabelnetzbetreiber auseinandergesetzt. Nachdem sie in einem ersten Schritt die Koaxialkabel der Kabelnetzbetreiber vollständig vom relevanten Markt ausgenommen habe, stelle sie sich bei der Prüfung der Marktstellung auf den Standpunkt, selbst die Berücksichtigung des Glasfasernetzes der Cablecom – das 160'000 km umfasse und sich für Mietleitungen bestens eigne – ändere nichts an ihrer Marktstellung, da sie (die Beschwerdeführerin) sich in Bezug auf deren mietleitungsfähige Infrastruktur stark verschätze. Eine eingehende Prüfung der Marktwirkungen der mietleitungsfähigen Infrastruktur der Kabelnetzbetreiber, die namentlich im Zusammenhang mit IP-basierten und Ethernet-Diensten eine wichtige Rolle spiele, werde so von vornherein verunmöglicht. Zwar führe die Vorinstanz

aus, sie habe die mietleitungsfähige Infrastruktur der Cablecom in ihre Beurteilung einbezogen, was im Ergebnis zu einer Erhöhung der Anzahl der Trunkortschaften geführt habe. Die Infrastruktur der Cablecom sei indes nicht nur bei der Ermittlung der Trunkortschaften zu berücksichtigen, da sie auch die Marktsituation bei den terminierenden Segmenten beeinflusse. Hier sei die Stellung der Cablecom analog ihrer Stellung. 85 % der Unternehmen – und damit der potenziellen Mietleitungskunden – befänden sich weniger als 500 m von deren Glasfasernetz entfernt. Sie könne daher im Bedarfsfall problemlos Kunden an dieses Netz anschliessen. Ausserdem verfüge sie über 2'500 km Backbone-Kabelkanalisationen und 15'000 km Kabelkanalisationen, mit denen Kunden an den Backbone angeschlossen seien.

**24.2.2.** Die Beschwerdegegnerin bringt vor, die Beschwerdeführerin stelle die Möglichkeiten von Cablecom, Geschäftskunden mit eigenen Glasfasern zu erschliessen, stark übertrieben dar. Die Vorinstanz führt aus, die glasfaserbasierte und somit mietleitungsfähige Infrastruktur der Cablecom sei zwar zu berücksichtigen. Dies ändere jedoch nichts an der Beurteilung der Marktstellung der Beschwerdeführerin, da sich diese in Bezug auf die mietleitungsfähige Infrastruktur der Cablecom stark verschätze. Sie habe die Cablecom in der Marktuntersuchung diesbezüglich befragt und die Daten analysiert, mithin diese Daten konkret erhoben. Insgesamt kontrolliere die Beschwerdeführerin mit deutlichem Abstand die grösste Menge mietleitungsfähiger Infrastrukturen. Der Anteil der Kabelnetzbetreiberinnen an der mietleitungsfähigen Infrastruktur sei dagegen unbedeutend. Der Einbezug der mietleitungsfähigen Infrastruktur von Cablecom sowie aller anderen Anbieterinnen habe indes dazu geführt, dass ein breiteres unreguliertes Trunknetz habe definiert werden müssen.

**24.2.3.** Das Bundesverwaltungsgericht hat im Urteil A-2969/2010 ausgeführt (vgl. E. 24.2.3), in der Marktuntersuchung seien die Cablecom sowie weitere Kabelnetzbetreiberinnen zu ihrer mietleitungsfähigen Infrastruktur befragt worden. Die Vorinstanz ziehe aus der Auswertung der so erhobenen konkreten Daten zutreffend den Schluss, der Anteil der Kabelnetzbetreiberinnen an der mietleitungsfähigen Infrastruktur sei unbedeutend. Dies gelte insbesondere für die entsprechende Infrastruktur der Cablecom, werde diese von der Beschwerdeführerin doch in der Tat erheblich überschätzt. Damit sei freilich noch nichts darüber gesagt, ob die Vorinstanz allein gestützt auf diese Feststellung einen Einfluss der mietleitungsfähigen Infrastruktur auf die Marktstellung der Beschwerdeführerin im terminierenden Netz habe verneinen dürfen. Die von der Beschwerde-

führerin hervorgehobenen Erschliessungsmöglichkeiten von Cablecom beträfen die Frage, ob die Wettbewerbssituation bei Produkten auf der Basis von Glasfaserleitungen anders sei als bei Produkten auf der Basis von Kupferleitungen. Die Vorinstanz setze sich im Beschwerdeverfahren mit dieser Frage – inklusive der Erschliessung von Kunden – bei der Prüfung der Marktstellung auseinander. Es könne daher nicht gesagt werden, sie habe die marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführerin bei den Mietleitungen im terminierenden Netz bejaht, ohne die Erschliessungsmöglichkeiten von Cablecom – wie auch weiterer Anbieterinnen – zu berücksichtigen. Sie habe sich daher im Ergebnis in ausreichendem Mass mit der mietleitungsfähigen Infrastruktur der Cablecom und der anderen Kabelnetzbetreiberinnen auseinandergesetzt. Daran ist vorliegend festzuhalten. Die Einwände der Beschwerdeführerin sind entsprechend zurückzuweisen.

**24.3.**

**24.3.1.** Die Beschwerdeführerin bringt ausserdem vor, die Vorinstanz verweise in der angefochtenen Verfügung pauschal und ohne Begründung auf angeblich signifikante Grössen- und Verbundvorteile beim Ersatz von Kupfer- durch Glasfaserkabel. Bei der Verlegung von Glasfaserkabel habe sie jedoch keine Wettbewerbsvorteile gegenüber anderen Anbieterinnen, zumal für die Verlegung solcher Kabel neben den Infrastrukturen von verschiedenen Infrastrukturbetreibern (Elektrizitätswerke, Kabelnetzbetreiber usw.) ihre Kabelkanalisationen zu regulierten Bedingungen zur Verfügung stünden. Allfällige Wettbewerbsvorteile führten im Weiteren nur bei hohen Markteintrittsschranken dazu, dass sich ein Unternehmen unabhängig verhalten könne. Als solche Schranken gälten Kosten, die von Unternehmen getragen werden müssten, die in einen Markt eintreten möchten, nicht aber von Unternehmen, die sich bereits im Markt befänden. Grössenvorteile ("Economies of Scale") seien nicht als Markteintrittsbarrieren zu betrachten, wenn sich die etablierten Unternehmen derselben Kostenfunktion gegenüber sähen wie Unternehmen, die in den Markt einträten.

**24.3.2.** Die Vorinstanz führt in ihrer Stellungnahme vom 28. Juli 2010 aus, Telekommunikationsmärkte wiesen durchwegs hohe Fixkosten auf. In Verbindung mit dem Umstand, dass die Beschwerdeführerin auf dem Mietleitungsmarkt die höchsten Marktanteile habe, lasse dies ohne Weiteres den Schluss zu, die Beschwerdeführerin verfüge gegenüber anderen Anbieterinnen über Grössenvorteile. Im Übrigen verdeutlichten verschie-

dene Studien die Grössen- und Verbundvorteile beim Roll-out von Glasfaserkabel. In ihrer Duplik vom 9. Dezember 2010 führt sie aus, es sei zumindest tendenziell von Grössen- und Verbundvorteilen der Beschwerdeführerin bei der Erstellung eines Glasfasernetzes auszugehen. Die Aussage der Beschwerdeführerin, Grössenvorteile seien nicht als Markteintrittsschranken zu sehen, basiere im Weiteren auf einer einseitigen Interpretation der ökonomischen Literatur. Im Unterschied zur Definition, die die Beschwerdeführerin heranziehe, anerkennten die meisten Autoren Grössenvorteile als Eintrittsbarrieren. Wichtiger als die Literatur sei indes die Fallpraxis. So stuften viele EU-Behörden Grössenvorteile in ständiger Praxis als Markteintrittsbarrieren ein; auch die Fallpraxis in der EU folge einer ähnlichen Logik. Grössenvorteile würden auch von der WEKO regelmässig bei der Beurteilung der Marktstellung herangezogen. Sie sehe entsprechend keinen Grund, von ihrer Einschätzung der Grössenvorteile als Markteintrittsschranke abzuweichen, zumal eine Neueintreterin auch nicht ohne Weiteres erwarten könne, nach dem Markteintritt rasch die gleiche Grösse wie die Beschwerdeführerin zu erreichen.

**24.3.3.** Die WEKO macht geltend, es könne nicht ernsthaft bestritten werden, dass die Beschwerdeführerin als ehemalige Monopolistin mit vollständiger Infrastruktur einschliesslich Kabelkanälen beim Glasfaserausbau Wettbewerbsvorteile habe. Aufgrund ihres grösseren Marktanteils könne sie die Fixkosten für Kabel in der Regel auf eine viel grössere Anzahl Kunden umlegen, weshalb sie im Hinblick auf das Angebot von Mietleitungen bedeutend günstigere Kosten pro Kunde habe als andere auf dem Markt etablierte oder neu in diesen eintretende Unternehmen. Ihr Argument gegen das Vorliegen von Markteintrittsschranken – übereinstimmende Kostenfunktionen für die etablierten und die neu in den Markt eintretenden Unternehmen – sei deshalb gerade nicht einschlägig.

**24.3.4.** Das Bundesverwaltungsgericht hat im Urteil A-2969/2010 erklärt (vgl. E. 24.3.4), die Ausführungen der beiden Fachbehörden seien grundsätzlich überzeugend. So gebe es insbesondere in industrieökonomischer Hinsicht keinen Konsens darüber, was als Marktzutrittsschranke anzusehen sei, und berücksichtige die WEKO Grössenvorteile als eine derartige Schranke. Es bestehe daher kein Anlass, daran zu zweifeln, dass die Beschwerdeführerin beim Ersatz von Kupfer- durch Glasfaserkabel zumindest tendenziell Grössen- und Verbundvorteile und daraus resultierend Wettbewerbsvorteile habe. Ebenso wenig sei ein Grund erkennbar, wieso diese Grössenvorteile nicht als Marktzutrittsschranke qualifiziert und bei

der Marktanalyse berücksichtigt werden sollten. Dieser Rechtsprechung ist vorliegend zu folgen.

**24.4.**

**24.4.1.** Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, es überzeuge nicht, dass die Vorinstanz in ihrer Stellungnahme vom 28. Juli 2010 den Gewinn auf dem Schweizer Markt als ausschlaggebendes Kriterium für die Finanzkraft erachte. Ein Vergleich zwischen ihr und zwei direkten internationalen Konkurrentinnen zeige, dass diese mehrfach grösser seien. Die internationalen Telekommunikationskonzerne, mit denen sie in direkter Konkurrenz stehe, könnten im Unterschied zu ihr zudem auf dem nationalen Markt in vielen Bereichen von erheblichen Synergien aus ihrer internationalen Tätigkeit profitieren. Die Finanzkraft spiele bei der Beurteilung der Marktstellung im Übrigen nur eine Rolle, wenn das allenfalls marktbeherrschende Unternehmen von günstigeren Konditionen bei der Kapitalbeschaffung profitiere. Dies dürfte hier indes nicht der Fall sein, da es sich bei den wichtigsten Wettbewerberinnen um internationale Konzerne handle und Finanzmärkte typischerweise internationale Märkte seien. Die in der Schweiz erzielten Gewinne seien daher höchstens ein untergeordnetes Kriterium zur Beurteilung der Finanzkraft.

**24.4.2.** Die Vorinstanz führt aus, für internationale, in der Schweiz tätige Unternehmen gebe es nicht nur in der Schweiz Investitionsmöglichkeiten. Der Gruppengewinn solcher Unternehmen könne deshalb nicht dem von der Beschwerdeführerin weitgehend in der Schweiz erwirtschafteten Gewinn gegenübergestellt werden. Ausschlaggebend sei vielmehr die Finanzkraft auf dem Schweizer Markt – so auch die Beschwerdegegnerin –, da der Mietleitungsmarkt national abgegrenzt worden sei. Zur Bestimmung dieser Finanzkraft könne auf den Gewinn auf dem Schweizer Markt abgestellt werden. Es sei davon auszugehen, dass dieser Gewinn bei anderen Telecomunternehmen signifikant tiefer sei als bei der Beschwerdeführerin. Die WEKO verweist u.a. auf ihr Gutachten, wo sie stellvertretend für die finanziellen Ressourcen der Beschwerdeführerin deren Geschäftsergebnis im Jahr 2007 aufführt.

**24.4.3.** Das Bundesverwaltungsgericht ist bereits im Urteil A-2969/2010 der Auffassung der Vorinstanz gefolgt (vgl. E. 24.4.4). Es erscheint in der Tat richtig, auf die Finanzkraft bzw. den Gewinn auf dem Schweizer Markt abzustellen. Dabei kann nicht ernstlich bezweifelt werden, dass die Beschwerdeführerin das finanzstärkste Unternehmen auf dem Schweizer

Mietleitungsmarkt ist. Dies zeigen etwa auch die von der Vorinstanz aufgeführten EBITDA-Zahlen ("earnings before interest, taxes, depreciation and amortization") der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin für das Jahr 2009. Nicht gefolgt werden kann der Beschwerdeführerin zudem darin, die Finanzkraft spiele nur dann eine Rolle, wenn das allenfalls marktbeherrschende Unternehmen von günstigeren Konditionen bei der Kapitalbeschaffung profitieren könne.

**24.5.**

**24.5.1.** Die Beschwerdeführerin bringt ausserdem vor, die Stellung der Marktgegenseite sei nicht richtig gewürdigt worden. Bei Mietleitungen werde jeweils genau eine Verbindung von einem Punkt zu einem anderen Punkt nachgefragt. Anbieterinnen von Mietleitungen sei es daher nicht möglich, ihre Marktmacht in Form einer Mengenreduktion und einer gleichzeitigen Preiserhöhung auszuspielen. Eine solche Mengenreduktion würde automatisch zu einem Angebotsverzicht und damit zu Umsatzeinbussen führen, die nicht anderweitig kompensiert werden könnten. Dadurch werde die Verhandlungsmacht der Marktgegenseite erhöht. Diese bestehe überwiegend aus Grosskunden oder ebenfalls äusserst potenten FDA, die im Grosskundengeschäft stark positioniert seien. Die Marktgegenseite habe demnach eine starke Stellung, was die Preissetzungsspielräume stark einschränke. Aufgrund der Verhandlungsmacht der Marktgegenseite werde sie regelmässig zu substantiellen Preissenkungen gezwungen. Ihr Geschäftsbereich Grosskunden (CBU) habe jedes Jahr erhebliche Umsatzeinbussen hinnehmen müssen. So seien im Jahr 2009 Aufträge im Lösungsgeschäft für Daten- resp. Geschäftskundendienste von beträchtlichem Wert an Konkurrenten verloren gegangen.

**24.5.2.** Die Vorinstanz führt aus, die Aussagen der Beschwerdeführerin zu einer möglichen Mengenreduktion seien aus ökonomischer Sicht nicht nachvollziehbar. Es könne nicht relevant sein, ob Anbieterinnen heute eine Preiserhöhung vornehmen könnten oder nicht. Eine marktbeherrschende Anbieterin hätte es in der Hand, die Preise bereits vorgängig auf das für sie optimale Niveau zu erhöhen. Die relevante Zielgrösse für ein Unternehmen sei der Gewinn, nicht der Umsatz. Im Weiteren gehen sie zwar mit der Beschwerdeführerin darin einig, dass eine starke Stellung der Marktgegenseite die Preissetzungsspielräume einschränken könne. Weder Wholesale- noch Retailkunden vermöchten indes eine derart grosse Nachfrage auf sich zu vereinigen, dass sie gegenüber der Beschwerdeführerin eine starke Stellung erlangten. Dieser Ansicht ist auch die Be-

schwerdegegnerin, die geltend macht, die Verhandlungsmacht liege bei der Beschwerdeführerin und nicht bei der Gegenseite.

**24.5.3.** Die WEKO bringt vor, bei einer Punkt-zu-Punkt-Verbindung bestehe keine Ausweichmöglichkeit des jeweiligen Nachfragers, sodass dieser nur die Möglichkeit habe, das vom Monopolisten unterbreitete Angebot anzunehmen oder abzulehnen. Der Monopolanbieter müsse entsprechend das Angebot nicht verringern, um den Preis zu erhöhen, sondern könne einen für ihn gewinnbringenden Preis festsetzen. Der Nachfrager müsse dann entscheiden, ob er die Mietleitung zu diesem Preis nachfragen möchte oder nicht. Habe der Nachfrager keine Ausweichmöglichkeit, könne der Monopolanbieter den Preis soweit nach oben setzen, dass der Nachfrager sein Angebot gerade noch nachfrage. Unter diesen Umständen verfüge die Marktgegenseite gerade nicht über eine ausreichende Marktmacht, um eine disziplinierende Wirkung zu entfalten. Im Übrigen setze sich die Markgegenseite aus FDA und Endkunden zusammen, die im Vergleich zur Beschwerdeführerin eine signifikant geringere Verhandlungsmacht hätten.

**24.5.4.** Das Bundesverwaltungsgericht ist im Urteil A-2969/2010 zum Schluss gekommen (vgl. E. 24.5.4), sowohl die Vorinstanz als auch die WEKO legten überzeugend dar, dass die Ausführungen der Beschwerdeführerin zu einer möglichen Mengenreduktion und einer gleichzeitigen Preiserhöhung aus ökonomischer Sicht nicht nachvollziehbar seien. Im Weiteren sei in der Tat nicht ersichtlich, wie Wholesale- oder Retailkunden eine derart grosse Nachfrage nach Mietleitungen auf sich zu vereinigen vermöchten, dass sie gegenüber der Beschwerdeführerin eine starke Position erlangten. Der Vorwurf der Beschwerdeführerin, die Stellung der Marktgegenseite sei nicht richtig gewürdigt worden, erweise sich somit als unzutreffend. Gleiches gilt vorliegend.

**24.6.** Die Beschwerdeführerin rügt weiter, die Vorinstanz bestreite zu Unrecht die Relevanz der von ihr eingereichten Studie "Plattformwettbewerb und regulatorische Empfehlungen" für die Marktbeurteilung. Zwar befasse sich die Studie schwergewichtig mit Breitbanddiensten; sie bestätige indes, dass in der Schweiz ein flächendeckender, landesweiter Infrastruktur- bzw. Plattformwettbewerb bei Ultrabandbreiten (bis zu 400 Mbit/s), herrsche und deshalb keinerlei Bedarf für sektorspezifische Regulierungseingriffe bestehe. Dieser Plattformwettbewerb sei auch für Mietleitungen von grosser Bedeutung.

Die Vorinstanz macht geltend, die fragliche Studie stütze sich nicht auf eine Marktanalyse zur Beurteilung der Marktbeherrschung im Sinn von Art. 4 Abs. 2 KG. Weder grenze sie sachlich und räumlich relevante Märkte ab noch untersuche sie Mietleitungsmärkte. Sie beziehe sich in erster Linie auf Breitbandprodukte im Endkundenmarkt und setze sich mit der Frage auseinander, wie eine allfällige zukünftige Regulierung auszugestalten wäre. Da es sich beim Breitbandmarkt um einen anderen Markt handle und ein gewisser Wettbewerb auf Infrastrukturebene in Form der regulierten TAL und KKF in der Marktanalyse bereits berücksichtigt werde, sei unklar, inwiefern die Studie neue Erkenntnisse liefern oder die Resultate der Marktanalyse beeinflussen oder relativieren könnte. Wie bereits im Urteil A-2969/2010 ausgeführt (vgl. E. 24.6), ist dieser Standpunkt, der von der Beschwerdegegnerin geteilt wird, nicht zu beanstanden.

**24.7.**

**24.7.1.** Die Beschwerdeführerin begründet das Fehlen einer marktbeherrschenden Stellung bei Mietleitungen mit einer Bandbreite von mehr als 2 Mbit/s mit der Infrastrukturpräsenz und den Konkurrenzangeboten der – beispielhaft aufgeführten – Mitbewerber, die ihr Angebotsverhalten disziplinierten und für Wettbewerb sorgten. Ihr Marktanteil bei diesen Mietleitungen sei deutlich tiefer als die Vorinstanz annehme. Seit dem Jahr 2004 seien zudem die Preise für diese Mietleitungen auf dem Wholesalemarkt trotz ständig steigender Bandbreiten stark eingebrochen, was ein klarer Hinweis dafür sei, dass dieses Marktsegment hart umkämpft und starkem Wettbewerb ausgesetzt sei. Ein unabhängiges Verhalten von ihr, das in erster Linie mit Preiserhöhungen verbunden wäre, sei aufgrund der herrschenden Wettbewerbskräfte ausgeschlossen. Mietleitungen mit einer Bandbreite von mehr als 2 Mbit/s würden weiter regelmässig auf der Basis von Glasfaserleitungen produziert. Die Wettbewerbssituation solcher Dienste sei verglichen mit der Wettbewerbssituation von auf Kupferleitungen basierenden Diensten substantiell anders. Die Dienste könnten von einer FDA selbst dann gewinnbringend angeboten werden, wenn ein Kunde neu erschlossen werden müsse. Solche Kunden würden in der ganzen Schweiz stark umworben; entsprechend intensiv werde der Wettbewerb geführt. Neben der Cablecom gingen auch die Industriellen Werke Basel (IWB) Telecom, das Elektrizitätswerk der Stadt Zürich (EWZ) und Energie Wasser Luzern (EWL) sowie offenbar zahlreiche weitere Energieversorgungsunternehmen davon aus, die Erschliessung von Kundenstandorten sei kein Problem. Bei der Neuerschliessung von Kunden

habe sie im Übrigen keine Wettbewerbs- oder sonstigen Vorteile bzw. die Erschliessung von Kunden mit Mietleitungen auf der Basis von Glasfaserkabel gestalte sich für sie genau gleich wie für alle anderen FDA.

**24.7.2.** Die Beschwerdegegnerin führt aus, die Beschwerdeführerin dürfte die Mehrzahl der Geschäftsliegenschaften mit Glasfasern erschlossen haben. Sie gehe davon aus, dass im relevanten Zeitraum bei mindestens 80 % der bei der Beschwerdeführerin bezogenen, glasfaserbasierten Mietleitungen keine vorgängige Neuerschliessung der Endkunden nötig gewesen sei. Schon deshalb sei die Aussage der Beschwerdeführerin, sie befände sich in der gleichen Ausgangslage wie konkurrierende Anbieter und verfüge deshalb über keine Wettbewerbsvorteile, unzutreffend. Aber selbst für die Fälle, in denen der Kunde vorgängig mit Glas erschlossen werden müsse, verfüge die Beschwerdeführerin wegen ihres Kanalisationssystems, mit dem schweizweit praktisch jede Liegenschaft erschlossen sei, bei der Bereitstellung von Mietleitungen über einen immensen Wettbewerbsvorteil.

**24.7.3.** Die Vorinstanz bestreitet die Darstellung der Beschwerdeführerin. Sie verweist zunächst auf die schweizweit einheitliche Nachfrage auf der Vorleistungsstufe nach den Mietleitungen aller Bandbreitenkategorien. Daraus werde deutlich, dass die Beschwerdeführerin auch bei Mietleitungen mit hohen Bandbreiten eine starke Stellung habe, obwohl sie nicht über ein flächendeckendes Glasfasernetz verfüge. Die Preise im Mietleitungsmarkt zu erheben, sei weiter sehr schwierig. Sollten sinkende Preise beobachtet werden, müsse dies zudem nicht unbedingt für mehr Wettbewerb sprechen. Der Wettbewerb auf dem Mietleitungsmarkt sei im Übrigen unabhängig von dieser Frage ungenügend. Inwiefern die Wettbewerbssituation bei Produkten auf der Basis von Glasfaserleitungen im Vergleich zu Produkten auf der Basis von Kupferleitungen anders sein solle, lege die Beschwerdeführerin sodann nicht weiter dar; dies sei auch nicht ersichtlich. Die einheitliche Nachfrage nach den Mietleitungen aller Bandbreitenkategorien mache vielmehr deutlich, dass die Wettbewerbsverhältnisse bei hohen Bandbreiten nicht substantiell anders seien als bei tiefen. Tendenziell sei zudem von Grössen- und Verbundvorteilen der Beschwerdeführerin bei der Erstellung eines Glasfasernetzes auszugehen. Im Weiteren könnte selbst funktionierender Wettbewerb auf dem Vorleistungsmarkt, d.h. dem Markt für den physischen Zugang zur Endkundenschaft, oder dessen Regulierung höchstens mittelfristig zu mehr Wettbewerb bei Mietleitungen führen. Nicht zu überraschen vermöge schliesslich, dass auch andere Anbieterinnen einzelne Direktanschlüsse erstell-

ten, habe sie doch lediglich ungenügenden Wettbewerb, nicht aber ein Monopol der Beschwerdeführerin auf dem Mietleitungsmarkt oder dem Markt für physischen Zugang zur Endkundenschaft festgestellt.

**24.7.4.** Die WEKO bringt vor, die Vorinstanz habe in ausreichendem Mass belegt, weshalb die Beschwerdeführerin als marktbeherrschend zu qualifizieren sei. Der Hinweis der Beschwerdeführerin auf die sinkenden Preise reiche nicht aus, um die nachgewiesene marktbeherrschende Stellung in Zweifel zu ziehen. Weiter schreite der Ausbau des Glasfasernetzes in einigen Städten zwar schnell voran und werde in Zukunft sicher eine wichtige Rolle bei der Bereitstellung von Mietleitungen spielen. Im zu beurteilenden Zeitraum sei das Glasfasernetz im Anschlussbereich allerdings aufgrund des damals aktuellen Ausbaustandes noch nicht als geeignetes Substitut für das Kupfernetz der Beschwerdeführerin wahrgenommen worden. Der von dieser angesprochene notwendige Ausbau der Mietleitungen mit hohen Bandbreiten betreffe sodann in der Regel nur das letzte Teilstück zu Neukunden. Es sei davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin für die bestehenden Kunden im Bereich Mietleitungen mit hohen Bandbreiten bereits über ein fein verästeltes Glasfasernetz verfüge. Die ringförmige Struktur des Anschlussnetzes der Cablecom habe im Weiteren zur Folge, dass diese bei der Erschliessung eines Kundenstandorts nicht einfach wie die Beschwerdeführerin die bestehende Kupferleitung durch eine Glasfaserleitung ergänzen bzw. ersetzen könne, sondern eine Sternstruktur für die einzelnen Anschlüsse aufbauen müsse. 85 % der Kabel der Cablecom (meist Koaxialkabel) seien zudem in enge Stahlrohre verlegt, ohne oder mit nur sehr geringen Platzreserven; die restlichen lägen direkt unter der Erde. Cablecom könne daher nicht wie die Beschwerdeführerin einfach Glasfaserkabel in bestehende Kanalisationen einziehen; für die Verlegung von Glasfaserkabel auf den letzten 500 m müssten vielmehr aufwendige Tiefbauarbeiten durchgeführt werden.

**24.7.5.** Das Bundesverwaltungsgericht hat im Urteil A-2969/2010 erklärt (vgl. E. 24.7.5), es bestehe kein Anlass, den von der Vorinstanz festgestellten schweizweit einheitlichen Marktanteil auf der Vorleistungsstufe bei den Mietleitungen aller Bandbreitenkategorien in Frage zu stellen. Dieser sei zudem auf den kombinierten Vorleistungs- und Endkundenmarkt übertragbar. Mit ihrem pauschalen Verweis auf die Infrastruktur und die Angebote beispielhaft aufgeführter alternativer Anbieterinnen sowie den geltend gemachten, nicht (gänzlich) einzuschätzenden Marktanteilen vermöge die Beschwerdeführerin die auf diesen Marktanteil gestützte, überzeu-

gende Schlussfolgerung der Vorinstanz, sie habe bei Mietleitungen mit hohen Bandbreiten auch ohne flächendeckendes Glasfasernetz eine starke Marktstellung, nicht in Zweifel zu ziehen. Ob sich die Preise für Wholesale-Mietleitungen mit Bandbreiten über 2 Mbit/s so entwickelt hätten, wie die Beschwerdeführerin dies geltend mache, und ob – gegebenenfalls – diese Entwicklung auf den Wettbewerbsdruck zurückzuführen sei, könne und müsse weiter nicht beurteilt werden. Ungeachtet der Frage, ob die Beschwerdeführerin die Geschäftsliegenschaften im Wesentlichen bereits mit Glasfaserkabel erschlossen habe, vermöge sodann nicht zu überzeugen, dass die Wettbewerbssituation bei Mietleitungen auf der Basis von Glasfaserleitungen, insbesondere wegen der Erschliessung von Neukunden, substantiell anders sein solle als bei Mietleitungen auf der Basis von Kupferleitungen. Gegen diese Darstellung spreche der einheitliche Marktanteil der Beschwerdeführerin bei sämtlichen Bandbreitenkategorien, der gerade nicht auf einen substantiellen Unterschied hindeute. Die Einschätzung der Vorinstanz, es sei tendenziell von Grössen- und Verbundvorteilen der Beschwerdeführerin bei der Erstellung eines Glasfasernetzes auszugehen, erscheine zudem überzeugend, ebenso ihre Feststellung, bei den Teilnehmeranschlussleitungen auf der Basis von Glas könne selbst funktionierender Wettbewerb auf dem Vorleistungsmarkt oder dessen Regulierung höchstens mittelfristig zu mehr Wettbewerb bei Mietleitungen führen. Schliesslich sprächen auch die Angebote alternativer Anbieterinnen zur Erschliessung von Endkunden bzw. die entsprechenden Erschliessungen nicht für eine substantiell andere Wettbewerbssituation bei Mietleitungen auf der Basis von Glasfaserleitungen, seien sie doch ohne Weiteres mit dem von der Vorinstanz festgestellten unzureichenden Wettbewerb auf dem Markt für terminierende Segmente von Mietleitungen vereinbar. An dieser Rechtsprechung ist vorliegend festzuhalten.

**24.8.** Die Beschwerdeführerin bestreitet in den sechs Agglomerationen ihre marktbeherrschende Stellung bei den Mietleitungen sämtlicher Bandbreiten. Nachfolgend wird auf ihre Ausführungen nur soweit eingegangen, als dies nicht bereits bei den Mietleitungen mit Bandbreiten über 2 Mbit/s der Fall war (vgl. vorstehend E. 24.7).

**24.8.1.** Die Beschwerdeführerin macht geltend, in den sechs Agglomerationen bestünden umfangreiche Telekommunikationsanlagen von Mitbewerbern, mit denen diese – sofern nicht bereits vorhanden – Direkterschliessungen zu Geschäftskunden erstellen könnten. Zum Beleg für den bestehenden Wettbewerb listet sie u.a. die (wesentlichen) in diesen Ag-

glomerationen aktiven Infrastrukturanbieter auf. Im Weiteren bringt sie vor, diverse FDA machten von der Möglichkeit, TAL mit SDSL als Mietleitungssubstitut einzusetzen, regen Gebrauch, und nennt einige ihr bekannte Zahlen. TAL mit SDSL sei in den sechs Agglomerationen gegenüber Mietleitungen mit einer Bandbreite von 2 Mbit/s die klar vorherrschende Technologie für symmetrische Datendienste und damit für die Anbindung von Mietleitungskunden. Die Annahme der Vorinstanz, diese Möglichkeit werde nur in Einzelfällen und in der Zukunft benutzt werden, entspreche offensichtlich nicht der Realität. Ein weiteres Substitut für Mietleitungen im Anschlussnetz stellten die bestehenden Kabelkanalisationen verschiedenster Unternehmen dar. Zweifel an der Möglichkeit anderer FDA, Kunden mit eigener Infrastruktur anzuschliessen, seien heute – wie eigene Recherchen gezeigt hätten – nicht mehr angebracht. Starke Indizien für den Wettbewerbsdruck in den Agglomerationen seien weiter die von verschiedenen Kunden geforderten bzw. von ihr gewährten Preisnachlässe und Rabatte, ihr nur begrenzter Erfolg bei Ausschreibungen von Mietleitungen und der Verzicht von Kunden, Mietleitungen bei ihr zu beziehen.

**24.8.2.** Die Vorinstanz bestreitet die Darstellung der Beschwerdeführerin. Sie verweist zum einen auf die von der WEKO festgestellte heterogene Wettbewerbsintensität in den städtischen Gebieten und zum anderen auf die schweizweit einheitliche Nachfrage auf der Vorleistungsstufe nach den Mietleitungen aller Bandbreitenkategorien. Anbieterinnen, die Mietleitungen auf der Basis von TAL und KKF anböten, seien weiter in die Analyse der Marktstellung einbezogen worden, hätten aber nichts an deren Ergebnis geändert. Die SDSL-Dienste könnten dagegen nicht als Teil des Mietleitungsmarkts betrachtet werden, weshalb die von der Beschwerdeführerin aufgeführten Zahlen irrelevant seien. Da TAL auf der Basis von Kupfer der Regulierung unterliege, könne sodann zwar davon ausgegangen werden, der Wettbewerb bei auf Kupfer basierenden Mietleitungen werde mittelfristig positiv beeinflusst; die TAL-Zugangsregulierung habe die Markteintrittsbarrieren in den Mietleitungsmarkt indes nicht in einem Ausmass senken können, dass in der hier relevanten Zeitspanne von signifikanten Markteintritten auszugehen sei. Die limitierten Wettbewerbssymptome, wie sie von der Beschwerdeführerin beschrieben würden, seien schliesslich – wenn sie denn den Tatsachen entsprächen – durchaus kompatibel mit der von ihr festgestellten Marktsituation, gehe sie doch von ungenügendem Wettbewerb, nicht von einem Monopol der Beschwerdeführerin aus.

**24.8.3.** Das Bundesverwaltungsgericht hat im Urteil A-2969/2010 ausgeführt (vgl. E. 24.8.3), die Beschwerdeführerin mache mit ihren eigenen Recherchen und Beispielen aus dem Marktgeschehen nichts geltend, was der von der Vorinstanz festgestellten schweizweit einheitlichen Nachfrage nach den Mietleitungen aller Bandbreitenkategorien gleichkäme. Ebenso wenig vermöge sie in Zweifel zu ziehen, dass die Wettbewerbsintensität in den sechs Agglomerationen heterogen sei. Die Vorinstanz lege im Weiteren überzeugend dar, wieso sie SDSL-Anschlüsse nicht zum Mietleitungsmarkt zähle und betrachte zu Recht die Zahlen zur Verwendung von TAL mit SDSL für die Beurteilung der Marktstellung der Beschwerdeführerin in den sechs Agglomerationen als unerheblich. Ihre Einschätzung, TAL auf der Basis von Kupfer werde mittelfristig den Wettbewerb bei auf Kupfer basierenden Mietleitungen positiv beeinflussen, habe sich jedoch in der hier relevanten Zeitspanne nicht massgeblich auf die Marktsituation ausgewirkt, scheine zudem überzeugend. Schliesslich sprächen auch die von Beschwerdeführerin genannten Wettbewerbssymptome nicht gegen deren marktbeherrschende Stellung in den sechs Agglomerationen, seien sie doch ohne Weiteres mit dem von der Vorinstanz festgestellten unzureichenden Wettbewerb vereinbar. Dieser Rechtsprechung ist vorliegend zu folgen.

**24.9.**

**24.9.1.** Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz vor, sie verwende ein fehlerhaftes Konzept des potenziellen Wettbewerbs. Sie verkenne, dass es vor allem darauf ankomme, wie schnell Markteintritte erfolgen könnten. Massgeblich sei eine Frist von ca. zwei Jahren. Die Projekte zum Ausbau des Glasfasernetzes von ihr und einigen Elektrizitätswerken ("FTTH-[Fibre to the home] Rollout") machten deutlich, dass innert kurzer Zeit grosse Teile einer Stadt erschlossen werden könnten. Einzelne projektbezogene Ausbauvorhaben seien erst recht rasch und wirtschaftlich tragbar durchführbar. Dabei sei zu berücksichtigen, dass auch andere FDA wie Sunrise oder die Beschwerdegegnerin eigene Glasfasern verlegten und Cablecom bereits über eine flächendeckende Glasfaserinfrastruktur und darauf basierende Angebote verfüge. Markteintritte seien somit innert kurzer Frist möglich. Dadurch werde sie auf dem Mietleitungsmarkt effektiv diszipliniert, da sie gezwungen werde, kompetitive Angebote zu lancieren. Der potenzielle Wettbewerb sei somit sorgfältig zu untersuchen; die Vorinstanz habe dies jedoch nicht getan.

**24.9.2.** Die Beschwerdegegnerin, die Vorinstanz und die WEKO weisen die Ansicht der Beschwerdeführerin zurück. Die Vorinstanz führt aus, zwar planten und bauten zurzeit verschiedene Anbieterinnen vor allem in den Städten FTTH-Netze. Wie die WEKO in ihrem Gutachten festgestellt habe, sei die Wettbewerbsintensität auf städtischem Gebiet jedoch sehr heterogen. Dies werde auch in der für den potenziellen Wettbewerb relevanten Zeitspanne von zwei bis drei Jahren so bleiben. Es sei nämlich noch nicht absehbar, wann in den Städten flächendeckende Glasfasernetze verfügbar sein werden. Die Entstehung solcher Netze könnte mittelfristig einen Einfluss auf den Wettbewerb im Mietleitungsmarkt haben, was in zukünftigen Marktanalysen berücksichtigt werden müsste. Zum jetzigen Zeitpunkt genüge die potenzielle Konkurrenz jedoch noch nicht, um die Beschwerdeführerin zu disziplinieren. Für diese Einschätzung spreche im Übrigen namentlich auch, dass die Beschwerdeführerin an der Realisierung der FTTH-Projekte beteiligt und dafür besorgt sei, in Zukunft überall Zugang zu den neuen Netzen zu haben.

**24.9.3.** Das Bundesverwaltungsgericht ist im Urteil A-2969/2010 zum Schluss gekommen (vgl. E. 24.9.5), es sei nicht davon auszugehen, dass die Glasfaser-Ausbauprojekte den Wettbewerb im Mietleitungsmarkt im hier relevanten Zeitraum ausreichend zu beeinflussen vermocht hätten, um die Beschwerdeführerin zu disziplinieren. Dies gelte gleichermassen für einzelne projektbezogene Ausbauvorhaben. Was die Beschwerdeführerin dagegen vorbringe, vermöge nicht zu überzeugen. Zum einen substantiiere sie die von ihr behauptete angebliche disziplinierende Wirkung nicht ausreichend. Zum anderen seien ihre Ausführungen widersprüchlich, lägen doch die geplanten Ausbaudaten der von ihr genannten Projekte selbst nach ihren Angaben ausserhalb der zwei bis drei Jahre, innerhalb derer die Markteintritte erfolgen müssten, um von der von ihr geltend gemachten disziplinierenden Wirkung der potenziellen Konkurrenz ausgehen zu können. Die Beschwerdeführerin bestätige im Übrigen, dass sie an den Ausbauprojekten beteiligt sei.

Das Bundesverwaltungsgericht hat entsprechend auch im vorliegenden Fall keinen Anlass, weitere Untersuchungen zum potenziellen Wettbewerb vorzunehmen oder anzuordnen, noch dazu, von der Einschätzung der Vorinstanz abzuweichen, wonach die Entstehung von Glasfasernetzen zwar mittelfristig einen Einfluss auf den Wettbewerb im Mietleitungsmarkt haben könnte, für den hier relevanten Zeitraum indes nicht massgeblich ist.

**24.10.** Wie bereits im Urteil A-2969/2010 (vgl. E. 24.10) ist somit als Ergebnis festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin die Marktanalyse der Vorinstanz nicht in Frage zu stellen vermag. Weder beruht deren Analyse auf einer unzureichenden Abklärung des Sachverhalts, zumal an das Beweismass angesichts der komplexen Verhältnisse auf dem Mietleitungsmarkt keine überspitzten Anforderungen gestellt werden dürfen, noch ist sie in methodischer Hinsicht zu beanstanden. Sie erscheint ausserdem inhaltlich überzeugend. Das Bundesverwaltungsgericht geht wie die Vorinstanz davon aus, die Beschwerdeführerin habe in der hier relevanten Zeitspanne (Jahre 2007 bis 2010) auf dem Markt für Mietleitungen im terminierenden Netz in der gesamten Schweiz sowie bei den Mietleitungen sämtlicher Bandbreiten eine marktbeherrschende Stellung inne gehabt.

Angebotspflicht

**25.**

**25.1.** Die Beschwerdeführerin ist wegen ihrer marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt für Mietleitungen im terminierenden Netz in den Jahren 2007 bis 2010 zwar grundsätzlich zur Gewährung des Zugangs verpflichtet (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. e FMG). Damit steht allerdings noch nicht abschliessend fest, ob die Vorinstanz die grundsätzlich bestehende Angebotspflicht korrekt bestimmt hat. Während die Beschwerdeführerin die verfügte Angebotspflicht für die Jahre 2007 bis 2009 – abgesehen von den bereits behandelten Rügen – nicht beanstandet, macht sie – über die bereits behandelten Rügen hinaus – geltend, es sei nicht einzusehen, wieso sie im Jahr 2010 sämtliche Servicequalitäten anbieten solle, die sie auch kommerziell anbiete. Die Vorinstanz führe diesbezüglich zwar aus, in Bezug auf Auswahl, Umfang und Qualität müssten alternative Anbieterinnen in der Lage sein, Vorleistungsprodukte zu beziehen, die es ihnen ermöglichten, auf den nachgelagerten Märkten Mietleitungen zu denselben Bedingungen anzubieten, wie es die marktbeherrschende Anbieterin könne. Nur so könnten sie in ein echtes Wettbewerbsverhältnis zu dieser treten; andernfalls würden sie diskriminiert. Damit diese Ausführungen nicht eine blosse Annahme blieben, hätte die Vorinstanz aber prüfen müssen, ob die Mitbewerber höhere Servicequalitäten nicht auch in Form von Eigenleistungen erbringen könnten und ob sie (die Beschwerdeführerin) bei allen Servicequalitäten marktbeherrschend sei. In der angefochtenen Verfügung fänden sich jedoch keinerlei Hinweise auf eine solche Prüfung. Analoges gelte für ihre – ebenfalls abzulehnende – Verpflich-

tung, Schnittstellen bzw. technische Spezifikationen auch dann anzubieten, wenn sie diese selber gar nicht verwende. Die Verfügung verschweige denn auch, dass es gerade nicht Sinn und Zweck der Zugangsregulierung sei, den blossen Wiederverkauf von fixfertig vorkonfigurierten Vorleistungen in jeder denkbaren, auch zukünftigen Ausprägung und damit das reine Trittbrettfahren zu begünstigen; vielmehr wolle die Zugangsregulierung den Dienste- und Infrastrukturwettbewerb basierend auf Eigenleistungen der Marktteilnehmer fördern.

Auch das Nichtdiskriminierungsgebot verpflichte sie nicht, technische Spezifikationen und Schnittstellen bereitzustellen, die sie selber gar nicht nutze. Von seinem Sinngehalt und Zweck her verlange es nur, dass die marktbeherrschende Anbieterin anderen FDA mindestens diejenigen Schnittstellen anbiete, die sie für ihre eigenen Dienste verwende (sofern dem keine sachlichen Gründe entgegenstünden). Dies entspreche denn auch dem Wortlaut von Art. 55 Abs. 4 FDV. Ob die sehr weitgehende Angebotsverpflichtung von Art. 55 Abs. 2 FDV über eine ausreichende gesetzliche Grundlage verfüge, sei mehr als fraglich, müssten marktbeherrschende Anbieterinnen nach Art. 11 Abs. 1 FMG doch nur Zugang zu "ihren" Einrichtungen und "ihren" Diensten gewähren. Eine Verpflichtung, zusätzliche Einrichtungen und Dienste bereitzustellen, könne dieser Gesetzesbestimmung somit nicht entnommen werden.

**25.2.** Die Beschwerdegegnerin bringt vor, die Forderung der Beschwerdeführerin nach Eigenleistungen mache weder bei den Servicequalitäten noch den technischen Spezifikationen bzw. Schnittstellen technisch oder ökonomisch Sinn. Aus dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung von Art. 11 Abs. 1 FMG lasse sich im Weiteren ableiten, die Beschwerdeführerin müsse auf Verlangen auch Schnittstellen und andere technische Spezifikationen anbieten, die sie selber nicht nutze. Entsprechend dem Gesetzeszweck sei der Netzzugang dann nichtdiskriminierend, wenn andere Anbieter in die Lage versetzt würden, ihre Fernmeldedienste in konkurrenzfähiger Weise gegenüber den Endkunden zu vermarkten. Wenn dazu z.B. eine bestimmte Schnittstelle oder eine andere technische Spezifikation notwendig sei, die die Beschwerdeführerin selber nicht oder nicht mehr verwende, habe sie diese anzubieten. Selbstverständlich sei über die Notwendigkeit im konkreten Fall zu entscheiden. Dieser Grundsatz werde in Bezug auf die Schnittstellen in Art. 55 FDV konkretisiert. Im Übrigen würden gewisse Spezifikationen erst durch die Gewährung des Netzzugangs bzw. durch die Netzzusammenschaltung erforderlich, d.h.

die Beschwerdeführerin benötige diese selber gar nicht. Deren Ansicht sei schon deshalb unhaltbar.

**25.3.** Die Vorinstanz führt zur Begründung der für das Jahr 2010 verfügten Angebotspflicht (vgl. dazu oben E. 1.1.2) aus, hinsichtlich der unterschiedlichen Servicequalitäten sei von vornherein nicht nachvollziehbar, weshalb das regulierte Angebot nicht zumindest dem Angebot entsprechen müsste, das die Beschwerdeführererin zu kommerziellen Bedingungen mache. In Bezug auf Auswahl, Umfang und Qualität müssten alternative Anbieterinnen in der Lage sein, Vorleistungsprodukte zu beziehen, die es ihnen ermöglichten, auf den nachgelagerten Märkten Mietleitungen zu denselben Bedingungen anzubieten, wie die marktbeherrschende Anbieterin. Nur so könnten sie in ein echtes Wettbewerbsverhältnis zu dieser treten; andernfalls würden sie diskriminiert. Dies gelte in besonderem Mass auch für die technischen Aspekte. So würde es unter Umständen nicht ausreichen, das Wholesale-Angebot auf diejenigen Spezifikationen zu beschränken, die die Beschwerdeführerin selber verwende. Dadurch würden die alternativen Anbieterinnen gezwungen, dieselbe Netztechnik und -struktur wie die Beschwerdeführerin zu verwenden. Dies würde die Innovationskraft des Wettbewerbs weitgehend hemmen und entspräche deshalb gerade nicht der Zielsetzung der Zugangsregulierung. Um alternative Anbieterinnen in die Lage zu versetzen, konkurrenzfähige Retailprodukte anzubieten, müsse die marktbeherrschende Anbieterin Mietleitungen mit den markt- und branchenüblichen Schnittstellen bereitstellen, die eine Anbindung an die Infrastruktur der alternativen Anbieterinnen ermöglichten. Ihr Angebot habe in technischer Hinsicht nicht nur dem Leistungsumfang und den Bedingungen zu entsprechen, die sie auch kommerziell anbiete, sondern auch den markt- und branchenüblichen Anforderungen.

**25.4.** Das Bundesveraltungsgericht hat sich im Urteil A-2969/2010 mit den Einwänden der Beschwerdeführerin auseinandergesetzt (vgl. E. 25.4). Es ist gestützt auf eine Auslegung von Art. 11 Abs. 1 FMG zum Schluss gekommen, die Pflicht der Beschwerdeführerin zur Gewährung des Zugangs zu den Mietleitungen im terminierenden Netz setze einzig die Marktbeherrschung bei diesen Mietleitungen, mithin bei der Bereitstellung von transparenten Übertragungskapazitäten über Punkt-zu-Punkt-Verbindungen in diesem Netz voraus. Sie habe zur Folge, dass die Beschwerdeführerin den Zugang zu ihren Datenübertragungsdiensten unabhängig von deren konkreter Ausgestaltung zu gewähren habe. Eine marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführerin bei den konkreten

Servicequalitäten, Schnittstellen und technischen Spezifikationen sei daher nicht erforderlich. Ebenso wenig müsse die um Zugang nachsuchende Anbieterin ausser Stande sein, Mietleitungen wie die von ihr nachgefragten, namentlich solche mit den gleichen Servicequalitäten, Schnittstellen und technischen Spezifikationen, selber zu produzieren. Dies widerspräche vielmehr gerade Sinn und Zweck des Zugangsregimes. Ob die Vorinstanz die von ihr genannten Servicequalitäten und Schnittstellen bzw. technischen Spezifikationen zu Recht der Angebotspflicht unterstellt habe, hänge deshalb nicht davon ab, ob die Beschwerdeführerin bei diesen marktbeherrschend gewesen sei bzw. die Beschwerdegegnerin ausser Stande, diese Servicequalitäten und Schnittstellen bzw. technischen Spezifikationen selber zu produzieren. Der diesbezügliche Einwand der Beschwerdeführerin greife daher nicht.

Die Auslegung von Art. 11 Abs. 1 FMG ergebe weiter, dass die Pflicht der Beschwerdeführerin zur Gewährung des Zugangs grundsätzlich auf die jeweils bestehenden Einrichtungen und Dienste beschränkt sei. Eine weiter gehende Verpflichtung könne namentlich nicht daraus abgeleitet werden, dass der Zugang gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG in nichtdiskriminierender Weise zu gewähren sei. Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung regle – neben dem Grundsatz der Transparenz –, auf welche Weise die marktbeherrschende Anbieterin den Zugang zu ihren Einrichtungen und Diensten gewähren müsse. Die Frage, zu welchen Einrichtungen und Diensten sie den Zugang zu gewähren bzw. welche Einrichtungen und Dienste sie bereitzustellen habe, betreffe er dagegen nicht. Art. 55 Abs. 4 FDV, der den Grundsatz allgemein für die Schnittstellen konkretisiere, sehe denn auch keine weiter gehende Verpflichtung vor. Vielmehr verpflichte er die marktbeherrschende Anbieterin, den anderen Anbieterinnen mindestens die Schnittstellen anzubieten, die sie für ihre eigenen Dienste verwende. Ob Art. 55 Abs. 2 FDV allenfalls eine weiter gehende Regelung enthalte und ob diese gegebenenfalls zulässig wäre, könne offen bleiben, da es sich bei der von der Vorinstanz für das Jahr 2010 verfügten weiter gehenden Angebotspflicht für die Schnittstellen bzw. technischen Spezifikationen erkennbar nicht um einen Anwendungsfall dieser Bestimmung handle. Die Vorinstanz berufe sich denn auch nicht auf diese.

Diese Rechtsprechung ist auch vorliegend massgebend. Daran ändert nichts, dass sich die Beschwerdegegnerin (implizit) auf Art. 55 Abs. 2 FDV beruft, geht sie doch nicht davon aus, die marktbeherrschende Anbieterin müsse gestützt auf diese Bestimmung ganz allgemein die von der

Vorinstanz verfügten markt- und branchenüblichen Schnittstellen und technischen Spezifikationen anbieten.

Wie bereits im Urteil A-2969/2010 entbehrt somit auch hier die Anordnung der Vorinstanz, die Beschwerdeführerin habe in technischer Hinsicht ein Mietleitungsangebot zu machen, das den markt- und branchenüblichen Anforderungen entspreche, insoweit einer rechtlichen Grundlage, als die Beschwerdeführerin damit zur Bereitstellung von Schnittstellen bzw. technischen Spezifikationen verpflichtet wird, die sie bei den Mietleitungen im terminierenden Netz – kommerziell oder sonstwie – nicht anbietet bzw. verwendet. Die von der Vorinstanz für das Jahr 2010 verfügte Angebotspflicht ist deshalb entsprechend zu korrigieren. Für die von der Beschwerdegegnerin im Jahr 2010 bezogenen, der korrigierten Angebotspflicht unterstehenden Mietleitungen ist die Beschwerdeführerin – wie dargelegt (vgl. oben E. 7.4 und E. 8.2) – zu einem Angebot im bereits erläuterten Sinn an die Beschwerdegegnerin zu verpflichten (vgl. zum Angebot oben E. 7.4). Dazu ist ihr eine angemessene Frist einzuräumen, wobei zu berücksichtigen ist, dass sie nicht ein vollumfängliches Mietleitungsangebot auszuarbeiten hat.

**Preise**

**26.**
Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Vorinstanz habe in der angefochtenen Verfügung zu Unrecht den Kostennachweis in verschiedenen Punkten angepasst und beantrage im vorliegenden Beschwerdeverfahren ausserdem zu Unrecht weitere Anpassungen. Diese Anpassungen seien rückgängig zu machen bzw. nicht gutzuheissen und die Preise seien auf der Grundlage des berichtigten Kostennachweises neu festzusetzen. Zur Begründung führt sie aus, die Vorinstanz sei bei der Preisfestlegung in verschiedener Hinsicht methodisch falsch vorgegangen. Ihre Anpassungen stünden weiter im Widerspruch zur Preisfestlegung in früheren Zugangsverfahren. Ausserdem stütze sie sich bei den Kosten für Glasfaserspleissungen auf einen falschen Angebotspreis, alloziere die Kosten der Operating Support Systems und Business Support Systems (OSS/BSS) sowie die Kosten der Kanalisationsanlagen und die Schachtkosten proportional statt technologiespezifisch und stelle bei der Anzahl der Anschlussleitungen des Public Switched Telephone Network und des Integrated Services Digital Network (PSTN- und ISDN-Anschlussleitungen) auf eine falsche Prognose ("Forecast") ab.

Die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin weisen diese Vorwürfe zurück. Auch die Preisüberwachung hat keine Einwände gegen die Anpassungen der Vorinstanz. Sie übt indes grundsätzliche Kritik an dem zur Anwendung kommenden Kalkulationsmodell. Dieser Kritik schliesst sich auch die Beschwerdegegnerin an, ohne indes die Festlegung anderer Preise zu verlangen, als sie von der Vorinstanz im Beschwerdeverfahren beantragt werden. Nachfolgend wird zunächst auf die grundsätzliche Kritik der Beschwerdeführerin eingegangen (vgl. nachfolgend E. 27), danach auf ihre weiteren Einwände (vgl. E. 28 [Abweichung von der Preisfestlegung in früheren Verfahren] und E. 29 [Anpassungen bei den Glasfaserspleissungen, OSS/BSS, Kosten für Kanalisationsanlagen und Schachtkosten sowie bei der Prognose für PSTN- und ISDN-Anschlussleitungen]).

**27.**

**27.1.** Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz habe nicht berücksichtigt, dass der "richtige" kostenorientierte Preis nicht existiere, sondern sich kostenorientierte Preise zwischen einer Ober- und Untergrenze bewegten. Aufgrund des Konzepts der bestreitbaren Märkte bildeten dabei die sog. Stand-alone-Kosten die Obergrenze und die sog. langfristigen inkrementellen Kosten ("long run incremental costs", LRIC) die Untergrenze. Die Vorinstanz könne somit zwar in einem ersten Schritt die angebotenen Preise auf ihre Kostenorientierung hin überprüfen. Ergebe sich dabei, dass sie sich im zulässigen Rahmen bewegten, sei sie jedoch grundsätzlich nicht berechtigt, sie als "missbräuchlich" zu bezeichnen und gegen unten anzupassen. Vielmehr müsse sie sie als mit den gesetzlichen Anforderungen an die Kostenorientierung vereinbar bestätigen bzw. festlegen. Sie könne somit nur dann tiefere Preise festlegen, wenn die angebotenen Preise über dem zulässigen Preisband lägen. Entsprechend müsse sie ihr die Möglichkeit einräumen, grundsätzlich selber zu entscheiden, wie sie unter Beachtung der Preisobergrenze und der Kostendeckung die gemeinsamen Kosten und die Gemeinkosten auf die einzelnen Dienste aufteilen wolle. Daran änderten auch die Ausführungen der Preisüberwachung nichts. Inwiefern die angebotenen Preise vorliegend über dem zulässigen Preisband lägen, sei nicht ersichtlich und lasse sich namentlich der angefochtenen Verfügung nicht entnehmen. Die Vorinstanz setze sich entsprechend über den Bemessungsspielraum hinweg, den sie (die Beschwerdeführerin) beanspruchen dürfe.

Die Vorinstanz nehme die Anpassungen am Kostennachweis weiter nicht aus sachlichen Gründen vor. So zeige die Analyse der Anpassungen, dass es ihr nur darum gegangen sei, die Preise für Mietleitungen mit hohen Bandbreiten gezielt zu senken, ohne dabei die TAL-Preise zu stark zu erhöhen. Dabei habe sie nicht nur Widersprüche zur Preisfestlegung in früheren Verfahren in Kauf genommen (vgl. dazu nachfolgend E. 28), sondern die Anpassungen auch ohne fundierte Analysen und Belege vorgenommen. Auch habe sie sich nicht mit den Auswirkungen ihrer Preisverfügung auf andere Infrastrukturen auseinandergesetzt und nicht geprüft, ob die angebotenen Preise im Vergleich mit denen ihrer Konkurrentinnen marktkonform seien. Die Vorgehensweise der Vorinstanz sei schliesslich auch deshalb fragwürdig, weil sie den vom FMG gewollten Verhandlungslösungen unter den FDA den Boden entziehe; ein Anreiz, auf dem Verhandlungsweg zu einer Einigung zu gelangen, entfalle, solange die Preisregulierungen in der geschilderten Weise erfolgten.

**27.2.** Die Beschwerdegegnerin weist die Argumentation der Beschwerdeführerin zurück. Sie macht insbesondere geltend, die massgeblichen Bestimmungen sähen das von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Toleranzband nicht vor. Vielmehr liefere Art. 54 FDV strenge methodische Vorgaben für die Preisbestimmung. Die Beschwerdeführerin könne für sich keinen Ermessensspielraum beanspruchen, der einer behördlichen bzw. gerichtlichen Ermessenskontrolle entzogen sei.

**27.3.** Die Vorinstanz führt u.a. aus, ein Preis sei kostenorientiert und damit "richtig", wenn er die gesetzlichen Anforderungen erfülle. Bei der Überprüfung des Kostennachweises müsse sie entsprechend die Rechtmässigkeit der geltend gemachten Kosten beurteilen. Komme sie dabei zum Schluss, diese entsprächen nicht den gesetzlichen Anforderungen, müsse sie das Kostenniveau und damit auch die Preise korrigieren. In der angefochtenen Verfügung seien sämtliche Preisanpassungen bzw. Anpassungen an den für die Preisbildung massgebenden Kostenelementen nachvollziehbar erläutert und sachlich begründet worden. Generell gesprochen liege der Grund für die Anpassungen darin, dass der von der Beschwerdeführerin eingereichte Kostennachweis insbesondere den Anforderungen von Art. 54 FDV und Anhang 3 der Verordnung der Eidgenössischen Kommunikationskommission vom 17. November 1997 betreffend das Fernmeldegesetz (SR 784.101.112, nachfolgend: ComComV) nicht in allen Teilen Rechnung trage. Daran änderten die Preisober- und -untergrenze gemäss Ziff. 3.2.4 von Anhang 3 ComComV – Stand-alone-Kosten bzw. langfristige inkrementelle Kosten – nichts. Die Herleitung der

kostenorientierten Preise sei in Art. 54 FDV hinlänglich festgeschrieben. Die Beschwerdeführerin verkenne zudem Zweck und Bedeutung der beiden Preisgrenzen. Beim Zugang zu den Mietleitungen sei schliesslich der Dienstewettbewerb klar erkennbar in den Vordergrund gestellt worden, indem weder eine zeitliche noch eine technologische Beschränkung gesetzlich verankert worden sei.

**27.4.** Die Preisüberwachung weist zunächst in allgemeiner Weise darauf hin, je nach Ausgestaltung des LRIC-Kostenmodells und der Wahl der Parameter könnten ganz unterschiedliche Preise resultieren. Anders als bei einer Buchhaltung existierten jedoch keine verbindlichen Standards oder Usanzen, wie eine LRIC-Modellkalkulation durchzuführen sei. Es bestehe deshalb ein hoher Beurteilungsbedarf und damit auch ein hoher Ermessensspielraum für die Behörden. Die Vorinstanz und die Instruktionsbehörde betrieben einen sehr hohen Aufwand, um die Kostenkalkulation der Beschwerdeführerin, deren LRIC-Kalkulationsmodell ausserordentlich komplex sei, zu prüfen. Die Vorinstanz könne allerdings nicht jeden einzelnen Aspekt des Modells über Monate oder gar Jahre hinweg vertieft prüfen und erwägen, sei es doch ihre Aufgabe, innert nützlicher Frist zu einem Entscheid zu kommen. Sie sei daher gezwungen, bei der Prüfung der Kalkulation Schwerpunkte zu setzen und gestützt auf die in nützlicher Frist beschaffbaren Fakten nach bestem Wissen und Gewissen zu entscheiden. Dies impliziere, dass sich ihre Beurteilungspraxis im Lauf der Jahre verfeinere, weil das stetig wachsende Wissen in die Beurteilung einfliessen müsse. Insgesamt könne der Vorinstanz nicht vorgeworfen werden, sie setze sich ungenügend mit dem Kostennachweis der Beschwerdeführerin auseinander. Auch sei es korrekt, wenn sie neu gewonnene Erkenntnisse in ihre Beurteilung einfliessen lasse, selbst wenn diese zu einer Änderung der bisherigen Beurteilungspraxis führten.

Da je nach Ausgestaltung des LRIC-Kostenmodells und der konkreten Annahmen höhere oder tiefere Zugangspreise resultieren könnten, möge es aus wissenschaftlicher Sicht plausibel erscheinen, dass sich kostenorientierte Preise zwischen einer Ober- und Untergrenze bewegten. Die Festlegung einer Bandbreite kostenorientierter Preise – statt der Verfügung konkreter Preise – durch die Vorinstanz sei aber aus verschiedenen Gründen abzulehnen. Dies schliesse nicht aus, dass es vertretbare Argumente für eine leicht tiefere oder leicht höhere Kostenbasis bzw. leicht tiefere oder leicht höhere Preise geben könnte. Könne die Vorinstanz aufzeigen, dass es für eine effizientere Anbieterin eine kostengünstigere Lö-

sung gebe, sei eine Anpassung der Kalkulation der Beschwerdeführerin allerdings gerechtfertigt.

Im Weiteren könnten sich kostenorientierte Preise nicht auf der gesamten Bandbreite zwischen den Stand-alone-Kosten und den langfristigen inkrementellen Kosten bewegen. Dies würde Art. 54 Abs. 1 Bst. c FDV widersprechen, wonach ein verhältnismässiger Anteil an den relevanten gemeinsamen Kosten und Gemeinkosten zu berücksichtigen sei. Es wäre sowohl unverhältnismässig, wenn die gesamten gemeinsamen Kosten und Gemeinkosten nur durch die Zugangspreise oder gar durch die zugangsnachfragenden Parteien zu tragen wären (Stand-alone-Kosten), als auch, wenn die zugangsnachfragenden Parteien lediglich die von ihr verursachten reinen Zusatzkosten der Mitbenutzung (Grenzkosten der nachgefragten Menge) tragen müssten. Aus wettbewerbspolitischer Sicht sei zudem zu verhindern, dass Gemeinkosten in erster Linie durch Dienste gedeckt würden, bei denen die Beschwerdeführerin über ein Monopol oder eine marktbeherrschende Stellung verfüge, da ihr dies ermöglichen würde, Dienstleistungen in Wettbewerbsbereichen günstig zu reinen inkrementellen Kosten anzubieten, um andere Marktteilnehmer zu verdrängen. Die Bandbreite für kostenorientierte Preise sei gemäss Art. 54 FDV somit wesentlich kleiner, als die Beschwerdeführerin annehme.

**27.5.** Das Bundesverwaltungsgericht hat im Urteil A-2969/2010 dargelegt (vgl. E. 27.5), die in Art. 11 Abs. 1 FMG grundsätzlich vorgesehene Preisberechnungsmethode (kostenorientierte Preise) werde in Art. 54 FDV konkretisiert. Nach dessen Abs. 1 setzten sich die modellierten Kosten aus drei Komponenten zusammen: den langfristigen Zusatzkosten der in Anspruch genommenen Netzkomponenten und den langfristigen Zusatzkosten, die ausschliesslich durch Zugangsdienstleistungen hervorgerufen würden ("long run incremental costs", LRIC), einem konstanten Zusatz, der auf einem verhältnismässigen Anteil an den relevanten gemeinsamen Kosten und Gemeinkosten basiere ("constant mark up"), und einem branchenüblichen Kapitalertrag für die eingesetzten Investitionen (Art. 54 Abs. 1 Bst. b - d FDV). Massgeblich seien dabei nur Kosten, die mit der Dienstleistung in einem kausalen Zusammenhang stünden (relevante Kosten, Art. 54 Abs. 1 Bst. a FDV). Art. 54 Abs. 1 FDV sehe damit für die Verteilung der Kosten auf die einzelnen Produkte, d.h. für die sog. Kostenallokation, eine bestimmte Ausprägung der LRIC-Methode vor. Diese gestatte es der marktbeherrschenden Anbieterin – entsprechend dem Regulierungsziel, "Trittbrettfahrerei" zu ihren Lasten zu verhindern – namentlich, bei der Preisberechnung neben den langfristigen Zusatzkosten

in einem gewissen Umfang auch gemeinsame und Gemeinkosten zu berücksichtigen. Ob sie von dieser Möglichkeit Gebrauch mache, sei dabei – vorbehältlich allfälliger wettbewerbswidriger Dumpingpraktiken – grundsätzlich ihr überlassen, bedürfe sie doch keines weitergehenden Schutzes. Nicht in ihrem Belieben sei dagegen, ob sie über den in Art. 54 Abs. 1 Bst. c FDV vorgesehenen verhältnismässigen Anteil hinaus weitere gemeinsame und Gemeinkosten bis hin zu den Stand-alone-Kosten in die Preisberechnung einbeziehen wolle. Diese Bestimmung lege verbindlich fest, inwieweit gemeinsame und Gemeinkosten bei der Berechnung kostenorientierter Preise berücksichtigt werden dürften; für einen weiter gehenden Einbezug solcher Kosten bestehe deshalb kein Raum. Etwas Anderes ergebe sich auch nicht aus Ziff. 3.2.4 Anhang 3 ComComV.

Art. 54 Abs. 2 FDV enthalte sodann Vorgaben zur Bewertung der einzelnen Kostenkomponenten und damit zur konkreten Ausgestaltung der Kostenbasis. Er halte fest, die Kosten hätten den Aufwendungen und Investitionen einer effizienten Anbieterin zu entsprechen (Satz 1). Weiter habe ihre Berechnung auf aktueller Basis ("forward looking") zu beruhen (Satz 2). Schliesslich sollten die Netzkosten den Wiederbeschaffungskosten ("modern equivalent assets"; Satz 3) entsprechen. Darunter seien – entgegen der Kritik der Beschwerdegegnerin und der Preisüberwachung – Brutto-, nicht Netto-Wiederbeschaffungskosten zu verstehen. Wie die Kostenallokation habe der Verordnungsgeber somit auch die Bewertung der einzelnen Kostenkomponenten in allgemeiner Weise festgelegt. Daran sei die marktbeherrschende Anbieterin insoweit gebunden, als sie keine höhere Bewertung vornehmen dürfe. Dagegen sei es auch hier grundsätzlich, d.h. vorbehältlich wettbewerbswidriger Dumpingpraktiken, ihr überlassen, ob sie die Kostenkomponenten tiefer bewerten wolle.

Im Ergebnis dürfe die marktbeherrschende Anbieterin bei der Preisberechnung somit zwar grundsätzlich, d.h. vorbehältlich wettbewerbswidriger Dumpingpraktiken, gegen unten von den Vorgaben von Art. 54 FDV abweichen, nicht jedoch gegen oben. Sofern und soweit ihre Preisberechnung auf Abweichungen gegen oben beruhe, dürfe und müsse die Vorinstanz daher – bei gegebenen sonstigen Voraussetzungen – die Preisberechnung korrigieren und die Zugangspreise reduzieren. Dabei komme ihr ein erheblicher Beurteilungsspielraum und ein grosses "technisches Ermessen" zu; sie müsse aber immerhin den gesetzlich vorgegebenen Rahmen einhalten, eine taugliche und in sich konsistente Vorgehensweise wählen und diese Methode konsequent und in nachvollziehbarer Weise umsetzen. Dabei habe sie eine unabhängige, neutrale und

möglichst objektive Haltung einzunehmen. Der Einwand der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz dürfe die von ihr angebotenen Preise nur dann reduzieren, wenn sie über den Stand-alone-Kosten lägen, erweise sich somit als unzutreffend.

Damit sei allerdings noch nichts darüber gesagt, ob die Vorinstanz den Kostennachweis der Beschwerdeführerin ergebnisgetrieben und ohne sachliche Gründe, fundierte Analysen und Belege sowie zu Unrecht von früheren Verfahren abweichend angepasst habe; darauf werde bei der Prüfung der konkreten Rügen einzugehen sein (vgl. unten E. 28 und E. 29). Zurückzuweisen sei hingegen, dass die Vorinstanz die Preise der Beschwerdeführerin auf ihre Marktkonformität hätte überprüfen sollen. Diese Forderung stehe im Widerspruch zur Preisberechnungsmethode nach Art. 54 FDV, die Marktpreise simulieren wolle, die sich in einer Wettbewerbssituation einstellten, und die sich entsprechend gerade nicht auf einen tatsächlichen Markt beziehe, auf dem wegen der Marktbeherrschung der marktbeherrschenden Anbieterin kein ausreichender Wettbewerb bestehe. Nicht zu überzeugen vermöge weiter, dass sich die Vorinstanz nicht mit den Auswirkungen ihrer Preisverfügung auf andere Infrastrukturen auseinandergesetzt habe. Art. 54 FDV diene in weiten Teilen dem Infrastrukturwettbewerb und konkretisiere, wie und wie weit diesem bzw. den Auswirkungen auf andere Infrastrukturen nach Art. 11a Abs. 1 Satz 2 FMG bei der Festsetzung der Zugangspreise Rechnung zu tragen sei. Halte sich die Vorinstanz an die Vorgaben von Art. 54 FDV, berücksichtige sie das Regulierungsziel Infrastrukturwettbewerb somit in ausreichendem Mass. Soweit die Beschwerdeführerin nicht dartue, inwiefern die Vorinstanz bei ihrer Preisfestsetzung von diesen Vorgaben abgewichen sei, sei auf ihre Kritik deshalb nicht weiter einzugehen. Nicht ersichtlich sei schliesslich, wie die Vorinstanz einer Verhandlungslösung zwischen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin den Boden unter den Füssen entzogen haben soll, seien doch die Zugangspreise zwischen den beiden FDA streitig und von der Vorinstanz nach Art. 11a Abs. 1 FMG festzulegen. An dieser Rechtsprechung ist vorliegend festzuhalten.

**28.**

**28.1.** Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, die Vorinstanz weiche von den Preisfestlegungen für die Jahre 2007 und 2008 in den Zugangsverfügungen vom 9. Oktober und 23. Dezember 2008 betreffend die Interkonnektion, den vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss,

die Kollokation und die Verrechnung des Teilnehmeranschlusses (VTA) ab, ohne dass die bundesgerichtlichen Voraussetzungen für eine Praxisänderung erfüllt seien. Wie auch die Preisanträge der Vorinstanz im vorliegenden Beschwerdeverfahren zeigten, würden durch immer neue Preiskorrekturen und -anpassungen gleiche Sachverhalte nicht nur zukünftig anders beurteilt, sondern auch rückwirkend. Auch wenn die nicht immer parallel ablaufenden Zugangsverfahren dazu führten, dass nicht alle Zugangsformen gleichzeitig beurteilt werden könnten – was der Gesamtkostennachweis eigentlich erfordern würde –, sei diese Praxis aus Gründen der Rechtssicherheit und des Gleichbehandlungsgrundsatzes nicht akzeptabel. Eine dermassen inkonsistente Beurteilungspraxis schliesse aus, dass für sie bei der Berechnung kostenorientierter Preise jemals Rechtssicherheit entstehe. Dies sei angesichts der unbestimmten Normen zur Kostenorientierung der Preise und des Ermessensspielraums, den der Vorinstanz von den Gerichten zugestanden werde, unhaltbar. Was für die Preise bei anderen Zugangsformen in den Jahren 2007 bis 2008 richtig und auch für Mietleitungen relevant sei, könne für die Mietleitungspreise in den Jahren 2007 bis 2009 nicht falsch sein. Die Anpassungen der Vorinstanz seien daher rückgängig zu machen. Nur so liessen sich Widersprüche im Gesamtkostennachweis vermeiden.

Dies gelte zunächst für den 10-prozentigen Abschlag auf den Kosten für das Tragwerk von Freileitungen für die Jahre 2007 bis 2009, mit dem die Vorinstanz Skaleneffekten Rechnung tragen wolle. Damit weiche sie von ihren Verfügungen vom 9. Oktober 2008 ab. Dort habe sie zwar die Kosten für Kabelkanalisationen mit der Begründung gesenkt, das Investitionsvolumen eines flächendeckenden Fernmeldenetzes rechtfertige die Annahme eines Mengenrabatts von zehn Prozent; bei den Freileitungen habe sie jedoch keinen derartigen Abschlag verfügt. Die Abweichung von den früheren Verfügungen für denselben Zeitraum werde in der angefochtenen Verfügung nicht begründet, ebenso wenig die Höhe des Abschlags. Es gehe nicht an, dass die Vorinstanz gleiche Leistungen (Kostenkomponenten) für die Jahre 2007 und 2008 bereits wieder anders beurteile als in den Verfügungen vom Herbst 2008. Sie bestimme sogar Skaleneffekte für reine Montagearbeiten, obwohl solche bei Stundenleistungen offensichtlich nicht gerechtfertigt seien.

Rückgängig zu machen sei weiter die Streichung der Logistikzuschläge für Glasfaserkabel und Freileitungen für die Jahre 2007 bis 2009, die die Vorinstanz damit begründe, in der "Modellwelt" würden Kabel direkt auf die Baustelle transportiert. In den TAL-Verfügungen vom Oktober 2008

habe die Vorinstanz bereits die Lagerungskosten für Kupferkabel gestrichen. Die zusätzliche Streichung der Logistikzuschläge für Glasfaserkabel und Freileitungen hätte bereits damals beurteilt werden können und müssen, sei sie doch bereits für die damaligen Preisfestlegungen relevant gewesen.

Aufzuheben sei auch die Anpassung der Preise für Glasfaserspleissungen für die Jahre 2007 bis 2009. Mit dieser weiche die Vorinstanz von ihren früheren Verfügungen ab, wo sie die von ihr (der Beschwerdeführerin) ermittelten Preise noch akzeptiert habe. Auch hier entstehe somit für den gleichen Zeitraum eine unterschiedliche Beurteilung gleicher Kostenkomponenten, die für unterschiedliche Zugangsformen gleichermassen relevant seien.

Rückgängig zu machen sei schliesslich auch die Erhöhung der Mengenprognosen für PSTN- und ISDN-Anschlüsse gegenüber den TAL-Verfügungen für die Jahre 2007 und 2008. Damit entstehe erneut für den gleichen Zeitraum eine Abweichung bei Elementen, die für mehrere Zugangsformen gleich seien.

**28.2.** Die Beschwerdegegnerin weist die Argumentation der Beschwerdeführerin zurück. Sie wirft dieser insbesondere vor, sie verkenne, dass der Grund für die Preisanpassungen ihre eigene ungenügende Umsetzung der in Art. 54 FDV vorgegebenen Kriterien sei. Im Übrigen sei nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz bei der Überprüfung des Kostennachweises jeweils auf ihren aktuellsten Wissensstand abstütze.

**28.3.** Die Vorinstanz führt aus, sie habe nur Anpassungen vorgenommen, die spezifisch für die Mietleitungen relevant seien oder – soweit sie auch für andere Zugangsformen von Bedeutung sein könnten – auf neuen Erkenntnissen beruhten. Sie habe zudem lediglich ihre bisherige Praxis konsequent umgesetzt und keine Anpassungen an Modellparametern vorgenommen, die sie bereits in früheren Entscheiden angepasst habe. Inwiefern dieses Vorgehen zu Inkonsistenzen gegenüber früheren Entscheiden geführt haben solle, sei nicht ersichtlich. Passe sie ein Element an, könne die Beschwerdeführerin im Übrigen daraus den Schluss ziehen, dass sie dieses Element auch in Zukunft nicht akzeptieren werde, auch wenn dies in der Verfügung nicht explizit festgehalten werde. So könne z.B. aus dem Umstand, dass sie den Logistikzuschlag für Kupferkabel nicht akzeptiere, gefolgert werden, sie werde diesen Zuschlag auch bei anderen Inputressourcen nicht hinnehmen. Der Kostennachweis um-

fasse eine immense Menge von Informationen, die von der Beschwerdeführerin aufbereitet würden, weshalb es durchaus möglich sei, dass sie bei dessen Überprüfung einzelne Aspekte übersehe. Erkenne sie bei einer erneuten Überprüfung ihren Irrtum, sei sie rechtlich gehalten, diesen zu korrigieren. Dies gelte ebenso, wenn ihr neue, bislang unbekannte Informationen vorlägen. Bei einem Gesamtkostennachweis im Rahmen der Ex-post-Regulierung mit zeitlich unterschiedlichen Verfahrensverläufen sei es weiter systemimmanent, dass sich Anpassungen in späteren Zugangsverfahren auch auf die Preise für Zugangsformen auswirkten, deren Bedingungen sie bereits früher verfügt habe. Die Anpassungen am Kostennachweis müssten dabei allerdings stets konsistent bleiben. Dieser Anforderung sei sie nachgekommen und habe in allen Punkten eine konsistente Beurteilungspraxis entwickelt und angewendet.

**28.4.** Die Preisüberwachung ist – zusätzlich zu ihren allgemeinen Ausführungen (vgl. oben E. 27.4) – der Ansicht, es wäre sicher idealer, wenn die Preise für sämtliche regulierte Zugangspreise zum gleichen Zeitpunkt festgelegt werden könnten, um allfällige Inkonsistenzen zu vermeiden. Dies würde aber dem Verhandlungsprimat widersprechen. Die Vorinstanz könne somit bereits systembedingt nicht alle Zugangspreise für ein bestimmtes Jahr gleichzeitig verfügen. Dies habe unweigerlich zur Folge, dass sich ihre Erkenntnisse von Entscheid zu Entscheid verfeinerten. Es sei deshalb korrekt, wenn sie neu gewonnene Erkenntnisse in ihre Beurteilung einfliessen lasse, selbst wenn diese zu einer Änderung der bisherigen Beurteilungspraxis führten.

**28.5.** Das Bundesverwaltungsgericht hat im Urteil A-2969/2010 festgehalten (vgl. E. 28.4), aus den Ausführungen der Vorinstanz wie auch der Preisüberwachung werde deutlich, dass die Prüfung des Kostennachweises der Beschwerdeführerin, deren LRIC-Kalkulationsmodell ausserordentlich komplex sei, für die Vorinstanz – und die Instruktionsbehörde – mit einem sehr hohen Aufwand verbunden sei. Da von der Vorinstanz innert nützlicher Frist ein Entscheid über den Zugang erwartet werde (vgl. Art. 11a Abs. 3 FMG), könne von ihr unter diesen Umständen nicht verlangt werden, jeden einzelnen Aspekt des Kostenmodells bzw. der Preisberechnungsmethode über längere Zeit hinweg vertieft zu prüfen. Vielmehr reiche es, wenn sie gestützt auf die innert nützlicher Frist verfügbaren Informationen und ihr Fachwissen nach ernsthafter und sachlicher Prüfung über diejenigen Faktoren entscheide, bezüglich derer sie innert dieser Frist einen Entscheidungsbedarf festgestellt habe. Dass die Vorinstanz im Rahmen der Zugangsverfügung über den Kostennachweis

der marktbeherrschenden Anbieterin bzw. deren Preisberechnung als Ganzes entscheide, bedeute somit nicht, es liege bezüglich des gesamten Kostennachweises bzw. der gesamten Preisberechnung eine Praxis vor, von der nur unter Einhaltung der bundesgerichtlichen Voraussetzungen für eine Praxisänderung abgewichen werden dürfe. Namentlich soweit sich die Vorinstanz mit einem Element des Kostennachweises nicht auseinandergesetzt habe oder ihr Entscheid in einem Punkt erstmalig und lediglich vorläufig sei, sei eine derartige Praxis vielmehr zu verneinen. Die Vorinstanz sei entsprechend insoweit nicht an die Voraussetzungen für eine Praxisänderung gebunden und grundsätzlich ohne Weiteres befugt, ihre bisherige Praxis zu präzisieren, auszudehnen oder weiterzuentwickeln. Sie habe dabei allerdings die Grenzen ihres erheblichen Beurteilungs- und Ermessensspielraums sowie die Vorgaben für die Konkretisierung des Kostenmodells bzw. der kostenorientierten Preisgestaltung und die Bestimmung der geeignetsten Methode für deren Umsetzung zu beachten (vgl. oben E. 27.5 und unten E. 29.1.5).

Die als unzulässige Praxisänderungen gerügten Anpassungen am Kostennachweis der Beschwerdeführerin seien zwar in den Zugangsverfügungen von Oktober und Dezember 2008 betreffend die Interkonnektion, den vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss, die Kollokation und die Verrechnung des Teilnehmeranschlusses, die jeweils (auch) die Zugangspreise für die Jahre 2007 und 2008 festlegten, nicht vorgenommen worden. Weder mit dem 10-prozentigen Abschlag auf den Kosten für das Tragwerk von Freileitungen für die Jahre 2007 bis 2009 noch der Streichung der Logistikzuschläge für Glasfaserkabel und Freileitungen für die Jahre 2007 bis 2009 sei die Vorinstanz indes von einer bestehenden Praxis abgewichen. Inwiefern sie mit ihrem Vorgehen ihren erheblichen Beurteilungs- und Ermessensspielraum überschritten oder sich nicht an die Vorgaben für die Konkretisierung des Kostenmodells bzw. der kostenorientierten Preisgestaltung und die Bestimmung der geeignetsten Methode für deren Umsetzung gehalten haben sollte (vgl. oben E. 27.5 und unten E. 29.1.5), sei weiter nicht erkennbar. Es bestehe deshalb kein Anlass, die beiden Anpassungen rückgängig zu machen. Auch mit der Anpassung der Preise für Glasfaserspleissungen für die Jahre 2007 bis 2009 und der Erhöhung der Mengenprognosen für PSTN- und ISDN-Anschlüsse für das Jahr 2009 sei sie nicht von einer bestehenden Praxis abgewichen. Damit sei zwar noch nichts darüber gesagt, ob sie mit ihrem Vorgehen ihren erheblichen Beurteilungs- und Ermessensspielraum überschritten oder von den Vorgaben für die Konkretisierung des Kostenmodells bzw. der kostenorientierten Preisgestaltung und die Be-

stimmung der geeignetsten Methode für deren Umsetzung abgewichen sei (vgl. dazu nachfolgend E. 29.1 und E. 29.4). Der Vorwurf der unzulässigen Praxisänderung erweise sich jedoch hier genauso unzutreffend wie bei den beiden anderen Anpassungen. Als unumgängliche und systemimmanente Folge des geltenden Ex-post-Zugangsregimes mit Gesamtkostennachweis sei schliesslich hinzunehmen, dass drei der Anpassungen neben dem Jahr 2009 auch die Jahre 2007 und 2008 beträfen und die Mietleitungspreise insofern für den gleichen Zeitraum auf einer anderen Grundlage basierten als die Preise für die in den erwähnten früheren Zugangsverfügungen geregelten Zugangsformen. Auch an dieser Rechtsprechung ist vorliegend festzuhalten.

**29.**

**29.1.**

**29.1.1.** Die Beschwerdeführerin beanstandet, die Vorinstanz habe den Kostennachweis für die Jahre 2007 bis 2009 zu Unrecht insofern korrigiert, als bei den Kosten für Glasfaserspleissungen nicht auf die Durchschnittspreise der regional günstigsten Anbieter, sondern auf die Preise des schweizweit günstigsten Anbieters abzustellen sei. Ein regionaler Anbieter – auch der von der Vorinstanz ausgewählte – sei gar nicht in der Lage, die offerierten Preise schweizweit anzubieten. Zwar gehe die Vorinstanz davon aus, mit der hypothetischen Markteintreterin würde sich auch die Ausgangslage für Zulieferer ändern; diese würden ihre Kapazitäten so ausbauen, dass sie einen schweizweiten Auftrag erfüllen könnten, weshalb – aufgrund des grossen Auftragsvolumens – mit Mengenrabatten in Form von Skaleneffekten zu rechnen wäre. Die angenommenen Skaleneffekte bzw. Kosteneinsparungen von 10 % seien jedoch spekulativ, unbelegt und realitätsfremd. Ebenso sei unbegründet, dass sie die von der Vorinstanz zugestandene Erhöhung der Transportkosten um 10 % kompensierten. Mit ihrem Vorgehen übertrage die Vorinstanz die Anforderungen des LRIC-Kostenmassstabs an eine effiziente FDA auf alle anderen Marktteilnehmer wie Lieferanten oder Installateure und abstrahiere in unzulässiger Weise von den tatsächlichen Verhältnissen auf den Märkten, auf denen (auch) die hypothetische Anbieterin bzw. Markteintreterin einkaufen bzw. ihre Leistungen erbringen müsste. Ein solches Vorgehen, das sich über die wirtschaftlichen Gegebenheiten hinwegsetze und nicht berücksichtige, ob eine hypothetische, effiziente Markteintreterin die angenommenen Kosteneinsparungen auch effektiv erzielen könnte, widerspreche Art. 54 Abs. 2 FDV.

Da kein regionaler Anbieter repräsentative LRIC-Preise liefere, basiere ihre Kostenkalkulation auf dem Mittelwert der günstigsten regionalen Angebote. Nur dieser Ansatz gewährleiste, dass regionale Unterschiede ausgeglichen würden und repräsentative und nicht bloss zufällige oder sogar willkürliche Preise für Glasfaserspleissungen in die Kostenrechnung einflössen. Daran ändere nichts, dass die in die Durchschnittspreisberechnung einbezogene günstigste und teuerste Offerte erheblich voneinander abwichen. Allein aus dieser in der wirtschaftlichen Realität alltäglichen Tatsache ableiten zu wollen, ihr Ausschreibungs- und Preisermittlungsverfahren sei nicht effizient, wäre verfehlt. Die Ausschreibungen für die Spleissarbeiten erfolgten unter Wettbewerbsbedingungen und sorgten dafür, dass nicht nur das günstigste Angebot pro Region, sondern auch der effizienteste Anbieter eruiert werde. Sie sei überzeugt, dass ihr Preisermittlungsverfahren repräsentative Preise liefere und dabei auch die für einen hypothetischen Telekomanbieter geltenden wirtschaftlichen Gegebenheiten angemessen berücksichtige. Die meisten Anbieter offerierten zudem innerhalb eines klar definierten Preisbands; es gebe lediglich einen "Ausreisser" nach oben und einen nach unten. Damit würden die bemängelten Preisdifferenzen sehr stark relativiert. Mittelwerte bildeten im Weiteren seit Jahren einen zentralen Bestandteil ihres Kostennachweises. So basiere z.B. der Kapitalkostensatz oder Produktionskostenindex des schweizerischen Baumeisterverbands auf Mittelwertberechnungen, die von der Vorinstanz bisher nie in Frage gestellt worden seien. Ein Grund, von dieser etablierten Methode nun auf einmal zu ihren Lasten abzuweichen, sei auch deshalb nicht ersichtlich. Dass die Praxis der Vorinstanz nicht haltbar sei, bestätige schliesslich auch die Instruktionsbehörde mit ihrer Orientierung der Preisüberwachung vom 15. September 2011 in einem weiteren Zugangsverfahren betreffend IC, TAL und KOL, wo sie ausführe, sie beabsichtige in Abweichung von der bisherigen Praxis der Vorinstanz die Herleitung der Preise für Glasfaserspleissungen nach Massgabe von Mittelpreisen zu beantragen. Solche würden in vielen anderen Bereichen des Kostennachweises verwendet und stellten insgesamt, d.h. bezüglich sämtlicher Preise, einen geeigneten Massstab für die Kosten einer hypothetischen Markteintreterin dar.

**29.1.2.** Die Beschwerdegegnerin hält es aufgrund der Anforderungen in Art. 54 Abs. 2 FDV für gerechtfertigt, auf die Preise des günstigsten Lieferanten abzustellen. Dies scheine insbesondere bei Wachstumsmärkten wie dem Geschäft mit der Glasfasertechnologie sachgerecht. Solche Märkte zeichneten sich dadurch aus, dass die Preise schneller gesenkt würden, als dies in den jeweiligen Preisanalysen bzw. im Kostenmodell

abgebildet werde. Im Weiteren erfahre das Kostenmodell der Beschwerdeführerin Jahr für Jahr teils erhebliche Anpassungen. Auch deshalb könnten einzelne Erkenntnisse aus der Gegenwart nicht isoliert auf die Vergangenheit übertragen werden, ohne zu riskieren, dass die Modellberechnung in sich nicht mehr stimmig sei. Die Vorinstanz habe somit bei der Bestimmung der Kosten für Glasfaserspleissungen für die Jahre 2007 bis 2009 einen in ihrem Ermessen liegenden, korrekten Entscheid getroffen. Ob an ihrer Praxis auch für die Folgejahre bzw. die Zukunft festgehalten werden solle, könne an dieser Stelle offen bleiben.

**29.1.3.** Die Vorinstanz führt in der angefochtenen Verfügung aus, die Durchführung regionaler Ausschreibungen zur Vergabe der tatsächlichen Aufträge lasse keine Rückschlüsse zu, welches der national günstigste Preis für Spleissarbeiten wäre. Der von der Beschwerdeführerin gewählte Ansatz sei zudem nicht mit Art. 54 Abs. 2 FDV vereinbar, wonach bei der Preisberechnung die Kosten und Aufwendungen einer effizienten Anbieterin heranzuziehen seien, da eine solche ihre Spleissarbeiten an die insgesamt preiswerteste Anbieterin vergeben würde. Es sei daher auf die Preise der günstigsten Anbieterin von Glasfaserspleissungen abzustellen.

Im Beschwerdeverfahren hält sie an dieser Ansicht fest. Eine Analyse der Preise der vierzehn von der Beschwerdeführerin berücksichtigten regionalen Anbieterinnen zeige für die am häufigsten verwendete Spleisskategorie einen Preisunterschied von 161 % zwischen der teuersten und der günstigsten Anbieterin. Ein einfacher Durchschnitt aus den Preisen sämtlicher Kategorien von Glasfaserspleissungen pro regionale Anbieterin ergebe einen Unterschied von 90 %. Es erschliesse sich ihr nicht, weshalb die Beschwerdeführerin derart ausgeprägte regionale Preisunterschiede in der insgesamt kleinräumigen Schweiz im Rahmen eines schweizweiten Netzaufbaus beharrlich als Resultat effizienter Ausschreibungsverfahren hinstelle; gemäss regionalen Preisindizes des Bundesamts für Statistik existierten derart ausgeprägte regionale Preisunterschiede kaum. Demgegenüber sei das Abstellen auf die Preise der schweizweit günstigsten Anbieterin eine Annäherung an ein tatsächlich effizientes Vergabeverhalten bzw. Ausschreibungsverfahren. Auch wenn derzeit keine Anbieterin gesamtschweizerisch tätig sei, sei eine solche Anbieterin denkbar. Beim Bau eines Fernmeldenetzes handle es sich um ein sehr grosses Projekt mit grossen Mengen. Ein Unternehmen müsse daher bereit und auch in der Lage sein, seine Kapazitäten auszubauen, um den schweizweiten Auftrag zu erhalten. Mit der hypothetischen Markteintreterin ändere sich die Ausgangslage für die Zulieferer. Aufgrund des grossen Auftragsvolu-

mens wäre mit Mengenrabatten in Form von Skaleneffekten zu rechnen. Allerdings ergäben sich auch zusätzliche entfernungsabhängige Kosten, vor allem Transportkosten, da die regionale Anbieterin national anbieten würde. Beidem habe sie bei ihrer Anpassung des Kostennachweises Rechnung getragen. Der üblicherweise im Kostenmodell verwendete Zuschlag für Transportkosten betrage 10 %, ebenso die beim Kanalisationsbau berücksichtigten Skaleneffekte, weshalb davon auszugehen sei, die Transportkosten und die Mengenrabatte wögen sich gegenseitig auf.

Zum heutigen Zeitpunkt müsse schliesslich offen bleiben, ob sie in dem von der Beschwerdeführerin erwähnten Zugangsverfahren betreffend IC, TAL und KOL eine Änderung der Kostenberechnung für Glasfaserspleissungen beschliessen werde. Gegebenenfalls müsste geprüft werden, ob die Änderung auch Auswirkungen auf das vorliegende Verfahren zeitige bzw. ob die Gründe, die zur Änderung geführt hätten, rückwirkend auch beim angefochtenen Entscheid zu berücksichtigen gewesen wären. Dem schweizerischen Ex-post-Zugangsregime sei es immanent, dass aufgrund neuerer oder besserer Erkenntnisse in einem späteren Verfahren anders zu entscheiden sei als in einem früheren Verfahren. Der marktbeherrschenden Anbieterin sei es rechtlich unbenommen, ihre Entscheide in jedem einzelnen Zweiparteienverfahren mittels Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht anzufechten; auch sei die Instruktion eines Beschwerdeverfahrens entsprechend der Komplexität der Materie regelmässig aufwändig und zeitintensiv. Es sei daher immer möglich, dass sie während der Hängigkeit eines Beschwerdeverfahrens zu neuen Erkenntnissen in Drittverfahren komme. Müssten diese jedes Mal rückwirkend auf frühere Entscheide angewandt werden, würden die Verfahren zwangsläufig ungebührlich lange dauern, was in einem offensichtlichen Spannungsverhältnis zum Regelungszweck stünde.

**29.1.4.** Die Preisüberwachung hält die Orientierung an der günstigsten Anbieterin für nachvollziehbar, sachgerecht und gerechtfertigt bzw. für theoretisch korrekt, modellkonform und unter Berücksichtigung des Ermessensspielraums der Vorinstanz problemlos vertretbar. Im Kostenmodell werde der Neubau eines ganzen Netzes, also ein sehr grosses Investitionsvolumen, unterstellt. Es sei deshalb zu vermuten, der Preis pro Glasfaserspleissung würde bei einem so grossen Auftrag tiefer liegen als bei einem verhältnismässig kleinen lokalen Auftrag, weil die Anbieterin von Skalenerträgen profitieren könnte. Die Absicht der Instruktionsbehörde, in dem von der Beschwerdeführerin zitierten Zugangsverfahren betreffend IC, TAL und KOL die Herleitung der Preise für Glasfaserspleis-

sungen nach Massgabe von Mittelpreisen zu beantragen, ändere daran nichts. Im Weiteren sei gegenwärtig noch völlig offen, ob die Instruktionsbehörde den beabsichtigten Antrag stellen und ob, gegebenenfalls, die Vorinstanz ihm stattgegeben werde. Auch sei fraglich, ob die Erwägungen der Instruktionsbehörde zu den Tarifen für das Jahr 2011 für das vorliegende Verfahren überhaupt relevant sein könnten. Gegenstand der Konsultation der Instruktionsbehörde seien die Preise für die Produkte IC, TAL und KOL für das Jahr 2011; die Zugangspreise für Mietleitungen für die Jahre 2009 und 2010 seien somit von einer allfälligen Praxisänderung nicht betroffen.

**29.1.5.** Das Bundesverwaltungsgericht hat im Urteil A-2969/2010 anerkannt (vgl. E. 29.1.4), dass der Vorinstanz bei der Konkretisierung des Kostenmodells bzw. der kostenorientierten Preisgestaltung und der Bestimmung der geeignetsten Methode für deren Umsetzung ein erheblicher Beurteilungsspielraum und ein grosses "technisches" Ermessen zukommt. Daraus könne allerdings nicht gefolgert werden, es stehe in ihrem Belieben, den Kostennachweis der Beschwerdeführerin bzw. die von dieser gewählte Vorgehensweise nach eigenem Gutdünken zu korrigieren. Das gesetzliche Modell gehe grundsätzlich von einer Preisfestsetzung durch die Parteien aus; es gebe der Vorinstanz also nicht eine bestimmende, sondern lediglich eine korrigierende Rolle. Eine Korrektur des Kostennachweises sei deshalb nur dann angebracht, wenn die Vorinstanz dafür hinreichende Gründe darzutun vermöge; etwa, dass sich die Beschwerdeführerin nicht an den von Gesetz- und Verordnungsgeber vorgegebenen Rahmen halte, ihre Vorgehensweise untauglich oder in sich nicht konsistent sei oder ihre Methode nicht konsequent und nachvollziehbar umgesetzt werde. Sie habe sich dabei einer unabhängigen, neutralen und möglichst objektiven Haltung zu bemüssigen und insbesondere auf ihr wünschbar erscheinende Anpassungen zu verzichten, wenn für diese keine hinreichenden Gründe vorlägen. Ihre Korrektur müsse ausserdem den rechtlichen Rahmen einhalten, tauglich und in sich konsistent sein sowie konsequent und nachvollziehbar umgesetzt werden (vgl. oben E. 27.5).

Vorliegend sei es zwar richtig, dass ein gesamtschweizerischer Anbieter, auch wenn es ihn zurzeit nicht geben möge, zumindest theoretisch denkbar sei. Ebenso liege es grundsätzlich nahe, bei einem derartigen Anbieter wegen des hohen Auftragsvolumens von Skaleneffekten bzw. Mengenrabatten auszugehen und diese den höheren Transportkosten gegenüberzustellen. Offen bleibe jedoch, ob die von der Vorinstanz geltend ge-

machten Skaleneffekte von 10 % und ihre Annahme, diese kompensierten die mit einem schweizweiten Angebot verbundene Erhöhung der Transportkosten, realistisch seien. Selbst wenn dies bejaht würde, hiesse dies im Weiteren nicht, der Ansatz der Vorinstanz verdiene den Vorzug gegenüber dem der Beschwerdeführerin. Dieser trage der Frage, wie tief die minimalen, unter realistischen Bedingungen zu erwartenden Kosten für Glasfaserspleissungen einer hypothetischen Markteintreterin wären, auf mindestens so überzeugende Weise Rechnung wie die Vorinstanz. Insgesamt vermöge die Vorinstanz somit weder darzutun, dass ihr Ansatz eine überzeugende Alternative zur Vorgehensweise der Beschwerdeführerin sei, noch dass deren Ansatz sich nicht an den rechtlich vorgegebenen Rahmen halte, untauglich oder in sich nicht konsistent sei, von ihr nicht konsequent und nachvollziehbar umgesetzt werde oder aus sonstigen Gründen abzulehnen sei. Damit seien die Voraussetzungen für eine Anpassung des Kostennachweises nicht erfüllt. Dieser Ansicht sei neben der Instruktionsbehörde mittlerweile auch die Vorinstanz. In ihrer Verfügung vom 7. Dezember 2011 im bereits erwähnten Zugangsverfahren betreffend IC, TAL und KOL zwischen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin halte sie fest, die Annahme eines Mittelpreises weise nicht zwingend eine höhere Unschärfe aus als das Abstellen auf einen vermeintlichen Tiefstpreis. Auch sollte die Herleitung der Preise für Glasfaserspleissungen nicht isoliert, sondern im Kontext des Gesamtnachweises beurteilt werden. Abweichend von ihren bisherigen Kostenüberlegungen sei deshalb im Interesse eines konsistenten Vorgehens im gesamten Kostennachweis bei Glasfaserspleissungen neu auf Mittelpreise abzustellen.

Gleiches gilt vorliegend. Die Beschwerde ist somit in diesem Punkt gutzuheissen und die Anpassung des Kostennachweises rückgängig zu machen. Dispositivziffer 1 der angefochtenen Teilverfügung ist hinsichtlich der monatlich wiederkehrenden Mietleitungspreise für die Jahre 2007 bis 2009 aufzuheben und die Angelegenheit zur Neufestsetzung dieser Preise auf der Basis von Mittelpreisen für Glasfaserspleissungen an die Vorinstanz zurückzuweisen (vgl. ausserdem unten E. 29.2.4 und E. 29.3.5).

**29.2.**

**29.2.1.** Die Beschwerdeführerin rügt weiter, die Vorinstanz habe in der angefochtenen Verfügung für die Jahre 2007 bis 2009 zu Unrecht angeordnet, die Kosten für die Supportsysteme "Informationssystem Linienkartei" (ISLK) und "Planning Tool for the Access Network" (PTA) seien nicht

technologiespezifisch, sondern proportional auf die aktiven Kupfer- und Glasfaseranschlüsse zu verteilen. Zunächst sei sie fälschlicherweise und ohne Abklärung des Sachverhalts davon ausgegangen, die beiden Systeme ergänzten sich und dienten der Inventarisierung der Linientechnik. PTA enthalte indes Vermessungsdaten und diene als Planungstool der Projektierung und dem Bau bestehender und neu zu erstellender Kanalisationen, während mit ISLK die Netzressourcen, d.h. die einzelnen Teilnehmerleitungen verwaltet würden. Weiter habe sie nicht berücksichtigt, dass die beiden Systeme bei Glasfasern stärker belastet würden bzw. im Zusammenhang mit den Supportsystemen für Kupferleitungen und Glasfaserkabel ganz unterschiedliche Kosten anfielen. Dieser Umstand habe jedoch zur Folge, dass die Glasfaseranschlüsse einen grösseren Kostenteil als die Kupferanschlüsse tragen, die Kosten mithin technologiespezifisch – und nicht proportional – alloziert werden müssten. Der in diesem Zusammenhang von der Vorinstanz erhobene Vorwurf, sie habe es unterlassen, die Supportsysteme und Allokationsschlüssel detailliert und nachvollziehbar zu beschreiben, sei unbegründet. Nicht nachvollziehbar sei sodann, wieso die Vorinstanz lediglich die Kosten für ISLK und PTA, nicht aber für sämtliche OSS/BSS, die sowohl für Kupfer- als auch Glasfaseranschlüsse relevant seien, proportional verteilt habe. Zwar korrigiere sie mit ihrem entsprechenden Antrag im Beschwerdeverfahren diesen Mangel. Damit würden die effektiven Kostenunterschiede zwischen Kupfer und Glas indes nur noch stärker verzerrt. Auch führe es zu einem leichten Preisanstieg für eine Kupfer-TAL, im Jahr 2009 etwa zu einem Anstieg von zwei Rappen pro Monat. Dies scheine zu bestätigen, dass die Vorinstanz die Anpassungen ergebnisgetrieben nur soweit vorgenommen habe, als sich ein möglichst tiefer Preis für Mietleitungen ohne allzu starke Erhöhung des TAL-Preises habe erzielen lassen.

**29.2.2.** Die Vorinstanz führt in der angefochtenen Verfügung aus, die Systeme ISLK und PTA würden in der einen oder anderen Form zur Verwaltung der Linientechnik verwendet, die wiederum dazu diene, über Kanalisationen und Kabel Endkundenstandorte an- und untereinander zusammenzuschliessen. Die Kosten seien somit auf die Anbindung von Endkundenstandorten und damit auf das Vorhandensein von aktiven Leitungen zurückzuführen. Beim Neubau des Netzes im Rahmen des Modellansatzes fielen somit alle Leitungen im gleichen Mass ins Gewicht, weshalb die auf das Anschlussnetz entfallenden Kosten proportional auf aktive Kupferdoppeladern und Glasfasern bzw. die aktiven Kuper- und Glasfaseranschlüsse zu verteilen seien. Für eine solche Verteilung spreche namentlich, dass die Kosten für die beiden Supportsysteme ähnlich hoch

wären, wenn ein reines Kupfer- bzw. Glasfasernetz gebaut würde. Es sei daher auch bei der Modellierung eines Netzes, das beide Anschlussarten enthalte, von ähnlich hohen Kosten pro Anschluss auszugehen.

Im Beschwerdeverfahren hält sie an einer proportionalen Kostenverteilung fest. Sie führt ergänzend aus, Teilnehmeranschlussleitungen und Kanalisationen gehörten zur Linientechnik und die Systeme ISLK und PTA dienten beide einer Form der Inventarisierung. Es sei demzufolge nicht ersichtlich, weshalb sie sich nicht ergänzen sollten oder sie den Sachverhalt ungenügend abgeklärt haben sollte. Eine proportionale Kostenallokation sei weiter auch aus Transparenzgründen angebracht. Zum einen ergäben sich aus den oberflächlichen Beschreibungen der Supportsysteme durch die Beschwerdeführerin keine zwingenden Gründe für eine direkte Zuweisung der Kosten an die beiden Technologien und seien die Allokationsschlüssel der Beschwerdeführerin nicht nachvollziehbar; zum anderen sei es bei Informatiksystemen schwierig, aufgrund unterschiedlicher Informationsbedürfnisse auf eine unterschiedliche Belastung der Systeme zu schliessen. Anders als in der angefochtenen Verfügung seien sodann auch die Kosten für die übrigen Supportsysteme, die sowohl für Kupfer- als auch Glasfaserleitungen relevant seien, proportional zu verteilen und die verfügten Mietleitungspreise für die Jahre 2007 bis 2009 entsprechend zu korrigieren.

**29.2.3.** Die Preisüberwachung bringt vor, es sei nicht auszuschliessen, dass im Einzelfall allenfalls verschiedene Möglichkeiten der Aufteilung gemeinsamer Kosten als verhältnismässig im Sinn von Art. 54 FDV akzeptiert werden könnten. Sie habe indes keine Einwände gegen die von der Vorinstanz verlangten Korrekturen an der Kalkulation der Beschwerdeführerin. Der Interpretations- und Umsetzungsspielraum bei theoretischen Modellen sei naturgemäss gross (vgl. auch oben E. 27.4).

**29.2.4.** Das Bundesverwaltungsgericht hat im Urteil A-2969/2010 erklärt (vgl. E. 29.2.4), eine Korrektur des Kostennachweises sei nur angebracht und zulässig, wenn sie auf hinreichenden, von der Vorinstanz dargelegten Gründen beruhe. Ausserdem müsse sie den rechtlichen Rahmen einhalten, tauglich und in sich konsistent sein sowie konsequent und nachvollziehbar umgesetzt werden. Diese Voraussetzungen seien sowohl für die bereits verfügte Anpassung des Allokationsschlüssels für die Kosten der Supportsysteme ISLK und PTA als auch für die im Beschwerdeverfahren zusätzlich beantragte Anpassung des Allokationsschlüssels für die Kosten der übrigen Supportsysteme, die sowohl für Kupfer- als auch Glasfaser-

anschlüsse relevant sind, erfüllt. Wie die Vorinstanz überzeugend darlege, seien diese Kosten auf die Anbindung von Endkundenstandorten und damit auf das Vorhandensein von aktiven Leitungen zurückzuführen. Da somit beim Neubau des Netzes im Rahmen des Modellansatzes alle Leitungen im gleichen Mass ins Gewicht fielen, erscheine es grundsätzlich sachgerecht, die auf das Anschlussnetz entfallenden Kosten proportional auf aktive Kupferdoppeladern und Glasfasern bzw. die aktiven Kupfer- und Glasfaseranschlüsse zu verteilen. Für eine derartige Verteilung spreche namentlich, dass beim Bau eines reinen Kupfer- oder Glasfasernetzes ähnlich hohe Kosten anfielen, weshalb auch bei der Modellierung eines Netzes, das beide Anschlussarten enthalte, von ähnlich hohen Kosten auszugehen sei. Eine proportionale Kostenverteilung erscheine weiter auch aus Transparenzgründen als angezeigt. Eine technologiespezifische Kostenverteilung käme allenfalls in Frage, wenn die technologiespezifischen Kostenunterschiede klar und die Allokationsschlüssel nachvollziehbar wären. Dies werde von der Vorinstanz indes gerade verneint. Es habe keinen Anlass, an dieser Einschätzung der Vorinstanz als Fachbehörde zu zweifeln oder davon abzuweichen.

Die Vorinstanz setze sich weiter ausreichend mit den Vorbringen und Einwänden der Beschwerdeführerin auseinander und weise diese mit überzeugenden Argumenten zurück. Mit der beantragten Korrektur auch des Allokationsschlüssels für die Kosten der übrigen Supportsysteme sei ihr Vorgehen nunmehr auch konsequent. Die verfügte bzw. beantragte Anpassung erfülle ausserdem die weiteren Voraussetzungen für eine Korrektur des Kostennachweises. Schliesslich habe auch die Preisüberwachung keine Einwände dagegen. Die Anpassung des Allokationsschlüssels für die Kosten der Supportsysteme ISLK und PTA sei somit ebenso wenig zu beanstanden wie die zusätzliche Anpassung des Allokationsschlüssels für die Kosten der übrigen Supportsysteme, die sowohl für Kupfer- als auch Glasfaseranschlüsse relevant seien. Eine reformatorische Neufestsetzung der Mietleitungspreise durch das Bundesverwaltungsgericht komme allerdings nicht in Frage, da die Angelegenheit ohnehin zur Neufestsetzung dieser Preise auf der Basis von Mittelpreisen für Glasfaserspleissungen an die Vorinstanz zurückzuweisen sei (vgl. oben E. 29.1.5). Diese habe bei dieser Gelegenheit auch die hier von ihr beantragte Preisanpassung zu berücksichtigen (vgl. ausserdem unten E. 29.3.5). Daran ist vorliegend festzuhalten.

**29.3.**

**29.3.1.** Die Beschwerdeführerin bringt ausserdem vor, die Vorinstanz habe für die Jahre 2007 bis 2009 zu Unrecht angeordnet, die gemeinsamen Kosten der Kanalisationsanlagen im Anschlussnetz seien nicht technologiespezifisch anhand der für Kupfer- und Glasfaserkabel verlegten Rohre, sondern proportional auf die aktiven Kupfer- und Glasfaseranschlüsse zu verteilen. Inwiefern eine technologiespezifische Verteilung gegen Art. 54 FDV oder gegen Anhang 3 ComComV verstosse, sei nicht ersichtlich. Netzbautechnisch seien die verlegten Rohre ein sachgerechter und auch international üblicher Schlüssel für die Kostenallokation, ökonomisch sei es sachgerecht, wenn Glasfaserleitungen höhere Deckungsbeiträge an die gemeinsam genutzten Kanalisationen leisten müssten als Kupferkabel. Die Vorinstanz habe dagegen ihren technologieneutralen Ansatz in der angefochtenen Verfügung nur sehr selektiv verfolgt und lediglich die eigentlichen Kanalisationskosten proportional verteilt. Aufgrund der Beschwerde sei sie nunmehr zwar von ihrem inkonsistenten und ergebnisgetriebenen Vorgehen abgerückt und beantrage, auch die Schachtkosten proportional zu verlegen. Die Kosten für Betrieb und Unterhalt – mithin der grösste Kostenblock in diesem Zusammenhang – wolle sie aber weiterhin von dieser Logik ausnehmen. Wieso diese Kosten im genau gleichen sachlichen Kontext technologiespezifische Unterschiede aufweisen sollten, leuchte indes nicht ein. Zumindest hätte die Vorinstanz eine solche Differenzierung näher und damit nachvollziehbar begründen müssen. Im Weiteren wäre deren Vorgehen nur dann sachgerecht, wenn Glasfaseranschlüsse flächendeckend vorhanden wären und eine annähernd gleich grosse Verbreitung wie die Kupferanschlüsse aufweisen würden. Dies sei aber nicht der Fall; vielmehr liege der Anteil der Glasfaserleitungen deutlich unter einem Prozent. Indem sich die Vorinstanz über die der technologiespezifischen Verteilung zugrunde liegenden Tatsachen hinwegsetze, missachte sie auch die von Art. 54 FDV vorgeschriebene kausale Kostenzuordnung. Überdies werde sie mit ihrem erneuten uneinheitlichen Vorgehen ihrem Anspruch, eine konsistente Beurteilungspraxis zu entwickeln und anzuwenden, nicht gerecht.

**29.3.2.** Die Beschwerdegegnerin weist die Rüge der Beschwerdeführerin zurück. Sie macht insbesondere geltend, die Übertragungskapazität stelle keinen Kostentreiber für Kabelkanalisationen dar. Eine Verteilung der Kanalisationskosten nach Massgabe der Übertragungskapazität, wie sie die Beschwerdeführerin unter ökonomischen Gesichtspunkten als angezeigt

erachte, widerspräche deshalb dem Grundsatz der Kostenorientierung und sei entsprechend abzulehnen.

**29.3.3.** Die Vorinstanz führt in der angefochtenen Verfügung aus, die Vorgehensweise der Beschwerdeführerin habe grundsätzlich eine nachvollziehbare Logik, führe jedoch zu einem unsachgerechten Ergebnis. Insbesondere habe sie zur Folge, dass die Kanalisationskosten pro aktive Leitung stark von der Verteilung der Nachfrage nach Kupfer- und Glasfaseranschlüssen abhängig seien. Diese Kausalität sei jedoch nicht gerechtfertigt. Würden alle Teilnehmenden mit Kupferdoppeladern erschlossen, wären die Kanalisationskosten pro aktive Leitung praktisch gleich hoch, wie wenn alle Teilnehmeranschlüsse über Glas realisiert würden. Die Kosten der Kanalisationen würden von der Gesamtnachfrage verursacht und seien deshalb gleichmässig durch diese zu tragen. Entsprechend seien sie proportional auf die aktiven Leitungen zu verteilen.

Im Beschwerdeverfahren hält sie an diesem Standpunkt fest. Ausserdem beantragt sie, es seien auch die Schachtkosten proportional zu verteilen und die verfügten Mietleitungspreise für die Jahre 2007 bis 2009 entsprechend zu korrigieren. Nicht proportional zu verteilen seien dagegen die Kosten für den Betrieb und Unterhalt, da hier durchaus technologiespezifische Unterschiede bestünden. Der von der Beschwerdeführerin gewählte Allokationsschlüssel sei nicht verursachergerecht, da die Kanalisations- und Schachtkosten nicht durch die Technologie, sondern durch die Teilnehmenden verursacht würden. Um Kundinnen und Kunden mit einer kabelgebundenen Technologie an ein Fernmeldenetz anzubinden, stelle die Kanalisation eine Leistung (Kapazität) bereit, die sowohl von Kupferdoppelader- als auch von Glasfaserkabeln in Anspruch genommen werde. Eine verursachergerechte Verteilung der Kanalisations- und Schachtkosten lasse deshalb nur eine gleichmässige Verteilung auf alle durch sie realisierten Leitungen zu. Der von ihr gewählte Verteilungsschlüssel werde damit den Anforderungen von Art. 54 FDV gerecht, was für den von der Beschwerdeführerin favorisierten nicht zutreffe.

**29.3.4.** Die Preisüberwachung führt aus, es sei nicht auszuschliessen, dass im Einzelfall allenfalls verschiedene Möglichkeiten der Aufteilung gemeinsamer Kosten als verhältnismässig im Sinn von Art. 54 FDV akzeptiert werden könnten. Ihre Aussage, es sei betriebswirtschaftlich nicht a priori falsch, wenn eine Glasfaserleitung einen höheren Deckungsbeitrag an den gemeinsam genutzten Kabelkanal tragen müsse als eine Kupferleitung, sei indes nicht dahingehend zu verstehen, dies müsse so

sein. Sie habe keine Einwände gegen die von der Vorinstanz verlangten Korrekturen an der Kalkulation der Beschwerdeführerin, da der Interpretations- und Umsetzungsspielraum bei theoretischen Modellen naturgemäss gross sei (vgl. auch oben E. 27.4).

**29.3.5.** Das Bundesverwaltungsgericht hat im Urteil A-2969/2010 ausgeführt (vgl. E. 29.3.4), ob die Vorinstanz den Kostennachweis zu Recht angepasst habe, hänge auch hier davon ab, ob sie dafür hinreichende Gründe dartue. Ausserdem müsse ihre Korrektur den rechtlichen Rahmen einhalten, tauglich und in sich konsistent sowie konsequent und nachvollziehbar umgesetzt sein. Diese Voraussetzungen seien sowohl für die bereits verfügte Anpassung des Allokationsschlüssels für die Kanalisationskosten als auch für die im Beschwerdeverfahren zusätzlich beantragte Anpassung des Allokationsschlüssels für die Schachtkosten erfüllt. Wie die Vorinstanz überzeugend darlege, würden diese Kosten nicht durch die Technologie, sondern durch die Teilnehmenden bzw. die Gesamtnachfrage verursacht. Um Kundinnen und Kunden mit einer kabelgebundenen Technologie an ein Fernmeldenetz anzubinden, stelle die Kanalisation eine Leistung (Kapazität) bereit, die sowohl von Kupferdoppelader- als auch von Glasfaserkabeln in Anspruch genommen werde. Eine verursacher- und sachgerechte Verteilung der Kanalisations- und Schachtkosten lasse deshalb nur eine gleichmässige, d.h. proportionale Verteilung auf alle durch sie realisierten Leitungen zu. Für eine derartige Verteilung spreche auch, dass die Kanalisationskosten pro aktive Leitung praktisch gleich hoch wären, würden alle Teilnehmenden entweder nur mit Kupferdoppeladern oder nur mit Glasfaserkabeln erschlossen. Sachgerecht erscheine im Weiteren, dass die Vorinstanz die Kosten für Betrieb und Unterhalt nicht proportional, sondern technologiespezifisch verteile. In der Tat sei hier – im Unterschied zu den Kosten für die Bereitstellung der Kanalisationen und Schächte – von technologiespezifischen Kostenunterschieden auszugehen. Es habe deshalb keinen Grund, an der entsprechenden Feststellung der Vorinstanz als Fachbehörde zu zweifeln oder davon abzuweichen.

Die Vorinstanz setze sich weiter ausreichend mit den Vorbringen und Einwänden der Beschwerdeführerin auseinander und weise diese mit überzeugenden Argumenten zurück. Insbesondere sei die verfügte bzw. beantragte Anpassung nicht inkonsequent, bestehe doch wie dargelegt kein Anlass, an den technologiespezifischen Unterschieden bei den Kosten für Betrieb und Unterhalt zu zweifeln. Die verfügte bzw. beantragte Anpassung erfülle ausserdem die weiteren Voraussetzungen für eine Kor-

rektur des Kostennachweises. Schliesslich habe auch die Preisüberwachung keine Einwände dagegen. Die Anpassung des Allokationsschlüssels für die Kanalisationskosten sei somit ebenso wenig zu beanstanden wie die zusätzliche Anpassung des Allokationsschlüssels für die Schachtkosten. Eine reformatorische Neufestsetzung der Mietleitungspreise durch das Bundesverwaltungsgericht komme allerdings nicht in Frage, da die Angelegenheit ohnehin zur Neufestsetzung dieser Preise auf der Basis von Mittelpreisen für Glasfaserspleissungen an die Vorinstanz zurückzuweisen sei (vgl. oben E. 29.1.5). Diese habe bei dieser Gelegenheit auch die hier von ihr beantragte Preisanpassung zu berücksichtigen, ausserdem die im Zusammenhang mit den Kosten der übrigen Supportsysteme beantragte (vgl. oben E. 29.2.4). Gleiches gilt vorliegend.

**29.4.**

**29.4.1.** Die Beschwerdeführerin macht schliesslich geltend, die Vorinstanz habe für das Jahr 2009 zu Unrecht ihre Prognosemethode für PSTN- und ISDN-Anschlussleitungen durch eine eigene Vorgehensweise ersetzt. Diese werde jedoch den tatsächlichen Verhältnissen nicht gerecht. Zum einen führe sie bei den Basisanschlüssen zu einer Zunahme gegenüber dem Vorjahr, obschon sich aufgrund der Substitution durch Breitbandanschlüsse ein starker Rückgang ergeben habe. Zum anderen basiere sie auf den Wachstumsraten, die sich aus dem geometrischen Mittel der Veränderungen der Zahlen der amtlichen Fernmeldestatistik in den letzten fünf Jahre ergäben, ohne die zukünftigen Marktentwicklungen zu antizipieren. Schliesslich beruhe sie auf dem Jahresmaximalwert zu Beginn des Jahres 2009 und nicht auf dem Jahresmittelwert. Werde bei sinkender Nachfrage wie hier auf den Jahresanfangswert und bei steigender Nachfrage auf den Jahresendwert abgestellt, könne zwar jederzeit die gesamte Nachfrage bedient werden. Gleichzeitig würden dadurch aber über das ganze Jahr gesehen künstliche Überkapazitäten erzeugt, denen keine entsprechende Nachfrage gegenüberstehe. Obschon es deshalb sachgerecht wäre, die methodisch bedingten Überkapazitäten bei der Durchschnittspreisberechnung zu berücksichtigen, damit die Investitionen amortisiert werden könnten, habe die Vorinstanz dies unterlassen. Dem Kostenmodell würden dadurch in jedem Fall maximale, d.h. zu hohe Mengen zugrunde gelegt, wodurch die durchschnittlichen Stückpreise zu tief ausfielen. Die verpflichtete Anbieterin müsse aus diesem Grund massive Kostenunterdeckungen in Kauf nehmen, was mit Art. 54 FDV nicht vereinbar sei. Auch führe es zu einer Benachteiligung konkurrierender Netze und stehe somit im Widerspruch zu Art. 11a Abs. 1 Satz 2

FMG. Ihre eigene Prognose, die sie bereits Mitte des Jahres 2008 habe erstellen müssen, präsentiere sich schliesslich nicht in einem derart ungünstigen Licht, wie es die Vorinstanz darzustellen versuche. Auch erstaune es nicht, dass diese mit einer Methode, die sie in einem Zeitpunkt gewählt habe, als die effektiven Zahlen für das Jahr 2009 bereits bekannt oder zumindest gut absehbar gewesen seien, den effektiven Zahlen näher gekommen sei. Dies heisse aber noch nicht, dieser Methode sei der Vorzug zu geben, habe doch ihre eigene Prognosemethode in den bisherigen Zugangsverfahren nie Anlass zu Beanstandungen gegeben, weil sie zu keinen systematischen Unter- oder Überbewertungen geführt habe.

**29.4.2.** Die Vorinstanz erklärt in der angefochtenen Verfügung, die Beschwerdeführerin gehe für das Jahr 2009 gegenüber dem Jahr 2008 von einem Rückgang der Teilnehmeranschlussleitungen von knapp 7 % und damit von einem fast doppelt so hohen Rückgang wie bisher aus. Sie habe allerdings weder ihre Methodik zur Prognoseerstellung transparent dargestellt noch detailliert beschrieben, warum ein Rückgang in der prognostizierten Grössenordnung gerechtfertigt sein sollte. In einer Prognose, die für den Kostennachweis zentral sei, gehe es jedoch nicht an, einfach auf das Wissen eigener Experten abzustellen und bloss Werte anzugeben, ohne diese nachvollziehbar herzuleiten. Sie habe deshalb eine eigene Prognose für das Jahr 2009 erstellt. Diese beziehe sich wegen der sinkenden Nachfrage auf die Anzahl bestehender Anschlüsse per 1. Januar 2009, da eine Modellanbieterin ihr Netz zu Beginn des Jahres erstelle und die zu diesem Zeitpunkt herrschende Gesamtnachfrage zu bedienen habe. Sie habe sie erstellt, indem sie für das Jahr 2008 gestützt auf die Zahlen der amtlichen Fernmeldestatistik per Ende 2007 eine spezifische (negative) Wachstumsrate für die Nachfrage nach Analog-, Basis- und Primäranschlüssen berechnet habe. Dabei habe sie auf das geometrische Mittel der Veränderungen der letzten fünf Jahre, mithin also der Jahre 2002 bis 2007 abgestellt. Sie habe ausserdem die entbündelten Anschlüsse einbezogen, was zu einer Veränderung der Verhältniszahlen der prognostizierten Anschlüsse – nicht jedoch der prognostizierten Gesamtanzahl – geführt habe. Mit ihrer Methode erhöhe sich die prognostizierte Anzahl Teilnehmeranschlussleitungen für das Jahr 2009 gegenüber dem Kostennachweis der Beschwerdeführerin um 4 %, was einem Rückgang von 3,3 % gegenüber dem Jahr 2008 entspreche. Werde ihre Prognose mit der Realität Anfang 2009 verglichen, zeige sich, dass sie durchaus einen präzisen Wert geliefert habe.

Im Beschwerdeverfahren hält sie an ihrem Standpunkt fest. Ergänzend führt sie aus, sie berücksichtige sehr wohl einen Rückgang der Basisanschlüsse, liege doch die per Anfang 2009 prognostizierte Anzahl dieser Anschlüsse gegenüber ihrer Anzahl in der Realität Anfang 2008 um 2,2 % tiefer. Für den Kostennachweis und insbesondere die Kosten von regulierten Produkten, die auf Teilnehmeranschlussleitungen basierten, sei jedoch sowieso in erster Linie die Gesamtanzahl Teilnehmeranschlussleitungen relevant; nur beschränkt von Bedeutung sei dagegen, ob eine Teilnehmeranschlussleitung als Analog-, Basis- oder Primäranschlussleitung realisiert werde. Mit ihrer Methode ergebe sich insgesamt ein Ergebnis, das genauer sei als die ungenaue Prognose der Beschwerdeführerin. Daran ändere nichts, dass sie ihre Prognose zu einem späteren Zeitpunkt erstellt habe als die Beschwerdeführerin, habe dieser doch dieselbe Datengrundlage zur Verfügung gestanden wie sie sie verwendet habe. Schliesslich sei die Berücksichtigung künftiger Marktentwicklungen zwar grundsätzlich zu begrüssen. Mit dieser könne aber auch in erheblichem Ausmass auf das Ergebnis der Modellrechnungen Einfluss genommen werden. Es sei deshalb umso wichtiger, dass die Prognosemethodik und deren konkrete Anwendung transparent dargestellt würden. Dies habe die Beschwerdeführerin jedoch auch nach entsprechender Aufforderung durch die Instruktionsbehörde unterlassen.

**29.4.3.** Die Preisüberwachung ist der Ansicht, es möge für beide Prognosen Argumente geben. Die wettbewerbsrechtliche Sicht des Modells spreche indes für die Sichtweise der Vorinstanz, da die Nachfrage nach Fernmeldediensten insgesamt steige. Eine sinkende Nachfrage weise a priori darauf hin, dem Modell werde nicht die aktuellste, verfügbare Technologie zu Grunde gelegt.

**29.4.4.** Das Bundesverwaltungsgericht hat im Urteil A-2969/2010 erklärt (vgl. E. 29.4.4), ob die Vorinstanz den Kostennachweis zu Recht angepasst habe, hänge auch hier davon ab, ob sie dafür hinreichende Gründe dartue. Ausserdem müsse ihre Korrektur den rechtlichen Rahmen einhalten, tauglich und in sich konsistent sowie konsequent und nachvollziehbar umgesetzt sein. Diese Voraussetzungen seien erfüllt. Zunächst gehe es nicht an, dass die Beschwerdeführerin in einer Prognose, die für den Kostennachweis zentral sei, einfach auf das Wissen eigener Experten abstelle und bloss Werte angebe, ohne diese nachvollziehbar herzuleiten bzw. ohne die Prognosemethode und deren konkrete Anwendung transparent darzustellen. Tue sie dies – wie hier – dennoch, sei es nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz nicht auf ihre Prognose abstelle, sondern eine

eigene Prognose erstelle. Die Vorinstanz erläutere im Weiteren detailliert, wie sie ihre Prognose erstellt habe und wieso ihr Vorgehen sachgerecht sei. Ihre Ausführungen vermöchten zu überzeugen. Daran ändere nichts, dass sie auf den Jahresmaximalwert der Nachfrage zu Beginn des Jahres 2009 abstelle. Zum einen trage sie damit, anders als die Beschwerdeführerin, zu Recht dem Umstand Rechnung, dass die Modellanbieterin diese Nachfrage zu bedienen, mithin diese Kapazität bereitzustellen habe. Zum anderen bestimme die Beschwerdeführerin Kapazität und durchschnittliche Stückpreise ebenfalls anhand des gleichen Prognosewerts, auch wenn sie anstelle des Jahresmaximalwerts auf den Jahresmittelwert der Nachfrage abstelle. Wieso das grundsätzlich übereinstimmende Vorgehen von Vorinstanz und Beschwerdeführerin grundlegend unterschiedliche durchschnittliche Stückpreise zur Folge haben solle bzw. wieso bei der Vorinstanz zu tiefe durchschnittliche Stückpreise bzw. massive Kostenunterdeckungen resultieren sollten, bei der Beschwerdeführerin dagegen nicht, sei nicht einsichtig. Die Korrektur des Kostennachweises durch die Vorinstanz halte somit den rechtlichen Rahmen ein. Sie erscheine überdies tauglich und in sich konsistent sowie konsequent und nachvollziehbar umgesetzt. Die vorliegende Beschwerde ist entsprechend auch in diesem Punkt abzuweisen.

**Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens**

**30.**

**30.1.** Die Beschwerdeführerin macht geltend, aus der angefochtenen Verfügung gehe nicht hervor, auf welche Tätigkeiten der von der Vorinstanz geltend gemachte sehr hohe Zeitaufwand entfalle. Insbesondere liessen sich der Verfügung keinerlei Angaben entnehmen, wie die Kosten auf die zentralen Entscheidpunkte der Verfügung aufgeteilt worden seien. Ohne eine solche elementare Kostenaufteilung sei sie jedoch ausserstande, abzuschätzen, ob der von der Vorinstanz in Rechnung gestellte immense Zeitaufwand plausibel und angemessen sei. Weiter sei nicht ersichtlich, ob sämtliche Kosten auf die beiden parallelen Mietleitungszugangsverfahren aufgeteilt worden seien bzw. wie diese Aufteilung erfolgt sei. Der geltend gemachte Zeitaufwand werde in der Verfügung somit weder begründet noch erscheine er sachlich gerechtfertigt. Auch wenn bei Kostenentscheiden keine allzu hohen Anforderungen an die Begründung gestellt würden, sei deshalb eine Verletzung des rechtlichen Gehörs zu bejahen.

Da die Vorinstanz ihrer Begründungspflicht nicht nachgekommen sei, könne weiter nicht ausgeschlossen werden, dass sie ihren Verfahrensaufwand in den beiden parallelen Mietleitungszugangsverfahren und anderen Zugangsverfahren zum Teil mehrfach verrechnet habe. Eine solche Doppel- oder Mehrfachverrechnung würde aber dem Kostendeckungs- und Verursacherprinzip zuwiderlaufen und wäre bundesrechtswidrig. Die diesbezüglichen Bedenken würden auch nicht dadurch aus der Welt geräumt, dass die Instruktionsbehörde ihren Zeitaufwand im elektronischen Zeiterfassungssystem EXOS erfasse. Der Zeitaufwand werde dort ohne nähere Konkretisierung nur unter der Bezeichnung "Fachleistungen" vermerkt, weshalb er sich einzig integral einem bestimmten (Teil-) Verfahren zuordnen lasse. Für Aussenstehende sei es völlig unmöglich, ihn mit den relevanten Sachzusammenhängen in Verbindung zu bringen und auch nur einigermassen nachzuvollziehen, ob er kausal und angemessen sei. Auch aus den Ausführungen der Vorinstanz im Beschwerdeverfahren und den beigelegten EXOS-Auszügen gehe grundsätzlich nur hervor, dass die Vorinstanz bzw. das BAKOM eine komplexe und nur bedingt überprüfbare Aufteilung des Zeitaufwands auf das allgemeine Verfahrenskonto C8400019 und die beiden spezifischen Verfahrenskonten C8410265 (Mietleitungszugangsverfahren zwischen ihr und der Beschwerdegegnerin) und C8410215 (Zugangsverfahren zwischen ihr und COLT betreffend Mietleitungen, TAL, KOL, VTA und KKF) sowie innerhalb des letzteren Kontos auf die verschiedenen Zugangsformen vorgenommen habe. Da die Vorinstanz schliesslich nicht ausdrücklich bestätige, dass in die Verfahrenskosten z.B. kein Aufwand für die unnötige Ermittlung der Preise für CES eingeflossen sei und diesbezüglich auch keine anderen Belege vorlägen, bleibe ihr nichts anderes übrig, als der Vorinstanz zu glauben, dass sie lediglich denjenigen Aufwand verrechnet habe, der im Hinblick auf den Verfügungsgegenstand angefallen sei.

Die Fragen, die in Zugangsverfahren von der Vorinstanz zu entscheiden seien, liessen sich im Weiteren grob den drei Bereichen Marktbeherrschung und Angebotspflicht, Beurteilung der Kostenorientierung und Festlegung der strittigen Preise sowie Regelung anderer strittiger Verfahrensklauseln zuteilen. Werde der Gesamtaufwand für die beiden parallelen Zugangsverfahren im Verhältnis 60 zu 40 auf die hier einzig relevanten ersten beiden Bereiche aufgeteilt und der Aufwand für den ersten Bereich entsprechend den Auslagen für das Gutachten der WEKO hälftig den Parallelverfahren zugeordnet, ergebe sich für den zweiten Bereich ein Aufwand von 452,5 Stunden im Zugangsverfahren C8410265 und von

271,5 Stunden im Zugangsverfahren C8410215. Die Differenz zwischen dem Aufwand für den zweiten Bereich, die einzig darauf zurückzuführen sei, dass im ersten Zugangsverfahren auch die einmalig anfallenden Preise festgelegt worden seien, betrage somit 181 Stunden oder 66,67 %. Dies erscheine als überrissen und nicht gerechtfertigt.

Zusammenfassend habe die Vorinstanz ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt und könne eine bundesrechtswidrige Kostenauflage nicht ausgeschlossen werden. Dispositivziffer 4 der angefochtenen Verfügung sei daher aufzuheben und die Angelegenheit zur neuen Verlegung der Verfahrenskosten entsprechend dem Ausgang des vorliegenden Beschwerdeverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen. Diese sei dabei namentlich anzuweisen, den geltend gemachten Verfahrensaufwand in nachvollziehbarer Weise zu begründen und dabei von einer mehrfachen Verrechnung von Verfahrensaufwand abzusehen (vgl. Rechtsbegehren Ziff. 3, oben Bst. G).

**30.2.** Die Vorinstanz führt in der angefochtenen Verfügung aus, sie erhebe für Zugangsverfügungen gemäss Art. 40 Abs. 1 Bst. b und Art. 56 Abs. 4 FMG kostendeckende Verwaltungsgebühren, die nach der aufgewendeten Zeit berechnet würden. Der Stundenansatz habe bis Ende des Jahres 2009 Fr. 260.– betragen, ab 1. Januar 2010 Fr. 210.–. Für die angefochtene Verfügung habe sie total 995.5 Stunden aufgewendet, 797.5 Stunden vor dem 31. Dezember 2009, 198 Stunden danach. Daraus resultierten Gebühren von Fr. 207'350.– und Fr. 41'580.–. Hinzu komme die Hälfte der Auslagen für das Gutachten der WEKO in der Höhe von Fr. 17'970.–. Die Verwaltungsgebühren beliefen sich somit auf insgesamt Fr. 266'900.–.

Im Beschwerdeverfahren bringt sie vor, die Mitarbeitenden der Instruktionsbehörde erfassten die von ihnen für die verschiedenen Geschäfte geleisteten Arbeitsstunden im elektronischen Zeiterfassungssystem EXOS. Bei den Zugangsverfahren würden die geleisteten Arbeitsstunden einerseits auf das allgemeine Konto C8400019 und anderseits auf die für jedes Verfahren speziell eröffneten Unterkonten verbucht. Als generelle Regel gelte, dass Arbeiten, die für mehrere Zugangsverfahren anfielen, auf das allgemeine Konto und Arbeiten, die nur ein bestimmtes Verfahren beträfen, auf die entsprechenden Verfahrenskonten verbucht würden. Die auf das allgemeine Konto verbuchten Stunden würden für die Berechnung der Verfahrenskosten auf die einzelnen Verfahren aufgeteilt. Auch bei den Unterkonten für die einzelnen Verfahren seien unter Umständen

Aussonderungen nötig, insbesondere dann, wenn ein Gesuch gleichzeitig die Festlegung der Bedingungen für mehrere Zugangsformen umfasse, über die entsprechenden Bedingungen jedoch in Teilverfügungen separat entschieden werde. Hinzu komme, dass Arbeiten, die zwar grundsätzlich eindeutig einem bestimmten Verfahren zugeordnet werden könnten und entsprechend verbucht würden, teilweise gleichwohl Auswirkungen auf andere Verfahren mit gleichem oder zumindest sehr ähnlichem Verfahrensgegenstand hätten. Dies gelte etwa für die Abfassung der Verfügungsentwürfe, da viele Textpassagen unverändert oder leicht angepasst in die Entscheidentwürfe der anderen Verfahren übernommen würden. Auch in solchen Fällen müsse eine manuelle Umverteilung von Stunden des ersten Verfahrens auf die übrigen Verfahren vorgenommen werden, um nicht gewisse Verfahrensparteien gegenüber anderen zu bevorteilen.

Im Fall der zwei Mietleitungszugangsverfahren sei ein Verfahrensaufwand von insgesamt 1'810 Stunden berechnet worden. Darin enthalten seien 50 Stunden für ihren eigenen Aufwand, die nicht in EXOS erfasst seien, jedoch einer zurückhaltenden Schätzung entsprächen. Die 1'810 Stunden – deren Berechnung die Vorinstanz näher erläutert – seien schliesslich auf die beiden Mietleitungszugangsverfahren verteilt worden, wobei das Zugangsverfahren zwischen COLT und der Beschwerdeführerin (C8410215) mit 181 Stunden weniger belastet worden sei als das Zugangsverfahren zwischen der Beschwerdegegnerin und der Beschwerdeführerin (C8410265). Dies, weil im ersteren Verfahren insbesondere keine einmaligen Preise festzulegen gewesen seien. Die Aufteilung beruhe auf einer Schätzung, die sie nach bestem Wissen und Gewissen vorgenommen habe. Im Weiteren habe sie nur denjenigen Aufwand verrechnet, der im Hinblick auf den Verfügungsgegenstand angefallen sei. Ihre Ausführungen zeigten, dass sie bei der Bestimmung der Verfahrenskosten das Kostendeckungs- und das Äquivalenzprinzip eingehalten und weder Verfahrensaufwand mehrfach noch unnötigen Verfahrensaufwand verrechnet habe; ebenso sei der Aufwandunterschied zwischen den beiden Verfahren hinreichend begründet.

**30.3.** Die Preisüberwachung bringt vor, sie habe keinen Einblick in die Zeiterfassung der Instruktionsbehörde oder der Vorinstanz. Es sei aus ihrer Sicht indes plausibel, dass für den Erlass einer Zugangsverfügung mehrere Personenmonate einzusetzen seien. Angesichts der Bedeutung des Telekommunikationssektors erachte sie den Aufwand, den die schweizerischen Behörden für die Regulierung einsetzten, nicht als über-

höht. Wer die Kosten der Regulierung tragen solle, sei dagegen eine politische Frage.

**30.4.** Das Bundesverwaltungsgericht hat sich im Urteil A-2969/2010 mit den hier streitigen Fragen befasst und an seiner Rechtsprechung gemäss den Urteilen A-292/2010 vom 19. August 2010 und A-293/2010 vom 30. August 2010 sowie A-300/2010 festgehalten (vgl. E. 30.5). Es hat gestützt auf diese Rechtsprechung eine Verletzung des rechtlichen Gehörs bejaht, da die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung der ihr unter den gegebenen Umständen obliegenden erhöhten Begründungspflicht nicht nachgekommen sei. Diese Gehörsverletzung habe allerdings als im Beschwerdeverfahren geheilt zu gelten. Daran ändere das von der Beschwerdeführerin gerügte Fehlen einer weiter gehenden Begründung, namentlich hinsichtlich der Aufteilung der Kosten auf die zentralen Entscheidpunkte, nichts, könne doch nicht verlangt werden, dass sämtliche Arbeitsabläufe dokumentiert würden oder aufgezeigt werde, für welche Verfahrensthemen im einzelnen wie viele Stunden aufgewendet worden seien. Der Gehörsverletzung sei jedoch bei der Verlegung der Kosten für das Beschwerdeverfahren Rechnung zu tragen.

Es hat weiter festgehalten, die Verfahrenskosten verletzten das Kostendeckungs- oder das Äquivalenzprinzip nicht. Dies gelte nicht nur hinsichtlich ihrer Höhe, sondern auch bezüglich ihrer Verteilung auf die beiden Mietleitungsverfahren. Dem stehe der von der Beschwerdeführerin beanstandete Aufwandunterschied zwischen diesen beiden Verfahren nicht entgegen, könne doch die Frage, wie viel Aufwand welchem Verfahren zuzurechnen sei, nur mit internen Kenntnissen über die Arbeitsabläufe und den Geschäftsgang beantwortet werden. Über diese Kenntnisse verfüge es in der Regel jedoch nicht, weshalb sich die Vorinstanz besser eigne, die Kostenverteilung sachgerecht zu beurteilen. Aus diesem Grund sei es sachlich gerechtfertigt, wenn es diesen Punkt mit einer gewissen Zurückhaltung überprüfe und nur bei offensichtlicher Unangemessenheit einschreite, die jedoch nicht vorliege. Soweit die Beschwerdeführerin die Mehrfachverrechnung von Aufwand bzw. die Verrechnung unnötigen Aufwands oder die Unangemessenheit der Höhe oder der Verteilung der Verfahrenskosten geltend mache, erweise sich dies somit als unbegründet.

Diese Rechtsprechung ist auch vorliegend zu beachten. Die Beschwerde ist deshalb in diesem Punkt abzuweisen.

## Ergebnis

**31.**
Zusammenfassend obsiegt die Beschwerdeführerin insoweit, als bei der Berechnung der monatlich wiederkehrenden Mietleitungspreise für die Jahre 2007 bis 2009 bei den Glasfaserspleissungen auf Mittelpreise abzustellen ist, sie nicht zur Veröffentlichung eines Mietleitungsangebots für das Jahr 2010 – indes zur Unterbreitung eines Angebots im Sinn der Erwägungen (vgl. E. 7.4 und E. 25.4) an die Beschwerdegegnerin – verpflichtet werden kann und ihre Angebotspflicht in diesem Jahr auf die bestehenden eigenen Einrichtungen und Dienste beschränkt ist. In allen übrigen streitigen Punkten, namentlich der Definition des Mietleitungsbegriffs und der Angebotspflicht auch für CES, der Marktdefinition und Marktbeherrschung, der weiteren Anpassungen am Kostennachweis und der Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens, unterliegt sie. Dies gilt auch für ihre Rüge, das Dispositiv der angefochtenen Verfügung sei unvollständig, weshalb auch die weiteren strittigen Bedingungen des MLF-Vertrags zu verfügen seien, regelt das Verfügungsdispositiv doch in Verbindung mit der Verfügungsbegründung den Gegenstand der Teilverfügung umfassend.

Entsprechend diesem Ergebnis ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen. Dispositivziffer 1 der angefochtenen Teilverfügung ist hinsichtlich der monatlich wiederkehrenden Mietleitungspreise für die Jahre 2007 bis 2009 aufzuheben und die Angelegenheit zur Neufestsetzung dieser Preise auf der Basis von Mittelpreisen für Glasfaserspleissungen an die Vorinstanz zurückzuweisen (vgl. E. 29.1.5). Diese hat bei dieser Gelegenheit auch die von ihr im vorliegenden Beschwerdeverfahren im Zusammenhang mit den Kosten der übrigen Supportsysteme und den Schachtkosten beantragten Preisanpassungen zu berücksichtigen (vgl. E. 29.2.4 und E. 29.3.5). Dispositivziffer 2 der angefochtenen Verfügung ist ebenfalls aufzuheben und die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückzuweisen, um der Beschwerdeführerin eine angemessene Frist für ein Angebot für das Jahr 2010 an die Beschwerdegegnerin im Sinn der Erwägungen (vgl. E. 7.4 und E. 25.4) anzusetzen. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen. Eine Neuverlegung der Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens erscheint nicht gerechtfertigt, ändert das vorliegende Ergebnis doch nichts am ganz überwiegenden Unterliegen der Beschwerdeführerin in diesem Verfahren. Im Übrigen hat die Vorinstanz Dispositivziffer 2 verfügt, ohne dies den Parteien des Zugangsverfahrens anzukündigen; die zu Unrecht erfolgte Anordnung einer Veröffentlichungspflicht darf daher der Be-

schwerdegegnerin nicht zum Nachteil gereichen. Dem teilweisen Obsiegen der Beschwerdeführerin im vorliegenden Beschwerdeverfahren ist indes bei der Verlegung der Kosten für dieses Verfahren Rechnung zu tragen (vgl. nachfolgend E. 32).

**Kosten und Entschädigung**

**32.**

**32.1.** Die Spruchgebühr bemisst 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. $4^{bis}$ Bst. b VwVG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 und Art. 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). 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 und ob mit dem Begehren letztlich und überwiegend ein wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird (vgl. A-300/2010 E. 21.1 m.H.).

Vorliegend ist von einer Streitigkeit mit Vermögensinteresse und einem Streitwert von über 5 Millionen Franken auszugehen (Umfang der Angebotspflicht, Höhe der kostenorientierten Zugangspreise, Folgen der Anpassungen des Kostennachweises, Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens). Die Gerichtgebühr beträgt somit minimal Fr. 15'000.– und maximal Fr. 50'000.– (vgl. Art. 4 VGKE). Da die im vorliegenden Verfahren streitigen Fragen weitestgehend mit denen des Verfahrens A-2969/2010 übereinstimmen und im dortigen Urteil bereits behandelt und entschieden wurden, rechtfertigt es sich, die Verfahrenskosten auf Fr. 15'000.– festzusetzen.

**32.2.** Die Verfahrenskosten sind in der Regel von der unterliegenden Partei zu tragen. Unterliegt sie nur teilweise, 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; A-300/2010 E. 21.2 m.w.H.).

Wie dargelegt (vgl. oben E. 31), ist vorliegend von einem weitgehenden Unterliegen der Beschwerdeführerin auszugehen. Daran ändert nichts, dass die Beschwerde die Vorinstanz veranlasst hat, die monatlich wiederkehrenden Mietleitungspreise für die Jahre 2007 bis 2009 neu zu bestimmen, lehnt die Beschwerdeführerin doch die von der Vorinstanz vorgenommene zusätzliche Anpassung des Allokationsschlüssels für die Kosten der übrigen Supportsysteme und die Schachtkosten ebenso ab wie die daraus resultierende Senkung der Preise für Mietleitungen mit einer Bandbreite über 2 Mbit/s. Der Beschwerdeführerin sind entsprechend die Kosten im Umfang von 90 %, d.h. Fr. 13'500.–, aufzuerlegen. Die – geheilten – Gehörsverletzungen rechtfertigen allerdings eine Ermässigung der Verfahrenskosten auf Fr. 10'500.–. Der im Umfang von 10 % unterliegenden Beschwerdegegnerin sind Kosten von Fr. 1'500.– aufzuerlegen. Die Vorinstanz hat keine Kosten zu tragen (vgl. Art. 63 Abs. 2 VwVG).

**32.3.** Der ganz oder teilweise obsiegenden Partei ist von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 ff. VGKE). Bei nur teilweisem Obsiegen ist die Entschädigung entsprechend zu kürzen (Art. 7 Abs. 2 VGKE). Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere Auslagen der Partei (Art. 8 ff. VGKE). Das Gericht setzt die Parteientschädigung aufgrund der Akten fest, wenn keine Kostennote eingereicht wird (Art. 14 Abs. 2 VGKE).

Vorliegend sind sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Beschwerdegegnerin als teilweise obsiegend zu betrachten. Da sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Beschwerdegegnerin ihren internen Rechtsdienst mit der Interessenwahrung betraut haben und nicht durch externe Anwälte vertreten sind, stehen ihnen jedoch keine Parteientschädigung zu (Art. 8 ff. VGKE, insb. Art. 9 Abs. 2 VGKE). Ebenfalls keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung hat die Vorinstanz als Bundesbehörde (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

**Rechtsmittel**

**33.**
Dieses Urteil kann nicht beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 83 Bst. p Ziff. 2 BGG). Es ist somit endgültig.

## Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

**1.**
Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen.

**1.1.** Dispositivziffer 1 der Teilverfügung vom 10. März 2010 betreffend die Bedingungen des Zugangs zu den Mietleitungen (MLF) wird hinsichtlich der monatlich wiederkehrenden Mietleitungspreise für die Jahre 2007 bis 2009 aufgehoben und die Angelegenheit zur Neufestsetzung dieser Preise auf der Basis von Mittelpreisen für Glasfaserspleissungen an die Vorinstanz zurückgewiesen (vgl. E. 29.1.5). Diese hat bei dieser Gelegenheit auch die von ihr im vorliegenden Beschwerdeverfahren im Zusammenhang mit den Kosten der übrigen Supportsysteme und den Schachtkosten beantragten Preisanpassungen zu berücksichtigen (vgl. E. 29.2.4 und E. 29.3.5).

**1.2.** Dispositivziffer 2 der Teilverfügung vom 10. März 2010 betreffend die Bedingungen des Zugangs zu den Mietleitungen (MLF) wird aufgehoben und die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückgewiesen, um der Beschwerdeführerin eine angemessene Frist für ein Angebot für das Jahr 2010 an die Beschwerdegegnerin im Sinn der Erwägungen (vgl. E. 7.4 und E. 25.4) anzusetzen.

**2.**
Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

**3.**

**3.1.** Die Verfahrenskosten werden auf Fr. 15'000.– festgesetzt. Sie werden im Umfang von Fr. 10'500.– der Beschwerdeführerin und im Umfang von Fr. 1'500.– der Beschwerdegegnerin auferlegt.

**3.2.** Der auf die Beschwerdeführerin entfallende Betrag von Fr. 10'500.– wird mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 30'000.– verrechnet. Der Restbetrag wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.

**3.3.** Der auf die Beschwerdegegnerin entfallende Betrag von Fr. 1'500.– ist innert 30 Tagen nach Eröffnung des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Die Zustellung des Einzahlungsscheins erfolgt mit separater Post.

**4.**
Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**5.**
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerin (Einschreiben)
– die Beschwerdegegnerin (Einschreiben)
– die Vorinstanz (Ref-Nr. Vf10-03-10_001 / AZ 330.38; Einschreiben)
– die WEKO
– die Preisüberwachung

| Die vorsitzende Richterin: | Der Gerichtsschreiber: |
|---|---|
| Marianne Ryter | Pascal Baur |

Versand: