13

Auszug aus dem Urteil der Abteilung I
i. S. Swisscom (Schweiz) AG gegen Sunrise Communications AG
und Eidgenössische Kommunikationskommission
A–300/2010 vom 8. April 2011

Telekommunikation. Bedingungen des Zugangs zu den Kabelkanalisationen. Online-Informationspflicht.

Art. 11 Abs. 1 FMG. Art. 54 und Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV.

1. **Die Kosten des Netzes beziehungsweise der Kabelkanalisationen entsprechen den Brutto-Wiederbeschaffungskosten und nicht den um die bereits erfolgten Abschreibungen reduzierten Netto-Wiederbeschaffungskosten. « Long run incremental costs »-Methode gemäss Art. 54 FDV (E. 4). Auslegung der einzelnen Begriffe (innere Systematik; E. 5). Teleologische Auslegung (E. 6). Historische Auslegung und Ergebnis (E. 7).**
2. **Art. 54 FDV verstösst nicht gegen das Diskriminierungsverbot und hält vor Gesetz und Verfassung stand. Normenkontrolle (E. 8 und 9).**
3. **Die marktbeherrschende Fernmeldedienstanbieterin ist nicht verpflichtet, uneingeschränkten Zugriff auf all diejenigen IT-Systeme zu gewähren, die belegungsrelevante Informationen enthalten. Kein Systemzugriff (E. 13).**
4. **Die marktbeherrschende Fernmeldedienstanbieterin ist hingegen verpflichtet, alle belegungsrelevanten Informationen der nachfragenden Fernmeldedienstanbieterin online zur Verfügung zu stellen, soweit diese bekannt sind (Online-Informationspflicht). Genügende gesetzliche Grundlage (E. 15), öffentliches Interesse (E. 16) und Verhältnismässigkeit (E. 17).**

Télécommunication. Conditions d'accès aux canalisations de câbles. Devoir d'information en ligne.

Art. 11 al. 1 LTC. Art. 54 et art. 63 al. 2 let. b OST.

1. **Les coûts du réseau, comme ceux des canalisations de câbles, correspondent aux investissements de renouvellement bruts, et non aux investissements de renouvellement nets, c'est-à-dire diminués**

des amortissements déjà effectués. Méthode « long run incremental costs » selon l'art. 54 OST (consid. 4). Interprétation des différentes notions (systématique interne de la disposition; consid. 5). Interprétation téléologique (consid. 6). Interprétation historique et conclusion (consid. 7).

2. **L'art. 54 OST n'enfreint pas l'interdiction de discrimination, et est conforme tant à la loi qu'à la Constitution. Contrôle des normes (consid. 8 et 9).**
3. **Le fournisseur de services de télécommunication occupant une position dominante n'est pas tenu d'accorder un accès illimité à tous les systèmes informatiques qui contiennent des informations permettant de savoir dans quelle mesure les capacités sont utilisées ou encore disponibles. Un accès au système informatique n'est pas garanti (consid. 13).**
4. **En revanche, le fournisseur de services de télécommunication occupant une position dominante est tenu de mettre en ligne, à la disposition des autres fournisseurs de services de télécommunication qui le demandent, toutes les informations sur les capacités utilisées ou encore disponibles, pour autant qu'elles soient connues (devoir d'informer en ligne). Base légale suffisante (consid. 15), intérêt public (consid. 16) et proportionnalité (consid. 17).**

Telecomunicazione. Condizioni di accesso alle canalizzazioni di cavi. Dovere d'informazione online.

Art. 11 cpv. 1 LTC. Art. 54 e art. 63 cpv. 2 lett. b OST.

1. **I costi della rete, rispettivamente delle canalizzazioni di cavi, corrispondono al costo lordo del rinnovamento e non al costo netto del rinnovamento, cioè ridotto degli ammortamenti già realizzati. Metodo « long run incremental costs » ai sensi dell'art. 54 OST (consid. 4). Interpretazione delle singole nozioni (sistematica interna; consid. 5). Interpretazione teleologica (consid. 6). Interpretazione storica e conclusione (consid. 7).**
2. **L'art. 54 OST non contravviene al divieto di discriminazione ed è conforme sia alla legge che alla Costituzione. Controllo delle norme (consid. 8 e 9).**

3. **Il fornitore di servizi di telecomunicazione che occupa una posizione dominante sul mercato non è obbligato ad accordare un accesso illimitato a tutti i sistemi informatici che contengono informazioni che permettono di sapere in che misura le capacità della rete sono utilizzate o ancora disponibili. L'accesso al sistema informatico non è garantito (consid. 13).**
4. **Invece, il fornitore di servizi di telecomunicazione che occupa una posizione dominante sul mercato è obbligato a mettere a disposizione online a disposizione degli altri fornitori di servizi di telecomunicazione che ne fanno domanda tutte le informazioni circa le capacità utilizzate o ancora disponibili nella misura in cui queste sono conosciute (dovere di informazione online). Base legale sufficiente (consid. 15), interesse pubblico (consid. 16) e proporzionalità (consid. 17).**

Nachdem sich die Swisscom (Schweiz) AG (nachfolgend: Swisscom) und die Sunrise Communications AG (nachfolgend: Sunrise) in den Vertragsverhandlungen betreffend die Bedingungen des Zugangs zu den Kabelkanalisationen nicht in allen Punkten hatten einigen können, stellte Sunrise am 30. November 2007 bei der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom) ein Gesuch um Erlass einer Zugangsverfügung. Sie beantragte, die von Swisscom festgelegten Preise seien auf ihre Kostenorientiertheit zu überprüfen und rückwirkend auf das Datum der Vertragsunterzeichnung kostenorientiert festzulegen. Zudem sei Swisscom dazu zu verpflichten, ein effizientes und kostengünstiges Online-System (nachfolgend: Online-Tool) zu führen, aus dem insbesondere die genutzten und die noch verfügbaren Kapazitäten der Kabelkanalisationen abgelesen werden können sowie Sunrise den Zugang zu diesen Online-Informationen zu gewähren.

Mit Teilverfügung vom 1. Dezember 2009 legte die ComCom für die Jahre 2008 und 2009 die kostenorientierten Preise für die Mitbenutzung der Kabelkanalisation und die damit zusammenhängenden Zugangsdienstleistungen neu fest. Des Weiteren wurde Swisscom dazu verpflichtet, alternativen Anbieterinnen im Rahmen des Bezugs von Kabelkanalisationen ab dem 1. Januar 2011 uneingeschränkten Zugang zu den gleichen Informationen und denselben Systemen bezüglich Belegung von Kabelkanalisationen zu gewähren, die ihr selber auch zur Verfügung stehen.

Gegen diesen Entscheid gelangten sowohl Sunrise wie auch Swisscom mit Beschwerden je vom 18. Januar 2010 an das Bundesverwaltungsgericht. Sunrise verlangte, der Entscheid der ComCom sei in Bezug auf die Preisfestlegung aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung zurückzuweisen. Swisscom beantragte, der Entscheid der ComCom sei in Bezug auf das Online-Tool aufzuheben.

Das Bundesverwaltungsgericht weist die Beschwerde von Sunrise ab, heisst diejenige von Swisscom hingegen teilweise gut und weist die Sache diesbezüglich zur Neubeurteilung an die ComCom zurück.

Aus den Erwägungen:

1. (…)

2. (…)

3. (Kostenorientierte Preisgestaltung)

4.

4.1 Nachfolgend ist das Verständnis beziehungsweise die Auslegung der Vorinstanz der kostenorientierten Preisgestaltung gemäss Art. 54 der Verordnung vom 9. Mai 2007 über Fernmeldedienste (FDV, SR 784.101.1) und der darin enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe zu überprüfen.

4.2 Sunrise kritisiert die Aussage der Vorinstanz, Brutto-Wiederbeschaffungskosten führten (im vorliegenden Modell) zu den gleichen periodischen Kosten wie Netto-Wiederbeschaffungskosten. Diese Aussage treffe nur dann zu, wenn alle Annahmen für die Berechnung der Periodenkosten über den gesamten Zeitraum konstant gehalten würden (geschlossener Abschreibungsplan) und falls keine vollständig abgeschriebenen Anlagen existierten. Vorliegend seien indes beide Bedingungen nicht erfüllt und folglich liessen sich die Ergebnisse der von der Vorinstanz angeführten Beispiele nicht auf die reale Situation übertragen. Zudem würden diese Ausführungen nur für die jährlichen Kosten der Amortisation (Abschreibungen) und nicht für die eigentlichen Kapitalkosten gelten, welche durch die Verzinsung des durchschnittlich investierten Kapitals entstünden. Entscheidend sei zu erkennen, dass die ungerechtfertigten Mehrkosten bei der Berücksichtigung von Brutto-Werten nicht bei den Abschreibungskosten, sondern bei der Verzinsung des eingesetzten Kapitals entstünden. Dieses werde nämlich immer « voll »

(weiter-)verzinst, ungeachtet der Tatsache, dass die getätigten Investitionen bereits amortisiert seien. Die Vorinstanz suggeriere, die Annuitätenformel kompensiere diese Überbewertung des (noch) eingesetzten Kapitals, was ganz entschieden nicht der Fall sei. Auch die Behauptung von Swisscom, für vollständig abgeschriebene Anlagen seien Restwerte kalkulatorisch einzusetzen und dieses Vorgehen führe zu keiner erneuten Amortisation, sei unzutreffend. Der Vorinstanz könne zwar zugestimmt werden, dass in der Modellbetrachtung ökonomische Abschreibungen massgeblich seien und die in der Finanzbuchhaltung eingesetzte Abschreibungsdauer aus finanztechnischen Gründen regelmässig nicht die Nutzungsdauer einer Anlage widerspiegle. Allerdings sei nicht ersichtlich, inwiefern diese Erkenntnis es rechtfertigen könnte, gebrauchte Anlagen als neu zu bewerten beziehungsweise bereits abgeschriebene Anlagen ein weiteres Mal abzuschreiben. Für die betriebswirtschaftliche Preiskalkulation seien abgeschriebene Anlagen nicht mehr von Bedeutung, da die Investition in der Vergangenheit bereits amortisiert worden sei. Zwar könnten bei der Eruierung der abgeschriebenen Anlagen der Swisscom im Sinn der ökonomischen Abschreibungen gewisse Korrekturen zugestanden werden. Grundsätzlich sei aber zu fordern, dass vollständig abgeschriebene Anlagen, welche noch in Betrieb seien, nicht wiederbewertet würden. Sunrise weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass eine Bezugnahme auf die Finanzbuchhaltung auch zu Kontrollzwecken durchaus Sinn machen könne. Die tatsächlich getätigten Investitionen zur Erneuerung der bestehenden Anlagen würden nämlich eine zuverlässige Schätzung der ökonomischen Nutzungsdauer erlauben. In diesem Sinn sei sicherzustellen, dass die im Modell berücksichtigten Abschreibungen ungefähr mit den tatsächlich getätigten Investitionen zur Erhaltung und Erneuerung der Anlagen übereinstimmten.

4.3 Wie Sunrise ist auch der Preisüberwacher (PUE) der Meinung, dass die Brutto- und Netto-Wiederbeschaffungswerte bei der von der Vorinstanz angewandten Annuitätenmethode nicht zum selben Ergebnis führten, da die Wiederbeschaffungsrestwerte der Kabelkanalisationen Null betragen würden. Das von der Vorinstanz angewandte « long run incremental costs » (LRIC)-Modell berücksichtige nicht, dass Swisscom über ein historisch gewachsenes Netz verfüge, dessen Komponenten teilweise bereits vollständig amortisiert seien. Dies erlaube Swisscom, eine höhere Rentabilität als ihre Herausforderer zu erwirtschaften, welche für die Mitbenutzung der Swisscom-Kabelkanäle Zugangspreise bezahlen müssten, die auf einer anderen (höheren) Kostenbasis errechnet worden

seien. Das angewandte LRIC-Modell diskriminiere die nachfragenden Fernmeldedienstanbieterinnen (FDA) diesbezüglich und beeinträchtige den Wettbewerb. Seiner Meinung nach wäre eine Plausibilisierung anhand der tatsächlichen Kosten (Buchwerte) von Swisscom deshalb begrüssenswert. Eine umfassende Plausibilisierung anhand der tatsächlichen Kosten sei aber im bestehenden LRIC-Kalkulationsmodell nicht möglich und werde vom Gesetzgeber zumindest nicht explizit verlangt. Die Frage, unter welchen Bedingungen die Vorinstanz vom Wortlaut der Verordnung oder der Gesetzesauslegung des Bundesrates abweichen sollte, stelle sich indessen vorliegend im Grunde gar nicht, da Sunrise im Gegensatz zum PUE nicht fordere, auf die tatsächlich getätigten Investitionen abzustellen, sondern bloss die Kabelkanalisationen zu Netto-Wiederbeschaffungskosten zu bewerten, was seiner Auffassung nach mit der bestehenden Verordnung zu vereinbaren wäre.

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

4.5 Swisscom wiederum führt aus, die Aussage von Sunrise, die Neubewertung von bereits vollständig abgeschriebenen Anlagen widerspreche der ökonomischen Logik und führe zu ungerechtfertigten Übergewinnen, zeuge von einem mangelhaften Kostenverständnis. Dieser « Kostenvorteil wegen erfolgten Abschreibungen » habe nur transitorischen Charakter und er sei – soweit er überhaupt existiere – auf die Fi-

nanzbuchhaltung beschränkt. Historische, aus der Finanzbuchhaltung hergeleitete (lineare) Abschreibungen sagten zudem nichts (oder nur Zufälliges) über den Wert des noch vorhandenen, eingesetzten Produktivkapitals aus. Da bereits abgeschriebene Anlagen aber für das Unternehmen nach wie vor einen Wert hätten, müsse dieser berücksichtigt werden. Würden bereits abgeschriebene Kosten aus den LRIC-Berechnungen ausgeklammert, hätten Telekommunikationsunternehmen, welche das Netz von Swisscom nutzten, einen Kosten- und somit einen Wettbewerbsvorteil gegenüber Konkurrenten mit eigener Infrastruktur. Sie könnten zu ökonomisch nicht gerechtfertigt tiefen Preisen anbieten und auf Kosten der Wettbewerber mit eigener Infrastruktur Marktanteile gewinnen. Die LRIC-Methode berücksichtige den wirtschaftlichen Wert der Anlagen und sorge dafür, dass die historische und die konkurrierenden Anbieterinnen mit gleichen Kosten kalkulieren müssten. Die Essenz des LRIC-Ansatzes liege somit nicht in der Anwendung von Wiederbeschaffungsneupreisen, sondern darin, korrekte (ökonomische) Periodenkosten (Abschreibungen und Zinsen) zu ermitteln. Wiederbeschaffungspreise seien dabei ein Mittel zum Zweck. Es gehe darum, den periodischen Wertverzehr, den eine Konkurrentin mit aktueller Technologie bei einem Markteintritt zu tragen hätte, zu antizipieren. Die Kostenrechnung auf Basis aktueller Kosten sei somit sachlich klar von der Buchhaltung zu trennen. Bei der LRIC-Methode könnten nur ökonomische Abschreibungen oder subsidiär die Annuitätenmethode zur Anwendung kommen. Die mittels der Annuitätenmethode ermittelten Beträge für Abschreibungen und Zinsen entwickelten sich analog der Preisentwicklung. Unter bestimmten Bedingungen sei die Abschreibung mittels Annuitäten identisch mit der ökonomischen Abschreibung. In diesem Fall seien die periodischen Kapitalkosten unabhängig davon, ob Brutto- oder Nettowerte eingesetzt würden. Dies habe Swisscom in der Beschwerdeantwort vom 9. April 2010 gezeigt und dies gelte unabhängig davon, ob der Abschreibungsplan offen oder geschlossen sei. Änderten sich sowohl die Zinsen als auch die Preise, seien die ökonomischen Abschreibungen periodisch neu zu bestimmen. Mit dem jährlichen Angebot von Swisscom werde dies berücksichtigt. Somit sei für eine Sachanlage, selbst wenn diese komplett abgeschrieben sei, kalkulatorisch ein Restwert einzusetzen. Zu einer erneuten Amortisation führe dieses Vorgehen entgegen der Behauptung von Sunrise nicht, da zur Bestimmung der Kapitalkosten der wettbewerbskonforme Marktpreis für eine gebrauchte Anlage beigezogen werde. Das in der Vergangenheit « zu viel

Bezahlte » sei nicht mehr entscheidrelevant und daher marktwirtschaftlich nicht erheblich (ein Unternehmen könne in der Vergangenheit übrigens auch weniger abgeschrieben haben, als marktwirtschaftlich geboten wäre). Die Zugangsregulierung habe aber heutige Wettbewerbspreise zu simulieren. Infolgedessen sei es logisch und begründet, ausgehend vom Current-Cost-Ansatz heutige Marktwerte beizuziehen.

4.6 In Preisberechnungsmodellen mit Kostenorientierung ist es zur Bestimmung der Preise notwendig, die Kosten auf die einzelnen Produkte zu verteilen. Dabei handelt es sich um die sogenannte Kostenallokation. Hierfür stehen mehrere Methoden zur Verfügung, die alle eine andere Sichtweise einnehmen. Die konkrete Ausgestaltung der einzelnen Methode kann ihrerseits wiederum verschiedene Formen annehmen (vgl. Evaluation zum Fernmeldemarkt. Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats KVF-S vom 13. Januar 2009 [09.3002], 17. September 2010, S. 74, nachfolgend: Evaluationsbericht; vgl. zu den verschiedenen Kostenkonzepten: KATHARINA STAMPFLI, Die Prinzipien Nichtdiskriminierung, Kostenorientierung und Transparenz im Rahmen der Interkonnektion aus ökonomischer Sicht: Der Schlüssel zu wirksamem Wettbewerb?, in: Rolf H. Weber [Hrsg.], Neues Fernmelderecht - Erste Orientierung, Zürich 1998, S. 83).

4.7 Gemäss Art. 54 Abs. 1 FDV beruht die Kostenallokation im Zugangsbereich auf sogenannte « long run incremental costs with constant mark up », auf Deutsch « langfristigen Zusatzkosten mit konstantem Zusatz für gemeinsame Gemein- und Kapitalkosten ». Das sogenannte LRIC-Modell baut auf dem Konzept der sogenannten Grenzkosten auf. Die Grenzkosten geben jeweils an, wie sich die Gesamtkosten – bestehend aus fixen und variablen Kosten – ändern, wenn die Ausbringungsmenge um eine Einheit erhöht wird (vgl. HARTWIG BARTLING/FRANZ LUZIUS, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, 16. Aufl., München 2008, S. 87 f.; PETER EISENHUT, Aktuelle Volkswirtschaftslehre, Zürich/Glarus/Chur 2010, S. 34 und S. 281). Bei den langfristigen Zusatzkosten geht man von einer längerfristigen Betrachtung aus, sodass auch die der Netzökonomie eigenen Fixkosten variabel werden. Die Inkrementalkosten beziehen sich demnach auf die total zusätzlich erfragte Kapazität während einer jeweils zu definierenden (längeren) Zeitspanne (vgl. PETER R. FISCHER/OLIVER SIDLER, Fernmelderecht, in: Heinrich Koller/Georg Müller/René A. Rhinow/Ulrich Zimmerli/Rolf H. Weber/Thierry Tanquerel [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. V, Informations- und Kommunikationsrecht. Allgemeiner

Überblick, Fernmelderecht, Presse- und Filmverwaltungsrecht, Teil 1, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2003, S. 158, Rz. 163).

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

4.9 Streitig ist vorliegend, welche Kosten zur Berechnung der Preise massgebend sind, das heisst, welche Kostenbasis herbeigezogen werden soll. Je nach (Regulierungs-)Ziel drängt sich eine andere Sichtweise auf (vgl. E. 6.5). Als Kostenbasis kann entweder von historischen Kosten oder von Wiederbeschaffungskosten ausgegangen werden. Bei einer historischen Kostenbasis wird der Wert der Anlagen durch die historischen Anschaffungskosten der regulierten Betreiberin bestimmt. Häufig werden die historischen Kosten mit den Buchwerten gleichgesetzt und vereinfachend als tatsächliche Kosten bezeichnet. Werden hingegen Wiederbeschaffungskosten angenommen, wird zur Bewertung der eingesetzten Anlagen der aktuelle, ökonomische Wert verwendet. Als Wiederbeschaffungswert einer Anlage wiederum kann entweder vom Brutto- oder vom Nettowiederbeschaffungswert ausgegangen werden (vgl. Evaluationsbericht, S. 73 f.). An sich unbestritten ist vorliegend zwar, dass Art. 54 FDV keine historische Kostenbasis, sondern Wiederbeschaffungswerte vorsieht. Strittig ist aber, ob zur Ermittlung des aktuellen, ökonomischen Wertes von Brutto- oder von den um die bereits erfolgten Abschreibungen korrigierten Nettowiederbeschaffungswerten auszugehen ist. Anlass dieses Streites ist unter anderem die Tatsache, dass einerseits die Höhe der im Modell aus Wiederbeschaffungswerten herzuleitenden Kapitalkosten und andererseits die Art der Abschreibung

einen massgeblichen Einfluss auf die im Ergebnis interessierenden Periodenkosten beziehungsweise Zugangspreise haben.

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

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

5.2 Vorab ist festzustellen, dass die Regelung von Art. 54 FDV für alle in Art. 11 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG, SR 784.10) genannten Zugangsformen mit Ausnahme der Verrechnung der Teilnehmeranschlüsse (Art. 60 FDV) gilt. Dies ergibt sich – wie die Vorinstanz zutreffend ausführt – aus der Systematik. Damit sind unter den « Kosten des Netzes » in Art. 54 Abs. 2 Satz 3 FDV ohne Weiteres auch die « Kosten der Kabelkanalisationen » zu verstehen.

5.3 Wie die Vorinstanz richtig festgestellt hat, kann dem Wortlaut von Art. 54 Abs. 2 Satz 3 FDV nicht direkt entnommen werden, ob mit Wiederbeschaffungskosten Bruttowerte oder um die bereits erfolgten

Abschreibungen reduzierte Nettowerte gemeint sind. Die rein grammatikalische Auslegung ist somit nicht ergiebig. Indessen lassen sich der inneren Systematik von Art. 54 FDV konkrete Hinweise auf die vorliegend interessierende Frage entnehmen.

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

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

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

5.4.3 Die Vorinstanz wendet dagegen im Wesentlichen ein, angesichts der ebenfalls vorgeschriebenen, zukunftsgerichteten Sichtweise (forward looking), könne Sunrise nicht gefolgt werden, wenn sie vergangenheitsbezogene Restriktionen und historisch bedingte Kosten ausschliessen, umgekehrt aber vergangenheitsbezogene Vorteile beachten wolle.

5.4.4 In der Modellrechnung nach Art. 54 Abs. 2 Satz 1 FDV werden die Kosten einer Markteintreterin simuliert, die ein neues Netz- beziehungsweise neue Infrastrukturen mit der neusten etablierten Technologie aufbaut ([…]; Evaluationsbericht, S. 61). Effizienz bedeutet in diesem Zusammenhang, dass die Markteintreterin keine unnötigen Ausgaben

tätigt und die Infrastruktur – wie die Vorinstanz ausführt – innert kürzester Zeit errichtet. Im Modell wird angenommen, dass die Kapazität und Dimensionierung der Infrastrukturen genau dem heutigen und dem kommenden Bedarf entsprechen. Investitionen, die nicht optimal sind, und auch früher geschaffene Elemente, die heute und in Zukunft zu einer Überkapazität beitragen, bleiben für die Preisfestsetzung unberücksichtigt (vgl. SPREMANN, a. a. O., S. 32). Der Gesetzgeber geht im Allgemeinen davon aus, dass angesichts des technischen Fortschritts die verschiedenen Netz- beziehungsweise Infrastrukturelemente im Vergleich zu den historischen Kosten günstiger seien (vgl. SPREMANN, a. a. O., S. 33). Deshalb hat sich das Kostenniveau an den aktuellen Kosten der modernsten, etablierten Technologie und nicht an den tatsächlichen, historischen Kosten der marktbeherrschenden Anbieterin zu orientieren. Dass die historischen Kosten unter Umständen auch tiefer sein können, wie dies der PUE für die Baukosten der Kabelkanalisationen vorbringt, wird im Modell von Art. 54 FDV nicht berücksichtigt.

Die Vorgabe, eine effiziente – und damit hypothetische – Anbieterin zu simulieren, bedeutet damit eine Loslösung von den historischen, tatsächlichen Kosten und damit von der konkreten Buchhaltung der marktbeherrschenden Anbieterin. Die Abstrahierung von den tatsächlichen Kosten spricht denn auch für die Auslegung der Vorinstanz, wonach die tatsächlich erfolgten Abschreibungen der marktbeherrschenden Anbieterin nicht zwingend berücksichtigt werden müssen. Ebenso hat es das Bundesgericht bei der Festlegung der Interkonnektionspreise für zulässig erkannt, dass sich die Vorinstanz gemäss Art. 74 Abs. 2 FDV vornehmlich auf markt- und branchenübliche Vergleichswerte, sogenannte Benchmarks, und nicht auf die tatsächlichen historischen Kosten gestützt hat (vgl. Urteile des Bundesgerichts 2A.450/2005 und 2A.452/2005 vom 21. April 2006 E. 3.3.1 und E. 8.2, teilweise publiziert in BGE 132 II 257, sowie Urteil des Bundesgerichts 2A.451/2005 vom 21. April 2006 E. 5 zu Art. 58 Abs. 3 FDV von 2001 [AS 2001 2759]).

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

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

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

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

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

5.5.3 Gemäss Vorinstanz spricht Art. 54 Abs. 2 Satz 3 FDV klar von Wiederbeschaffungskosten, hergeleitet über MEA-Ansatz. Damit würden die von Sunrise (im vorinstanzlichen Verfahren) genannten Konzepte

« Net Realisable Value » und « Economic Value » praktisch ausgeschlossen, da die MEA-Methode eng mit den Netto-Wiederbeschaffungskosten [recte Brutto-Wiederbeschaffungskosten] verknüpft sei. Die MEA-Methode gehe davon aus, dass bestehende Anlagen durch moderne, funktionsäquivalente Anlagen ersetzt würden. Es handle sich daher um eine Ersatzinvestitionsrechnung und nicht um eine Betrachtung der « Economic Value » oder « Net Realisable Value ».

Die Vorinstanz begründet zudem ausführlich, weshalb sie in ihrer bisherigen Praxis stets von Neubeschaffungen ausgegangen ist und weder Gebrauchtwarenmärkte noch Buchwerte von Swisscom beigezogen habe. Sie bezweifle nicht, dass Gebrauchtwarenmärkte theoretisch denkbar wären. Sie sei allerdings der Auffassung, dass sich die Preise auf diesen Märkten nicht sinnvoll bestimmen liessen, da es dazu äusserst vieler – sicherlich nicht unumstrittener – Annahmen bedürfte. Vor dem Hintergrund, dass die Kosten einer hypothetischen, neuen Markteintreterin relevant seien, sei sodann keineswegs evident, dass mit MEA-Ansatz nicht auch ein neues Netz mit einer längeren Restlebensdauer gemeint sein könne. Die Vorinstanz sei bei der Modellierung denn auch von der letzteren Annahme ausgegangen und habe die Nutzungs- respektive Abschreibungsdauer so gewählt, dass sie sich auf neue Anlagen bezöge. Da für neue Anlagen längere und für gebrauchte Anlagen kürzere Nutzungsdauern zu berücksichtigen seien, führe dies theoretisch dazu, dass die jährlichen Kosten einer Anlage berechnet aus Wiederbeschaffungsrestwerten gleich seien wie diejenigen aus Wiederbeschaffungsneuwerten. Differenzen sollten nur dann entstehen, wenn tatsächlich bereits abgeschriebene Anlagen weiter in Verwendung seien. Dies sei vorliegend aber unbedeutend, da eine neu in den Markt eintretende Anbieterin keine abgeschriebenen Anlagen beschaffen könne. Abgesehen davon sei entscheidend, dass im vorgegebenen Modellrahmen zur Berechnung der Preise sogenannte ökonomische Abschreibungen herangezogen würden. Buchhalterische Betrachtungen, die in erster Linie auf die Optimierung der Steuerbelastung ausgerichtet seien, könnten keine Rolle spielen.

5.5.4 Nach Auffassung des Bundesrates geht der MEA-Ansatz davon aus, dass der Bewertung der eingesetzten Anlagen die Preise von modernen, funktionsäquivalenten Anlagen zugrunde zu legen seien. Bei der Anwendung des MEA-Ansatzes respektive der Bestimmung der Wiederbeschaffungswerte sei es entscheidend, ob sich diese auf die Buchhaltung der regulierten Betreiberin oder auf eine effiziente Markteintreterin be-

ziehen würden. So sei es im ersteren Fall sinnvoll, die bereits erfolgte Abnutzung der Anlagen zu berücksichtigen und Netto-Wiederbeschaffungswerte heranzuziehen. Im zweiten Fall bestehe grundsätzlich die Wahl zwischen Netto- und Brutto-Wiederbeschaffungswerten. Der Unterschied bestehe im Wesentlichen durch die unterschiedliche Anreizwirkung. Bruttowiederbeschaffungswerte würden eher Anreize für Investitionen in eigene, parallele Anlagen bewirken (vgl. Evaluationsbericht, S. 74).

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

5.5.6 Immerhin erscheint der Einwand von Sunrise, bei der Simulation der Kosten eines dem Original äquivalenten Netzes müsse auch die Lebensdauer des Originals berücksichtigt beziehungsweise nachgebildet werden, an sich berechtigt. Die Vorinstanz widerspricht dieser Aussage indessen nicht, wählt aber einen anderen Ansatz als den von Sunrise vertretenen, indem sie die Lebens- beziehungsweise Nutzungsdauer auf eine neue Anlage bezieht. Unbestrittenermassen haben neue Anlagen eine längere und gebrauchte Anlagen eine kürzere Nutzungsdauer. Wird diese Differenz korrekt berücksichtigt, führt dies – wie die Vorinstanz anführt – theoretisch dazu, dass die jährlichen Kosten einer Anlage berechnet aus Wiederbeschaffungsrestwerten gleich sind wie diejenigen, die sich aus Wiederbeschaffungsneuwerten ergeben. Dieser grundlegenden Erkenntnis widerspricht auch Sunrise nicht (zumindest nicht in Bezug auf Abschreibungen und unter der Bedingung, dass abgeschriebene Anlagen nicht weiter in Betrieb blieben). Die diesbezüglichen Ausführungen der Vorinstanz sind somit nicht zu beanstanden und es kann darauf verzichtet werden, auf die in den Rechtsschriften dazu gemachten, teilweise weitläufigen Ausführungen und Beispiele vertiefter einzugehen.

Auch in dem von Sunrise zitierten Gutachten von Prof. SPREMANN wird erwähnt, dass grundsätzlich von Neu- oder Gebrauchtwerten ausgegangen werden könne und die Differenz über eine Adjustierung der Lebens- und Nutzungsdauer vorzunehmen sei (vgl. SPREMANN, a. a. O., S. 36).

Somit erscheint es mit dem MEA-Ansatz ohne Weiteres vereinbar, wenn die Vorinstanz von Neuwerten und nicht von Gebrauchtwerten ausgeht. Daran ändert auch die Feststellung der Vorinstanz nichts, wonach es grundsätzlich denkbar wäre, die benötigten (modernen) Anlagen nicht nur neuwertig, sondern auch in gebrauchtem Zustand zu beschaffen. Im Übrigen ist auch die Begründung der Vorinstanz, dass sie bisher nicht von Gebrauchtwarenmärkten ausgegangen sei, weil sich die Preise auf solchen Märkten nicht sinnvoll bestimmen liessen, plausibel. Selbst der PUE räumt ein, dass der Hinweis auf weitgehend fehlende, real existierende Gebrauchtwarenmärkte für Netzelemente – insbesondere für Kabelkanäle – nachvollziehbar erscheine (vgl. Stellungnahme des PUE vom 9. September 2010, S. 9).

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

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

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

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

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

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

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

5.6.2 Auch nach Auffassung von Sunrise erweist sich die aktuelle Kostenbetrachtung (sog. « current cost accounting », CCA) grundsätzlich als sachgerecht. Allerdings gelte es auch bei der zukunftsgerichteten Preisregulierung basierend auf CCA zu verhindern, dass ungerechtfertigte Kosten einflössen, welche bei einem effizienten, hypothetischen Wettbewerber, der sich bei einem erfolgreichen Markteintritt selbstredend am Kostenniveau der etablierten Anbieterin messen müsse, nicht anfielen. Wenn abgeschriebene Anlagen vollständig neu bewertet würden, führe dies zur Überbewertung des investierten Kapitals respektive zu überhöhten, nicht kausalen Kapitalkosten.

5.6.3 Bei der Kostenberechnung soll eine aktuelle und zukunftsgerichtete CCA eingenommen werden. Gemäss Prof. SPREMANN wird das Netz (bzw. die Infrastruktur) bei diesem Ansatz, genau wie es historisch gewachsen ist, als Basis für die Bemessung der Kosten gewählt, allerdings würden die vorhandenen Netzelemente so bewertet, als müssten sie heute neu angeschafft werden. Angesichts des technischen Fortschritts würden dabei verschiedene Netzelemente im Vergleich zu den historischen Kosten günstiger sein, so dass der CCA-Ansatz zu geringeren Kosten als der historische Ansatz führe (vgl. SPREMANN, a. a. O., S. 33). Ebenso darf gemäss FISCHER/SIDLER bei der von Art. 54 Abs. 2 Satz 2

FDV vorgeschriebenen Kostenberechnung auf aktueller Basis der historisch gewachsenen Produktionsstruktur nicht direkt Rechnung getragen werden (was insbesondere den Ausschluss von Altlasten bedeute). Die Kostenberechnung basiere vielmehr auf aktuellen Wiederbeschaffungskosten (vgl. FISCHER/SIDLER, a. a. O., S. 159, Rz. 16).

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

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

5.7 Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die vorinstanzlichen Ausführungen zur inneren Systematik von Art. 54 FDV weder widersprüchlich noch inkonsistent erscheinen. Vielmehr spricht die von ihr soweit überzeugend dargelegte Auslegung von Art. 54 FDV für Brutto- und nicht für Netto-Wiederbeschaffungswerte. Eine solche Kostenbestimmung ist nicht nur mit der bisher dargestellten Auslegung von Art. 54 FDV vereinbar, sondern beruht auch, wie es das Bundesgericht bereits früher im Zusammenhang mit den Interkonnektionspreisen gefordert hat, auf objektiven und nachvollziehbaren Kriterien (vgl. BGE 132 II 257 E. 3.3.2).

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

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

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

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

Bundesgerichts 2A.451/2005 vom 21. April 2006 E. 2.3.1, je mit Hinweisen).

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

6.3 Swisscom betont, die Förderung von Investitionen in den Ausbau der Telekommunikationsnetze und alternativer Infrastruktureinrichtungen wie beispielsweise effizientere, unterirdische Einrichtungen (z. B. Microtubes) sowie das Verhindern von « Trittbrettfahren » habe für den Gesetzgeber hohes Gewicht gehabt. Die mittels des LRIC-Ansatzes zu simulierenden Wettbewerbspreise sollten das wohlfahrtsökonomisch richtige Signal für eine Investitionsentscheidung (« make or buy ») setzen. Werde der Zugangspreis zu niedrig angesetzt, bewirke dies eine ineffizient hohe Nutzung der von der Regulierung betroffenen Infrastruktur, während Investitionen in neue, effizientere Infrastrukturen oder konkurrierende Infrastrukturen ausblieben. Nur wenn bei der Preisberechnung die langfristigen, durchschnittlichen Kosten auf aktueller Basis (und nicht bloss die Grenzkosten für eine zusätzliche Einheit) berücksichtigt würden, decke dies langfristig die Kosten derjenigen Telekommunikationsunternehmungen, welche eigene Infrastrukturen betrieben.

6.4 Sunrise entgegnet, um Investitionsanreize zu schaffen, brauche es keine ungerechtfertigten Übergewinne (Monopolrenten). Vielmehr sei das Preisniveau so anzusetzen, dass der Unterhalt und die Erneuerung der Infrastruktur (hier Kabelkanalisationen) gewährleistet seien. Dies werde aber durch die Abgeltung der Betriebs- und Kapitalkosten erreicht. Die Kapitalkosten umfassten dabei die risikogerechte Verzinsung des investierten Kapitals sowie die einmalige Abschreibung der Investition. Ein darüber hinausgehender Gewinn (im ökonomischen Sinn) lasse das vom Gesetz geforderte Konzept der Wettbewerbssimulation respektive die Theorie der bestreitbaren Märkte nicht zu. Swisscom versuche bei jeder Gelegenheit, den Infrastrukturwettbewerb in den Vordergrund zu rücken, obwohl Art. 1 Abs. 2 Bst. c FMG den Wettbewerb mit Bezug auf Fernmeldedienste anspreche und damit klar den Dienstewettbewerb in den

Vordergrund rücke. Infrastrukturwettbewerb habe der Gesetzgeber in erster Linie zwischen den Übertragungstechnologien (Kupfer, Glas, Funk) im Auge gehabt, jedenfalls aber nicht im Bereich der Tiefbauarbeiten beziehungsweise der Kabelkanalisationen. Infrastrukturwettbewerb solle nur dort entstehen, wo dies aus volkswirtschaftlicher Sicht erwünscht sei. Dass eine Duplizierung der Kabelkanalisation weder volkswirtschaftlich erwünscht noch sinnvoll sei, würden selbst die Vorinstanz und Swisscom anerkennen (Sunrise stützt sich hier vor allem auf das in ihrem Auftrag erstellte Gutachten von Prof. ROLF H. WEBER vom 12. Januar 2010, S. 22 f.).

6.5 Das Regulierungsziel bestimmt die Elemente des Preisberechnungsmodells. Gemäss Art. 1 FMG besteht das Regulierungsziel unter anderem in der Förderung von wirksamem Wettbewerb. Sinn und Zweck der kostenorientierten Preisgestaltung bestehen folglich darin, Zugangspreise zu simulieren, wie sie bei funktionierendem Wettbewerb zustande kämen. Dabei kann unterschieden werden zwischen Infrastrukturwettbewerb einerseits und Dienstewettbewerb andererseits. Der Infrastrukturwettbewerb bedeutet im Wesentlichen, Investitionsanreize zu erhalten, der Dienstewettbewerb durch Wettbewerb die Endkundenpreise zu senken (vgl. Evaluationsbericht, S. 186). Die beiden Ziele befinden sich in einem Spannungsfeld zwischen der Befürchtung, überhöhte Zugangspreise wirkten sich negativ auf die Endkundenpreise aus einerseits, und andererseits der Sorge, zu tiefe Preise könnten langfristig Investitionen in neue Infrastrukturen hemmen (vgl. Evaluationsbericht, S. 177). Den parlamentarischen Debatten kann diesbezüglich entnommen werden, dass insbesondere auch die Förderung des Infrastrukturwettbewerbs dem Gesetzgeber ein wesentliches Anliegen war (vgl. bspw. Amtliches Bulletin der Bundesversammlung [AB] 2004 N 1662, AB 2005 N 1100, AB 2005 S 949). Da bei Brutto-Wiederbeschaffungswerten eher Anreize in die Errichtung eigener, paralleler Anlagen gesetzt werden, spricht das Ziel des Infrastrukturwettbewerbs denn auch eher für Brutto-Wiederbeschaffungskosten (vgl. Evaluationsbericht, S. 74). Insofern ist der Vorinstanz und Swisscom zuzustimmen, wenn sie dieses Regulierungsziel hervorheben.

Zuzustimmen ist im Grundsatz aber auch der Aussage von Prof. Weber, wonach das gesetzgeberische Wettbewerbsziel im Bereich der Infrastrukturen vor allem in Bezug auf die Übertragungstechnologien (Kupfer, Glas, Funk), nicht aber – oder nicht vorwiegend – in Bezug auf den Tiefbau (Kabelkanalisationen) sinnvoll erscheine, da eine Duplizierung

der Kanalisationen volkswirtschaftlich unerwünscht sei (vgl. dazu auch AB 2004 N 1695, AB 2005 N 1101, AB 2005 S 950, AB 2006 S 88). Dennoch findet in der bestehenden Regelung die Bestimmung von Art. 54 FDV unterschiedslos auch auf Kabelkanalisationen Anwendung (vgl. E. 5.2).

6.6 Entsprechend den parlamentarischen Diskussionen zum FMG hat der Bundesrat mit Art. 54 FDV eine Lösung gewählt, die in allen Bereichen der Fernmeldenetze von infrastrukturbasiertem Wettbewerb ausgeht, aber auch preiswerte und qualitativ hoch stehende Dienste anstrebt (vgl. Evaluationsbericht, S. 73). Damit hat der Bundesrat einen zwischen den beiden Regulierungszielen abwägenden Ansatz gewählt, der nach der bestehenden Regelung unterschiedslos auch auf Kabelkanalisationen anzuwenden ist. Die Kritik von Sunrise vermag somit nichts daran zu ändern, dass nach der bestehenden Regelung von Art. 54 FDV auch im Bereich der Kabelkanalisationen der Infrastrukturwettbewerb als gesetzgeberisches Ziel anzusehen ist und die Zugangspreise Investitionsanreize beinhalten sollen. Insbesondere wollte der Gesetzgeber « Trittbrettfahrerei » verhindern, das heisst, die alternativen FDA sollen nicht auf Kosten von Swisscom die bestehende Infrastruktur zu ungerechtfertigt günstigen Konditionen nutzen können, sondern sich an den langfristigen Zusatzkosten der zugegangenen Netzkomponenten der marktbeherrschenden Anbieterin beteiligen (vgl. AB 2004 N 439, AB 2004 N 1698, AB 2005 N 1100, AB 2005 N 1102, AB 2005 S 949, AB 2006 S 89).

Wie bereits gesehen, verkörpert Art. 54 FDV denn auch zu weiten Teilen die Idee des Infrastrukturwettbewerbs. Das Kostenniveau wird darauf angesetzt, dass auch die alternativen FDA so kalkulieren müssen, als ob sie eine eigene Infrastruktur zu errichten und unterhalten hätten. Damit sollen die Zugangspreise so ausfallen, dass es für die alternativen FDA preislich keinen Unterschied macht, ob sie die fehlende Infrastruktur selber erstellen (« make it ») oder ob sie eine Einrichtung oder einen Dienst im Grosshandel erwerben (« buy it »; vgl. Evaluationsbericht, S. 177). Könnten die alternativen FDA die Infrastruktur von Swisscom nämlich zu günstigeren Bedingungen nutzen, als sie eine hypothetische, effiziente Anbieterin bei einem heutigen Markteintritt hätte, wäre die Mitbenutzung der Infrastrukturen der marktbeherrschenden Anbieterin unter Umständen – so befürchteten es zumindest die historischen Gesetz- und Verordnungsgeber (vgl. anstatt vieler AB 2006 S 89; Evaluationsbericht, S. 73 ff.) – so attraktiv, dass diese nicht mehr in eigene Infrastrukturen investieren, sondern eben bloss noch « Trittbrettfahren »

würden. Gleichzeitig besteht die Sorge, dass dadurch auch für die marktbeherrschende Anbieterin der Anreiz wegfallen könnte, ihre Infrastrukturen zu erhalten und zu erneuern. Gerade im Hinblick auf zukünftige Investitionen entspricht das Festsetzen des Kostenniveaus auf aktuellen und nicht historischen Kosten deshalb dem gesetzgeberischen Willen. Die aktuelle und zukunftsgerichtete Kostenbetrachtung dient somit durchaus dem Wettbewerbsziel von Art. 1 Abs. 2 Bst. c FMG. Herstellung von wirksamem Wettbewerb bedeutet in diesem Sinn eben nicht, per se möglichst tiefe Preise zu erzwingen, sondern Umstände zu schaffen, unter welchen die Möglichkeiten und Anreize für konkurrierende Investitionen erhalten bleiben.

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

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

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

7.1 Die Vorinstanz weist darauf hin, dass ihre Praxis zur Berechnungsmethode bereits vor der letzten Revision des Fernmelderechts im Jahre 2007 existiert habe. Sie sei auch unter altem Recht in den damaligen Interkonnektionsverfahren angewendet worden, und es sei deshalb davon auszugehen, dass der Gesetzgeber bei der Revision im Jahr 2007 an der Methodik habe festhalten wollen. Den parlamentarischen Debatten lasse sich nichts entnehmen, was darauf schliessen liesse, dass die konstante Praxis der Vorinstanz zur Überprüfung der Kostenorientiertheit hätte geändert werden sollen. Es fänden sich vielmehr Hinweise in den Materialien, dass der Gesetzgeber die bis dato praktizierte Berechnungsmethode habe beibehalten wollen. So habe insbesondere Bundesrat

Moritz Leuenberger im Rahmen der parlamentarischen Debatte geäussert, es werde nicht beabsichtigt, die LRIC-Methode durch eine andere Kostenberechnungsmethodik zu ersetzen. Es treffe zwar zu, dass der Bundesrat eine Evaluation der geltenden Fernmeldeordnung veranlasst habe und dabei auch die Problematik der Berechnungsmethode erwähnt werde. Entgegen der Auffassung von Sunrise sei heute aber noch völlig ungewiss, ob (im vorliegend interessierenden Bereich) tatsächlich eine Gesetzesänderung anstehe. Als rechtsanwendende Behörde sei es nicht ihre Aufgabe, einem allfälligen gesetzgeberischen Entscheid vorzugreifen. Vor diesem Hintergrund sei eine Praxisänderung nicht angezeigt.

7.2 Swisscom führt aus, der Gesetzgeber habe von einer Änderung der Preisberechnungsmethode, die bereits mit der Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte eingeführt worden sei, bewusst abgesehen. Die LRIC-Methode und das Abstellen auf Wiederbeschaffungsneuwerte habe aus diesen Gründen Gesetzescharakter. Eine Abkehr davon würde eine Gesetzesänderung voraussetzen und sei auch mit der Rechtssicherheit unvereinbar. Zum Thema « LRIC » seien jüngst ein Postulat der Kommission für Verkehr und Fernmeldewesen des Ständerats (KVF-S) und insbesondere eine Interpellation (09.3352) von Ständerat Filippo Lombardi eingereicht worden, welche die geltenden Preisberechnungsvorgaben in Frage stellten und die Prüfung einer allfälligen Abkehr von der Modellrechnung gestützt auf Wiederbeschaffungsneuwerte forderten. In seiner Antwort auf die Interpellation Lombardi habe der Bundesrat ausgeführt (AB 2009 S 692), die Berechnungsvorgaben seien Gegenstand intensiver, parlamentarischer Debatten gewesen. Alternativen zur LRIC-Methode mit Wiederbeschaffungsneuwerten würden im bundesrätlichen Bericht zum Postulat der KVF-S eingehend geprüft. Deshalb sei es nicht angezeigt, vorschnell über eine Verordnungsänderung Weichenstellungen vorzunehmen.

7.3 Sunrise entgegnet, für eine Praxisänderung sei keine Gesetzesrevision erforderlich, da die LRIC-Methode auf Verordnungsstufe anzusiedeln sei. Vielmehr könne eine Praxis, wie von Sunrise vorgeschlagen, durch richtige Auslegung angenommen werden. Es sei zudem nicht ersichtlich, inwiefern der Gesetzgeber bewusst von einer Änderung der Preisberechnungsmethode abgesehen haben soll. Genauso wenig könnten die Vorinstanz und Swisscom aus den genannten parlamentarischen Vorstössen oder aus der Antwort des Bundesrates etwas für sich ableiten. Insbesondere sei entgegen den Ausführungen des Bundesrates und der Vorinstanz die LRIC-Methode nachweislich nicht Gegenstand intensiver

parlamentarischer Debatten gewesen. Eine Gesetzesevaluation dürfe zudem der Durchsetzung von geltendem Recht nicht entgegenstehen. Die parlamentarischen Vorstösse zeigten schliesslich vielmehr, dass auch im Parlament Zweifel bestünden, dass Art. 11 FMG in der Praxis richtig umgesetzt werde. Auch der Bundesrat zeige sich in dem jüngst erstellten Evaluationsbericht kritisch gegenüber der aktuellen Umsetzung der LRIC-Methode.

7.4 Der PUE bemerkt, es erstaune nicht, dass der Gesetzgeber anlässlich der letzten Revision des Fernmelderechts sich nicht dazu veranlasst gesehen habe, explizit eine andere Berechnungsmethode festzulegen, da sich die bisherige Praxis der Vorinstanz im Bereich der Interkonnektion bewährt habe. Es wäre aber falsch, dem Gesetzgeber zu unterstellen, dass er Zugangsbedingungen habe schaffen wollen, die zu einer Behinderung des Wettbewerbs führten und die Abnehmer zwingen würden, für längst amortisierte Netzteile der Swisscom erneut zu bezahlen.

7.5 Den der heute geltenden Regelung zugrunde liegenden Gesetzesmaterialien sind keine ausdrücklichen Antworten auf die vorliegend interessierende Frage zu entnehmen. Dies liegt offensichtlich daran, dass der Gesetzgeber die Konkretisierung der Preisberechnungsmethode dem Bundesrat überlassen hat (Art. 11 Abs. 3 FMG). Insofern ist Sunrise zuzustimmen. Die Vorinstanz hält Sunrise indessen zu Recht entgegen, dass ihre Praxis bereits Jahre vor der letzten Revision im Jahr 2007 unter Geltung des alten Rechts existiert hat und deshalb davon auszugehen ist, der Gesetzgeber habe an der bisherigen Methodik festhalten wollen. Die alte Regelung von Art. 45 FDV von 2001 (AS 2001 2759) entspricht denn auch, abgesehen von vorliegend unbedeutenden, redaktionellen Änderungen, dem heute geltenden Art. 54 FDV. Der Gesetzgeber konnte folglich bereits vor Erlass der revidierten Fassung von Art. 11 FMG sehr genau absehen, wie der Bundesrat seine Vorgabe der Kostenorientiertheit umsetzen würde. Dies nicht nur, da Bundesrat Moritz Leuenberger in der damaligen parlamentarischen Diskussion ausdrücklich erwähnte, der Bundesrat beabsichtige nicht, die LRIC-Methode durch eine andere Kostenberechnungsmethodik zu ersetzen (vgl. AB 2004 N 1706). In der Botschaft zum FMG sprach der Bundesrat ausdrücklich davon, dass die marktbeherrschende Anbieterin für ihre Investitionen zu branchenüblichen Bedingungen (und nicht etwa historischen Kosten) entschädigt werden solle (vgl. BBl 2003 7970) und zur Preisberechnung das im Interkonnektionsbereich traditionell verwendete Modell der « Forward Looking Long Run Incremental Cost based on Modern Equivalent

Assets » angewendet werden müsse (vgl. BBl 2003 7998, Fn 64). Aus den jüngsten parlamentarischen Debatten kann zudem das Folgende entnommen werden: Im Parlament ist nicht nur die LRIC-Methode bekannt. Vielmehr ist man sich auch bewusst, dass die Vorinstanz in ihrer bisherigen und derzeitigen Praxis die Kapitalkosten zu Wiederbeschaffungsneuwerten bewertet hat beziehungsweise bewertet (vgl. zum Ganzen: Postulat 09.3002 KVF-S vom 13. Januar 2009; Die schriftliche Antwort des Bundesrates vom 29. Mai 2009 auf die Interpellation 09.3352 von Ständerat Filippo Lombardi vom 20. März 2009 und die mündliche Stellungnahme von Bundesrat Moritz Leuenberger, AB 2009 S 692).

Schliesslich geht aus dem bereits mehrfach zitierten Evaluationsbericht des Bundesrates vom 17. September 2010 deutlich hervor, dass die von der Vorinstanz ausgelegte und praktizierte Preisberechnungsmethode der heute geltenden Fassung von Art. 54 FDV entspricht. Am Willen des historischen Gesetzgebers ändert nichts, dass die Kritik von Sunrise gemäss Evaluationsbericht durchaus ihre Berechtigung – insbesondere im Bereich der Kabelkanalisationen – zu haben scheint. Insbesondere können bei einem klaren Auslegungsergebnis allfällige Unstimmigkeiten nicht durch Lückenfüllung beseitigt werden. Eine Lücke liegt nur dann vor, wenn ein Erlass unvollständig ist, weil er auf eine bestimmte Frage selbst nach Ausschöpfung aller anerkannten Auslegungselemente gar keine oder keine befriedigende Antwort gibt (vgl. PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Bern 2007, § 4 Rz. 43). Dies ist vorliegend nicht der Fall. Zudem ist auch nach und trotz der Kritik im Evaluationsbericht an der bestehenden Preisberechnungsmethode keineswegs klar, ob es eine Änderung in die von Sunrise und vom PUE vorgeschlagene Richtung geben wird.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

17. November 1997 betreffend das Fernmeldegesetz (SR 784.101.112, nachfolgend: ComCom-Verordnung).

8.2.2 Der PUE unterstützt Sunrise in deren Forderung, die Kapitalanlagen insbesondere aus Gründen des Diskriminierungsverbots zu Netto-Wiederbeschaffungskosten zu bewerten. Kostenorientierte Preise, die gestützt auf eine Modellrechnung ermittelt worden seien, würden eine Diskriminierung nicht ausschliessen. So könne eine erhebliche Differenz zwischen den modellhaft ermittelten Kosten, die für die zugangsnachfragende Partei massgebend seien, und den effektiv von Swisscom zu tragenden Kosten bestehen. Umgekehrt sei auch möglich, dass keine Diskriminierung der zugangsnachfragenden Partei vorläge, sich die Zugangspreise aber nicht an den Kosten einer effizienten Anbieterin orientierten. Dies wäre beispielsweise der Fall, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen ineffizient arbeite und die überhöhten Betriebskosten nach einem nichtdiskriminierenden Verteilschlüssel auf sich selbst und die netzzugangsnachfragenden Parteien verteilte. Die Kostenorientierung und die Nichtdiskriminierung gemäss Art. 11 FMG seien somit eigenständige Anforderungen an die Zugangspreise.

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

8.2.4 Swisscom ergänzt, die Begriffe « Nichtdiskriminierung » und « Kostenorientierung » im Sinne der LRIC-Methode würden sich nicht ausschliessen. Mit der Wahl des Begriffs der Kostenorientierung habe sich der Gesetzgeber sodann vom Erfordernis der Kostengleichheit (im Sinne historischer oder tatsächlicher Kosten) klar abgegrenzt. Der

Gleichbehandlungsgrundsatz wolle sicherstellen, dass eine marktbeherrschende Anbieterin und die alternativen Anbieterinnen bei der Gestaltung der Endkundenpreise über gleiche Voraussetzungen verfügten. Dies werde durch kostenorientierte Preise nach der LRIC-Methode gewährleistet. In diesem Sinne bedeute die Formulierung von Art. 11 Abs. 1 FMG (« Zugangsgewährung auf nichtdiskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen »), dass kostenorientierte Preise auch nicht diskriminierende Preise seien. Nichtdiskriminierung bedeute nach der geltenden Regelung hingegen nicht, dass die für die Preisfestlegung massgeblichen Kosten um die bereits abgeschriebenen Kosten zu bereinigen wären beziehungsweise dass diejenigen Kosten massgeblich seien, welche Swisscom-intern verbucht würden. Ob die mit dem Retailgeschäft befasste Einheit von Swisscom tatsächlich gleiche Vorleistungspreise wie ein externer Kunde bezahle, sei irrelevant. Der Vorwurf von Sunrise, Swisscom diskriminiere andere Unternehmen, indem sie ihnen höhere Vorleistungspreise in Rechnung stelle als eigenen Verkaufseinheiten, sei unbegründet. Die marktbeherrschende Unternehmerin müsse die Preise auf den Endkundenmärkten aber so gestalten, dass einer effizienten Konkurrentin eine ausreichende Marge verbleibe, um im Wettbewerb bestehen zu können. Die marktbeherrschende Anbieterin habe sich so zu verhalten, als ob sie die fraglichen Vorleistungen zu kostenorientierten Preisen bezogen hätte. Eine Pflicht zur getrennten Rechnungslegung sei schliesslich mangels einer gesetzlichen Grundlage nicht in den Anhang 3 der ComCom-Verordnung aufgenommen worden beziehungsweise habe aus dem Entwurf gestrichen werden müssen. Die Ausführungen von Sunrise würden somit nicht der geltenden Rechtslage entsprechen.

8.2.5 Vorab ist auf den von Art. 11 Abs. 1 FMG verwendeten Begriff der Diskriminierung einzugehen. Das allgemeine Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) hat sich aus der allgemeinen Garantie der Rechtsgleichheit herausentwickelt (vgl. BERNHARD WALDMANN, Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz, Bern 2003, S. 135 ff.). Der Diskriminierungsbegriff wird in der europäischen Rechtssprache zwar nicht rein, aber doch mehrheitlich menschenrechtsbezogen verwendet (vgl. WALDMANN, a. a. O., S. 195 ff., insbes. S. 213). Auch in der Schweiz benutzen sowohl das in Art. 8 Abs. 2 BV verankerte Diskriminierungsverbot wie auch die entsprechende bundesgerichtliche Rechtsprechung grundsätzlich menschenbezogene Differenzierungsmerkmale und bringen den Begriff in engen

Zusammenhang mit der Menschenwürde (vgl. BGE 129 I 217 E. 2.1, BGE 129 I 392 E. 3.2.2; vgl. WALDMANN, a. a. O., S. 764; JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008, S. 692). Trotz diesem vorwiegend menschenbezogenen Begriffsverständnis wird der Diskriminierungsbegriff im Allgemeinen in der schweizerischen Rechtssprache aber vielschichtig verwendet. Insbesondere das Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht sprechen auch dann von « Diskriminierung », wenn Gleichbehandlungsgebote mit wettbewerbspolitischem und nicht menschenrechtlichem Unrechtsgehalt aufgestellt werden (vgl. WALDMANN, a. a. O., S. 220 f. und S. 226). Vor diesem Hintergrund ist auch das Diskriminierungsverbot von Art. 11 Abs. 1 FMG als Gleichbehandlungsgebot zu verstehen, welches die alternativen FDA vor der historisch gewachsenen Marktbeherrschung von Swisscom zu schützen versucht (vgl. BVGE 2010/19 E. 9.3.6).

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

8.2.6 Die Rechtsprechung sieht im Diskriminierungsverbot von Art. 11 Abs. 1 FMG im Wesentlichen die Pflicht der marktbeherrschenden Anbieterin, allen Konkurrentinnen dieselben Zugangsbedingungen zu gewähren (vgl. BGE 132 II 284 E. 6.4; BVGE 2010/19 E. 9.3.3.4). Nach vorwiegender Meinung in der Lehre beinhalten die Zugangsbedingungen alle relevanten Geschäftsbedingungen, insbesondere die Einrichtungen, Dienste und Informationen (Art. 52 Abs. 1 FDV) sowie die Preise (vgl. FISCHER/SIDLER, a. a. O., S. 155, Rz. 157; MATTHIAS AMGWERD, Netzzugang in der Telekommunikation, Diss. Zürich 2008, Rz. 304). Gemäss Art. 52 Abs. 2 FDV darf insbesondere keine andere Anbieterin schlechter gestellt werden als Geschäftseinheiten, Tochter-

firmen oder andere Partnerinnen der marktbeherrschenden Anbieterin. Mit anderen Geschäftseinheiten sind firmeninterne Einheiten gemeint, die ebenfalls Zugangsdienste auf dem Vorleistungsmarkt beziehen, um ihre Produkte auf dem Endkundenmarkt herzustellen (vgl. FISCHER/SIDLER, a. a. O., S. 155, Rz. 157).

8.2.7 Nach Auffassung der Vorinstanz handelt es sich bei den Vorgaben von Art. 11 Abs. 1 FMG um eigenständige Kriterien, wobei sich das Diskriminierungsverbot im Gegensatz zum Grundsatz der Kostenorientiertheit nicht auf die Preisgestaltung beziehe. Dies ergebe sich nicht nur aus der FDV, sondern bereits aus dem Wortlaut von Art. 11 FMG, der von der Zugangsgewährung « auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen » spreche. Tatsächlich unterscheidet der Wortlaut von Art. 11 Abs. 1 FMG zwischen den Grundsätzen der Transparenz und der Nichtdiskriminierung auf der einen Seite und demjenigen der Kostenorientierung auf der anderen Seite. Die ersten beiden Grundsätze beziehen sich demnach auf die Art und Weise der Zugangsgewährung und der Letztere direkt auf die Preisgestaltung. Es leuchtet denn auch ohne Weiteres ein, dass das Diskriminierungsverbot im Gegensatz zum Grundsatz der Kostenorientierung als Preisgestaltungsvorschrift wenig hergibt. Dennoch wäre es mit den Grundsätzen der Zugangsregulierung offensichtlich nicht vereinbar, wenn die Preise die alternativen FDA in unzulässiger Weise diskriminierten. Ziel und Zweck der Regulierung bestehen wie gesehen ja gerade darin, mögliche Diskriminierungen der marktbeherrschenden Anbieterin zu beseitigen, um wirksamen Wettbewerb herzustellen (vgl. E. 6.1).

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

Zweifellos befindet sich die marktbeherrschende Anbieterin als Inhaberin der zugegangenen Infrastrukturanlagen in einer anderen Lage als die alternativen FDA. Sie kann die Kapitalkosten als Abschreibungs- und Zinskosten nach buchhalterischen Grundsätzen festlegen. Bei den

alternativen FDA fallen diese Kosten in Form von regulierten Zugangspreisen an. Der Bundesrat hat in Art. 54 FDV beziehungsweise die Vorinstanz mit dessen Auslegung nun eine Lösung gewählt, welche die alternativen FDA an den Kapitalkosten in einer von den tatsächlichen Verhältnissen (also von der Buchhaltung von Swisscom) abstrahierten Form teilhaben lässt, indem bei der LRIC-Berechnung die Kosten einer hypothetischen effizienten Anbieterin angenommen werden, unabhängig davon, ob und wie die marktbeherrschende Anbieterin die zugegangenen Anlagen bereits abgeschrieben hat. Dieses Vorgehen hat Vor- und Nachteile. So werden auf der einen Seite allfällige Ineffizienzen und Altlasten der marktbeherrschenden Anbieterin ausgeklammert. Auf der anderen Seite können die alternativen FDA aber nicht davon profitieren, wenn die marktbeherrschende Anbieterin über bereits abgeschriebene Anlagen verfügt (vgl. Stellungnahme des PUE vom 9. September 2010, S. 7). Eine von der Buchhaltung der marktbeherrschenden Anbieterin abstrahierte Berechnung der Zugangspreise erscheint indes nicht unvernünftig. Im Gegenteil werden damit objektivierte Kriterien geschaffen, welche den tatsächlichen Unterschieden Rechnung tragen. Die alternativen FDA können so unabhängig vom buchhalterischen Vorgehen von Swisscom für einen nach objektivierten Kriterien festgelegten Beitrag an der Infrastruktur der marktbeherrschenden Anbieterin teilhaben. Das schützt die alternativen FDA und fördert den Wettbewerb (Ausschluss von Ineffizienzen). Es sorgt aber auch dafür, dass die alternativen FDA sich in jedem Fall an den Kapitalkosten beteiligen und damit so gestellt werden, als müssten sie selber eine eigene Infrastruktur finanzieren. Dies im Gegensatz zu einer Preisberechnung unter Annahme von Netto-Wiederbeschaffungswerten. Hier würde für vollständig abgeschriebene Anlagen der Wert Null eingesetzt, was nichts Geringeres zur Folge hätte, als dass die alternativen FDA überhaupt keine Kapitalkosten leisten müssten (der marktbeherrschenden Anbieterin fallen dafür heute zwar auch keine Kapitalkosten mehr an; sie hat aber im Gegensatz zu den alternativen FDA in der Vergangenheit diese Kosten einmal getragen). Vor diesem Hintergrund erscheint es sachlich gerechtfertigt, wenn Art. 54 FDV vorsieht, dass die alternativen FDA zumindest einmal einen Beitrag an die Kapitalkosten leisten müssen, auch wenn dies zeitlich nicht mit dem Beitrag der marktbeherrschenden Anbieterin zusammenfällt.

8.2.9 Es bleibt die Frage der zeitlichen Bewertung. Der PUE wendet ein, dass Swisscom die betreffenden Anlagen zu weitaus tieferen Baukosten hat errichten können, als heute anfallen würden (vgl. Stellung-

nahme des PUE vom 9. September 2010, S. 8, Ziff. 3.4). Daran gibt es kaum Zweifel. Den Materialien ist indessen zu entnehmen, dass die Idee des Infrastrukturwettbewerbs für eine zukunftsgerichtete Bewertung auf aktueller Basis (« forward looking » gemäss Art. 54 Abs. 2 Satz 2 FDV) spricht. Das Kostenniveau wird derart angesetzt, dass auch die alternativen FDA so kalkulieren müssen, als ob sie heute eine eigene Infrastruktur zu errichten und erhalten hätten (vgl. E. 6.6). Es ist unbestritten, dass der Bundesrat bei Festlegung der Preisberechnungsregel den Infrastrukturwettbewerb weniger und den Dienstewettbewerb mehr hätte betonen können. Gemäss dem Evaluationsbericht hat er aber entsprechend den politischen Diskussionen einen zwischen beiden Regulierungszielen abwägenden Ansatz gewählt (vgl. E. 6.6 mit Hinweis auf den Evaluationsbericht, S. 73). Angesichts des dem Bundesrat in diesem Bereich zukommenden weiten Ermessens ist es nicht die Aufgabe des Bundesverwaltungsgerichts, hier eine andere Lösung auf dem gerichtlichen Weg zu erzwingen, zumal deren Auswirkungen ungewiss scheinen und überdies Gefahr liefen, dem zurzeit sich im Gang befindlichen politischen Entscheidprozess vorzugreifen (vgl. E. 7.5).

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

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

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

Ebenso ergibt sich nichts anderes aus dem von Sunrise berufenen Prinzip der Wettbewerbsneutralität, abgeleitet aus der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV). Zwar gewährt Art. 27 Abs. 1 BV über den allgemeinen Gleichheitssatz von Art. 8 Abs. 1 BV hinaus einen besonderen Anspruch direkter Konkurrenten auf Gleichbehandlung durch den Staat, wobei im Bereich des Wirtschaftsrechts auch Private zu einer gewissen Gleichbehandlung verpflichtet werden können, wenn sie über eine marktbeherrschende Stellung verfügen (vgl. MÜLLER/SCHEFER, a. a. O., S. 1056 ff.; JEAN-FRANÇOIS AUBERT/PASCAL MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich/Basel/Genf 2003, N 17 ff., S. 245). Doch führt auch dieser erweiterte Anspruch nach dem Gesagten nicht zu einem anderen Ergebnis, ist doch der gesetzgeberische Entscheid für eine kostenorientierte Preisgestaltung und die entsprechende Ausführung des Verordnungsgebers in Art. 54 FDV gerade Ausdruck des Bestrebens, Chancengleichheit und damit Wettbewerb zwischen den Telekommunikationsanbieterinnen herzustellen.

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

Online-Tool

11.

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

Swisscom beantragt die Aufhebung von Ziffer 4, da die Anordnung bundesrechtswidrig, insbesondere ohne genügende gesetzliche Grundlage und unverhältnismässig sei und auf einem mangelhaft ermittelten Sachverhalt beruhe. Ein kostengünstiges Online-Tool, welches die verfügbaren Kapazitäten in den Kabelkanalisationen von Swisscom ausweise -

so wie es sich Sunrise und die Vorinstanz vorstellten - könne nicht zur Verfügung gestellt werden.

11.2 Gemäss Art. 63 Abs. 2 FDV hat die marktbeherrschende Anbieterin ein Online-System zu führen, welches den anderen Anbieterinnen insbesondere Informationen bietet über den Verlauf der Kabelkanalisationen, die bestimmte geografische Punkte verbinden (Bst. a), soweit bekannt, über die genutzten und die noch verfügbaren Kapazitäten (Bst. b) und über die Standorte der Zugangsschächte (Bst. c).

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

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

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

12. (…)

13.

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

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

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

13.2 Gemäss dem Erläuterungsbericht des Bundesrates vom 9. März 2007 über die Verordnung über Fernmeldedienste (FDV) (S. 24, abrufbar unter http://www.bakom.admin.ch > Das BAKOM > Verordnungen > Telekommunikationsdienste > Weitere Informationen) werden in Art. 63 Abs. 2 FDV bestimmte Informationen betreffend den Zugang zu den Kabelkanalisationen präzisiert, welche das in Art. 53 Abs. 3 FDV allgemein vorgesehene Online-System der marktbeherrschenden Anbieterin enthalten muss. Der Verordnungsgeber ist damit zwar durchaus davon ausgegangen, dass die marktbeherrschende Anbieterin ein Online-System zur Informationsgewährung führen muss. Diese Vorgabe bedeutet indessen noch nicht, dass die marktbeherrschende Anbieterin generell zu all denjenigen Systemen Zugang gewähren müsste, welchen sie selber Informationen bezüglich der Belegung von Kabelkanalisationen entnehmen kann. Vor dem Hintergrund, dass der Verordnungsgeber Art. 63 Abs. 2 FDV als Präzisierung von Art. 53 Abs. 3 FDV (erster Satzteil) versteht, in welchem die marktbeherrschende Anbieterin dazu verpflichtet wird, die « notwendigen Informationen […] online aktualisiert » zur Verfügung zu stellen, erscheint es naheliegender, die Nennung eines « Online-Systems » in Art. 63 Abs. 2 FDV als Formvorschrift zu verstehen. Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV bedeutet somit nur, aber immerhin, dass die marktbeherrschende Anbieterin Informationen über die genutzten und noch verfügbaren Kapazitäten den alternativen Anbieterinnen in « Online-Form » zur Verfügung stellen muss, soweit diese bekannt sind.

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

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

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

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

13.4 Aus teleologischer Sicht dienen die den Grundsatz der Transparenz ausführenden Informationspflichten der FDV nicht zuletzt dem gesetzgeberischen Ziel, durch die Regulierung einen diskriminierungsfreien Zugang zu den Einrichtungen und Diensten der marktbeherrschenden Anbieterin herzustellen (Art. 11 Abs. 1 FMG) und so einen wirksamen Wettbewerb zu ermöglichen (Art. 1 Abs. 2 Bst. c FMG). In diesem Sinn hat der Verordnungsgeber in Art. 52 Abs. 1 FDV festgehalten, dass die marktbeherrschende Anbieterin nicht nur den Zugang zu ihren Einrichtungen und Diensten, sondern auch zu den dazugehörigen

Informationen auf nichtdiskriminierende Weise gewähren muss. Denn Transparenz verbessert den Wettbewerb, da die nachfragenden Anbieterinnen dadurch leichter zu den für ihre Unternehmensentscheidungen erforderlichen Informationen gelangen, was schliesslich auch Kosten spart (vgl. STAMPFLI, a. a. O., S. 84). Zudem können die nachfragenden Anbieterinnen viel eher feststellen, ob ihnen ein diskriminierungsfreier Zugang angeboten wird, wenn ihnen seitens der marktbeherrschenden Anbieterin transparente Informationen zur Verfügung gestellt werden (vgl. AMGWERD, a. a. O., Rz. 294).

Nun reicht es nach Auffassung des Verordnungsgebers offensichtlich nicht aus, dass die marktbeherrschende Anbieterin die für die einzelnen Zugangsformen und deren Kollokation notwendigen Informationen (Art. 53 Abs. 3 FDV) beziehungsweise die vorliegend interessierenden Informationen zur Belegungskapazität der Kabelkanalisationen (Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV), den alternativen FDA irgendwie zur Verfügung stellt. Vielmehr muss dies online geschehen. Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV sichert den alternativen FDA somit eine bestimmte Art der Informationsgewährung, nämlich die Online-Form zu. Damit wird den nachfragenden Anbieterinnen einerseits eine gewisse Unabhängigkeit von der marktbeherrschenden Anbieterin zugestanden. Sie sollen nicht um die Informationen ersuchen müssen, sondern diese autonom einsehen können. Andererseits soll die nachfragende Anbieterin aber auch gleich leicht, gleich schnell und gleich kostengünstig zu den Belegungsinformationen kommen wie die marktbeherrschende Anbieterin, indem sie diese online abrufen kann und nicht eine Antwort abwarten muss. Sinn und Zweck von Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV ist folglich, der nachfragenden Anbieterin gleichwertige Informationen betreffend die genutzten und noch verfügbaren Kapazitäten zur Verfügung zu stellen, wie sie der marktbeherrschenden Anbieterin selber zur Verfügung stehen.

Zur Gewährung eines diskriminierungsfreien Zugangs müssen die Belegungsinformationen somit gemäss Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV in Online-Form zur Verfügung gestellt werden. Daraus zu schliessen, dass die marktbeherrschende Anbieterin uneingeschränkten Zugang zu denselben Systemen bezüglich Belegung von Kabelkanalisationen gewähren muss, die ihr selber auch zur Verfügung stehen, erscheint indessen zu weitgehend (…). Vielmehr erscheint der Sinn und Zweck von Art. 63 Abs. 2 FDV bereits dann erfüllt, wenn die entsprechenden Informationen mit irgendeiner (von Swisscom frei wählbaren) Applikation online zur Verfügung gestellt werden, so wie sie es bis heute in Bezug auf den Kana-

lisationsverlauf und die Schachtstandorte mit der Online-Applikation « Maponline » tut.

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

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

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

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

15.

15.1 Unter dem Titel der ungenügenden gesetzlichen Grundlage bringt Swisscom vor, als Tochtergesellschaft einer spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft stehe sie im Wettbewerb mit den anderen FDA und könne sich auf die Wirtschaftsfreiheit berufen, soweit sie nicht öffentliche Aufgaben wahrnehme. Dies sei vorliegend der Fall, da die Zugangsgewährung gestützt auf Art. 11 Abs. 1 FMG nicht in Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben erfolge. Entgegen den Ausführungen der Vor-

instanz handle es sich bei der in Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV statuierten Verpflichtung um einen schweren Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit, da Swisscom dadurch verpflichtet werde, Geschäftsgeheimnisse offenzulegen und nicht amortisierbare Investitionen zu tätigen. Eine solch wesentliche Verpflichtung müsse in einem formellen Gesetz verankert sein und könne nicht in einer vollziehenden Verordnung festgelegt werden. Dem Bundesrat würden im Bereich der Zugangsregulierung indessen nur Vollzugskompetenzen, nicht aber solche zum Erlass gesetzesvertretender Bestimmungen zukommen. Er dürfe mithin in diesem Bereich keine neuen Rechte und Pflichten schaffen, die im Gesetz nicht vorgesehen seien. Da Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV im FMG nicht vorgesehene Pflichten schaffe, gehe dieser über den Gesetzesvollzug hinaus und verletze damit das Gesetzmässigkeitsprinzip. Die Bestimmung sei aus diesen Gründen wegen Verletzung von Bundesrecht nicht anzuwenden.

15.2 Nach Auffassung der Vorinstanz ist es hingegen fraglich, ob sich Swisscom im Bereich der Netzzugangsregulierung überhaupt auf die Wirtschaftsfreiheit berufen kann. Diese Frage könne jedoch offen bleiben, da die in Art. 63 Abs. 2 FDV genannte Pflicht ohnehin keinen schweren Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der ehemaligen Monopolistin darstelle und die verfassungsrechtlichen Anforderungen bezüglich Normstufe deshalb erfüllt seien.

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

Unbestrittenermassen könne der Bundesrat im Bereich des Netzzugangs keine selbständigen Verordnungen erlassen. Da Art. 11 Abs. 3 FMG dem Bundesrat jedoch die Kompetenz zuspreche, auch gesetzesvertretende Bestimmungen zu erlassen, könne offen bleiben, ob es sich bei Art. 63

Abs. 2 FDV um eine gesetzesvertretende oder lediglich gesetzesvollziehende Verordnungsbestimmung handle. Zentral sei aus Sicht der Vorinstanz, dass Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV eine konsequente Umsetzung der für einen funktionierenden Wettbewerb notwendigen, in Art. 11 FMG genannten Bedingungen darstelle und durch diese Bestimmung weder das Transparenzgebot überstrapaziert werde noch Pflichten geregelt würden, welche vom FMG nicht gedeckt seien.

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

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

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

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

Das Erfordernis der genügenden Normstufe erfüllt neben der rechtsstaatlichen regelmässig auch eine demokratische Funktion. Alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen sind in der Form eines Gesetzes und damit vom Parlament und – je nach Verfassung – unter Mitwirkung des Volkes zu erlassen (vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a. a. O., § 19 Rz. 4; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a. a. O., Rz. 394; für den Bund Art. 164 Abs. 1 und Art. 141 Abs. 1 Bst. a BV). Der Gesetzesvorbehalt wirkt – zusammen mit dem als verfassungsmässiges Recht anerkannten Prinzip der Gewaltentrennung (BGE 126 I 180 E. 2a/aa) – vorab als Delegationsschranke (vgl. PIERRE TSCHANNEN, in Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender [Hrsg.], Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2008, nachfolgend: Kommentar BV, N. 5 ad Art. 164). Diese Schranke findet ihren Ausdruck in den Delegationsgrundsätzen, wonach die Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen an die Exekutive nur zulässig ist, wenn sie von der Verfassung nicht ausgeschlossen wurde, sich auf eine bestimmte, genau umschriebene Materie beschränkt, in einem Gesetz im formellen Sinn enthalten ist und dieses die Grundzüge der delegierten Materie, das heisst die wichtigen Regelungen, selbst umschreibt (anstatt vieler BGE 128 I 113 E. 3c; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A–5550/2008 vom 21. Oktober 2009 E. 2.1; TSCHANNEN, Kommentar BV, N. 35 ad Art. 164; MICHAEL BEUSCH, Der Gesetzesbegriff der neuen Bundesverfassung [Art. 164 BV], in: Thomas Gächter/Martin Bertschi [Hrsg.], Neue Akzente in der nachgeführten Bundesverfassung, Zürich 2000, S. 241 ff.).

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

Nach dem Kriterium der Rechtsgrundlage kann unterschieden werden zwischen selbständigen und unselbständigen Verordnungen. Selbständige Verordnungen ergehen unmittelbar gestützt auf die Verfassung, das heisst, die sonst übliche Zwischenstufe des formellen Gesetzes entfällt. Unselbständige Verordnungen stützen sich auf das Gesetz, dem sie zugeordnet sind. Sie sind vom Bestand des jeweiligen Gesetzes abhängig und fallen dahin, wenn und soweit das Gesetz dahinfällt. Verordnungen sind in aller Regel unselbständiger Natur. Man unterscheidet dabei Vollziehungsverordnungen und gesetzesvertretende Verordnungen. Hier

kommt es auf das Verhältnis der Verordnung zum Gesetz an. Ist die Verordnungsregelung in der Sache durch das Gesetz vorausbestimmt, so spricht man von Vollziehungsverordnung. Enthält sie im Gegenteil Elemente, die im Gesetz nicht angelegt sind, so liegt eine gesetzesvertretende Verordnung vor. Gesetzesvertretende Verordnungen darf der Bundesrat nur gestützt auf eine besondere Ermächtigung des Gesetzgebers beschliessen. Über die Kompetenz zum Erlass von Vollziehungsverordnungen verfügt er dagegen schon kraft Art. 182 Abs. 2 BV (vgl. TSCHANNEN, a. a. O., § 46 Rz. 10 ff.).

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

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

Wie sich nachfolgend zeigen wird, ist Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit so auszulegen beziehungsweise anzuwenden, dass Swisscom weder in unrechtmässiger Weise Geschäftsgeheimnisse offenbaren noch nicht amortisier-

bare Investitionen tätigen muss (…). Damit relativiert sich die Kritik von Swisscom an der gesetzlichen Grundlage wesentlich. Zu prüfen ist alleine, ob eine genügende formell-gesetzliche Grundlage besteht, die marktbeherrschende Anbieterin dazu zu verpflichten, den alternativen FDA Informationen im Sinne von Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV zur Verfügung zu stellen, und ob sie zudem dazu verpflichtet werden kann, diese Informationen in einer bestimmten Form – nämlich online – zur Verfügung zu stellen.

15.7 Wie bereits festgestellt, wird Transparenz durch Informationsgewährung hergestellt. Folglich kann der Bundesrat gestützt auf den Grundsatz der Transparenz (Art. 11 Abs. 1 FMG) Informationspflichten erlassen (vgl. E. 13.3). Swisscom bestreitet denn im Grundsatz auch nicht, dass der Bundesrat befugt ist, die marktbeherrschende Anbieterin in Art. 52 Abs. 1 FDV dazu zu verpflichten, anderen Anbieterinnen nicht nur den Zugang zu ihren Einrichtungen und Diensten auf nichtdiskriminierende Weise zu gewähren, sondern auch den Zugang zu den dazugehörigen Informationen.

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

15.8 Swisscom ist der Auffassung, die Pflicht ein Online-System zu führen beziehungsweise ein Online-Tool mit den Informationen gemäss Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV zur Verfügung zu stellen, begründe neue, im Gesetz nicht vorgesehene Pflichten. Die Vorinstanz hält dem an sich zu Recht entgegen, dass der Grundsatz der Nichtdiskriminierung (Art. 11 Abs. 1 FMG) diese Grundlage biete, da dieser Swisscom dazu verpflichte, die notwendigen Informationen auf nichtdiskriminierende Weise – also gleich leicht, gleich schnell und gleich kostengünstig wie sie der marktbeherrschenden Anbieterin selber zu Verfügung stehen (vgl.

E. 13.4) – zur Verfügung zu stellen. Da Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV für gleiche Informationsmöglichkeiten auf beiden Seiten sorge, trage dieser der Rechtsgleichheit und damit direkt den in Art. 11 Abs. 1 FMG geregelten Grundsätzen der Transparenz und Nichtdiskriminierung Rechnung.

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

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

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

Da gestützt auf Art. 11 Abs. 1 Bst. f FMG der Zugang zu den Kabelkanalisationen zweifellos der Zugangspflicht untersteht, ist vorliegend im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und gestützt auf die ausdrückliche gesetzliche Delegationsnorm in Art. 11 Abs. 3 FMG davon auszugehen, dass der Verordnungsgeber nicht nur über Vollzugs-, sondern auch über Rechtsetzungsbefugnisse verfügt und damit auch gesetzesvertretende Verordnungsbestimmungen erlassen darf. Dabei sind die Ausführungsbestimmungen in der FDV aber nach wie vor unselbständige Verordnungsbestimmungen, das heisst vom Bestand des Gesetzes abhängig, und dürfen dieses nur vervollständigen und ergänzen, diesem aber nicht widersprechen.

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

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

16.

16.1 Swisscom bringt weiter vor, Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV könne nicht im öffentlichen Interesse liegen, da die darin festgeschriebene Verpflichtung nicht umsetzbar sei und den alternativen FDA nicht den erhofften Nutzen stifte. Es sei zudem nie in einem demokratisch abge-

stützten Willensbildungsprozess ein Entscheid zugunsten eines Online-Tools gefällt worden. Abgesehen von der vorgebrachten Kritik, stellt aber auch Swisscom nicht in Frage, dass ein Online-Tool im Sinne von Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV an sich geeignet ist, die Transparenz der Informationen zu verbessern und damit den Wettbewerb zu erhöhen.

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

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

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

Soweit Swisscom vorbringt, Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV könne nicht im öffentlichen Interesse liegen, da die darin festgeschriebene Verpflichtung nicht umsetzbar sei und den alternativen FDA nicht den erhofften Nutzen bringe, verwechselt sie die Frage des öffentlichen Interesses mit derjenigen der Verhältnismässigkeit. Die von Swisscom dargelegten praktischen Hindernisse erscheinen nämlich keineswegs derart unüberwindbar, dass

ein Online-Tool grundsätzlich sinn- und zwecklos erschiene. Das Online-Tool bleibt eine Massnahme, die grundsätzlich die im öffentlichen Interesse liegenden Ziele verfolgt. Den Einwänden von Swisscom ist daher ausschliesslich im Rahmen der Verhältnismässigkeit angemessen Rechnung zu tragen.

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

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

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

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

Die Vorinstanz habe unter anderem nicht abgeklärt, auf welche Daten die anderen FDA zugreifen könnten, wenn diese uneingeschränkten Zugang zu den gleichen Informationen (und denselben Systemen) bezüglich Belegung von Kabelkanalisationen erhalten würden wie Swisscom. Insbesondere sei die Feststellung der Vorinstanz, die Schemapläne (und

folglich auch die daraus in PTA übertragenen Informationen) enthielten keine Geschäftsgeheimnisse, aktenwidrig und falsch. Auf die Angaben von Swisscom anlässlich des Instruktionstreffens vom 8. Juli 2009 liesse sich diese Feststellung jedenfalls nicht abstützen, sei der Gehalt der Schemapläne bei dieser Gelegenheit doch ausdrücklich nur beispielhaft umschrieben worden. Vielmehr würde sich aus der Eingabe von Swisscom vom 10. Juli 2009 zum Fragebogen des BAKOM vom 10. Juni 2009 und den eingereichten Beilagen ergeben, dass die Schemapläne sehr wohl Angaben zu den Eigentumsverhältnissen und zur Art der Kabel und Leitungen umfassten.

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

Swisscom betont aber, dass die Angaben zur Raumausnutzung (benutzte Kapazität in Prozent), welche Sunrise über PTA an sich in geeigneter

Form zur Verfügung gestellt werden könnten, da diese kein Geschäftsgeheimnis darstellten, für Sunrise nicht verwendbar seien. Dies liege daran, dass die für weitere Kabelzüge nicht nutzbaren Leerräume zwischen den Kabeln in dieser Angabe nicht berücksichtigt seien. Sodann seien die Angaben in Mehrrohranlagen überwiegend falsch, weil die Kabel-Rohr-Zuweisung regelmässig nicht den tatsächlichen Verhältnissen entspreche. Weiter könne die Summe der projektierten Kabel in der Angabe zur Raumausnutzung nicht abgebildet werden. Schliesslich lasse sich aus einer Angabe « Raumnutzung = 60 % » nicht direkt ableiten, ob ein Kabel einer bestimmten Dimension im Kanal oder Rohr noch Platz habe (das Kabel könne mehr Raum beanspruchen als zwischen den bestehenden und geplanten Kabeln und der Rohrwand vorhanden sei). Die Angaben zur Raumnutzung hätten für Sunrise aus diesen Gründen keinen praktischen Nutzen. Sie seien ohne zusätzliche (Geschäftsgeheimnis darstellende) Angaben nicht interpretierbar.

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

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

17.3 In der Vernehmlassung entgegnet die Vorinstanz den Vorwürfen von Swisscom im Wesentlichen damit, die Verpflichtung, ein Online-Tool im Sinne von Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV zu führen, bestehe seit dem 1. April 2007 und damit seit über drei Jahren. Obwohl Swisscom bereits im Jahr 2004 das System PTA an die Hand genommen habe, habe sie diese Verpflichtung nicht beachtet respektive aufgrund einer fehlerhaften Auffassung über die Gesetzmässigkeit dieser Bestimmung ausgesetzt und im Verfahren vor der Vorinstanz die Existenz von PTA verschwiegen. Wenn Swisscom diese Verpflichtung bei der Entwicklung und Umset-

zung eines neuen geografischen Informationssystems (GIS) vollständig ausser Acht lasse, so könne dieses bewusste Versäumnis den alternativen FDA nicht zum Nachteil gereichen. Des Weiteren treffe es zu, dass die Vorinstanz erst anlässlich des Instruktionstreffens vom 8. Juli 2009 mehr oder weniger zufällig Informationen über das System PTA erhalten habe. Vor dem Hintergrund, dass Swisscom vorliegend eine verstärkte Mitwirkungspflicht habe, erscheine es unverständlich, dass sie der Vorinstanz den Vorwurf mache, ihr sei bezüglich einer Verpflichtung zur Zugangsgewährung zu PTA das rechtliche Gehör nicht gewährt worden.

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

freie Kapazitäten in den Kabelkanalisationen und es sei nicht ersichtlich, warum Swisscom dieses System im Rahmen eines gesetzlich statuierten, diskriminierungsfreien Netzzugangs den nachfragenden alternativen FDA nicht zur Verfügung stellen müsse. Dieses System könne den Konkurrentinnen von Swisscom zur Abfrage vorhandener Kapazitäten dienen respektive sie dazu befähigen, selbst Machbarkeitsabklärungen durchzuführen.

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

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

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

nicht argumentieren, die Informationen über Kapazitäten als solche seien geheim, da der Verordnungsgeber dies bereits zu Gunsten der nachsuchenden FDA verneint habe.

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

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

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

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

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

Swisscom argumentierte damals: Zahlreiche, für ein umfassendes Online-System erforderliche Informationen würden nicht in elektronischer Form erfasst, sondern müssten zuerst im Rahmen eines mehrjährigen Projektes mit grossem personellem und finanziellem Aufwand erhoben werden. Dies würde insbesondere für Angaben betreffend « genutzte und noch verfügbare Kapazitäten » zutreffen (Art. 60 Abs. 2 Bst. b des FDV-Entwurfes). Swisscom stelle zwar als landesweite Festnetzbetreiberin Personen, die ein Interesse nachweisen könnten (z. B. bauwillige Grundeigentümer, Architekten oder Tiefbauunternehmungen), über die Applikation « Maponline » ein Informations- und Abfragetool betreffend den Verlauf ihrer Leitungen (inkl. Einstiegsschächte) zur Verfügung. Hingegen seien die Informationen betreffend verfügbare beziehungsweise freie Kapazitäten in den Rohranlagen nicht systematisch und auch nicht in elektronischer Form erfasst. Die schweizweite elektronische Erfassung von sämtlichen Kabelkanälen und deren Kapazitäten würde mehrere Jahre in Anspruch nehmen, den Einsatz erheblicher personeller Ressourcen bedingen und Kosten von schätzungsweise rund CHF 600 Mio. verursachen. Aufgrund dieser Ausgangslage und weil davon ausgegangen werden müsse, dass Kabelkanalisationen nur an ausgewählten Orten und in beschränktem Umfang nachgefragt werden dürften, erachte Swisscom das in Art. 60 Abs. 2 des FDV-Entwurfes geforderte Online-System als völlig unverhältnismässig. Um eine beförderliche Umsetzung des Zugangsregimes « Zugang zu Kabelkanälen » sicherzustellen und den interessierten Fernmeldedienstanbieterinnen die notwendigen Auskünfte über verfügbare Kapazitäten zur Verfügung stellen zu können, genüge eine Machbarkeitsabklärung « on request ». Mit einer solchen könnten konkrete und einzelfallspezifische Auskünfte zur Belegung der Rohre abgegeben werden. Dadurch würde auch den speziellen Gegebenheiten dieser Zugangsform Rechnung getragen, die standardisierte Informationsabfragen wegen sehr unterschiedlicher Rohrtypen und Belegungsarten nur in sehr beschränktem Ausmass zulasse (vgl. Ziff. 10.13.2 der Stellungnahme von Swisscom vom 15. September 2006 zur Revision der Ausführungsverordnungen zum FMG online auf http://www.bakom.admin.ch > Dokumentation > Gesetzgebung > Vernehmlassungen > 2006

> Stellungnahmen der interessierten Kreise zu den FMG-Verordnungen > Stellungnahmen zu den Verordnungen des Bundesrates > Swisscom AG [PDF-Dokument], besucht am 4. Februar 2011).

Gemäss der unbestrittenen Angabe von Swisscom hat ihre Stellungnahme zur Anpassung des Entwurfes und zum heutigen Text von Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV geführt, welcher Informationen über die genutzten und noch verfügbaren Kapazitäten in einem Online-System nur « soweit bekannt » fordert. Dieser Hinweis ist insofern hilfreich, als gestützt darauf angenommen werden darf, dass der Verordnungsgeber den in der vorliegenden Stellungnahme zum Ausdruck gebrachten Anliegen von Swisscom bis zu einem gewissen Grad Rechnung tragen wollte. Swisscom soll nicht dazu verpflichtet werden, ein Angebot zur Verfügung zu stellen, das technisch nicht oder nur mit übermässigem Aufwand realisierbar wäre und unverhältnismässige Kosten verursachen würde. Swisscom soll nur diejenigen Informationen über die genutzten und die noch verfügbaren Kapazitäten den alternativen FDA anbieten müssen, die bekannt sind. Die Beschränkung, dass die marktbeherrschende Anbieterin Belegungsinformationen nur online zur Verfügung stellen muss, soweit diese bekannt sind, ist Ausdruck der Verhältnismässigkeit. Das öffentliche Interesse an Onlineinformationen, mithin an einem transparenten, nichtdiskriminierenden Zugang, ist abzuwägen gegen die Belastungen, welche eine solche Verpflichtung für die marktbeherrschende Anbieterin mit sich bringt.

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

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

des Einwandes die « Online-Form » als einzig mögliche Form beibehalten hat.

Wenn einmal belegungsrelevante Daten vorliegen, spricht an sich kaum etwas dagegen, Swisscom dazu zu verpflichten, diese in elektronischer Form zur Verfügung zu stellen. Das öffentliche Interesse (vgl. E. 16) an einem transparenten, diskriminierungsfreien Zugang und damit am Zur-Verfügung-Stellen von gleichwertigen Informationen im Sinn von Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV wiegt schwer. Dem verpflichteten Rechtssubjekt dürfen aber auch keine übermässigen, unzumutbaren Verpflichtungen auferlegt werden (vgl. E. 17.5). Swisscom hat denn auch glaubhaft eingewendet, dass die Umwandlung von in Papierform vorhandener Daten in elektronische Form einen erheblichen, unter Umständen sogar unverhältnismässigen Aufwand verursachen könnte. Ob die marktbeherrschende Anbieterin dazu verpflichtet werden kann, in Papierform vorhandene belegungsrelevante Daten in elektronische Form umzuwandeln, um diese danach online zur Verfügung zu stellen, erscheint angesichts dessen nicht allgemein beantwortbar. Es hat vielmehr eine einzelfallweise Abwägung zu erfolgen. Konkret wird jeweils das schwerwiegende öffentliche Interesse am Zur-Verfügung-Stellen gegen die Kostenlast abzuwägen sein, die Swisscom mit der Verpflichtung auferlegt wird. Dabei wird, wie im vorliegenden Verfahren zu Recht verschiedentlich vorgebracht worden ist, insbesondere von Belang sein, ob Swisscom ihre Kosten über die kostenorientierten Zugangspreise abwälzen kann oder nicht. Die Vorinstanz hat diesbezüglich allenfalls eine Schätzung vorzunehmen.

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

Es leuchtet zwar an sich ein, dass das zur Verfügung-Stellen von nicht mit der Realität übereinstimmenden Angaben oder von Angaben, die von den alternativen FDA nicht treffend interpretiert werden könnten, Sinn

und Zweck von Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV (vgl. E. 13.4) nicht zu erfüllen vermöchte und diesfalls weder geeignet noch erforderlich erscheint, das im öffentlichen Interesse verfolgte Ziel (vgl. E. 16) zu erreichen. « Soweit bekannt » impliziert, dass die « bekannten » Informationen an sich korrekt sein müssen, ansonsten der Normzweck nicht erfüllt wird. Indessen haben gerade die Ausführungen von Swisscom gezeigt, dass auch mit einer lückenhaften Datenlage und idealtypischen Herleitungen verwertbare Informationen gewonnen werden können. Dass die belegungsrelevanten Informationen und insbesondere auch die Angaben zur Raumnutzung einen gewissen Nutzen stiften, ist nur schon deshalb zu vermuten, weil Swisscom ansonsten wohl kaum in ein teures IT-System wie PTA investieren würde. Im Hinblick auf einen möglichst diskriminierungsfreien Zugang ist folglich davon auszugehen, dass grundsätzlich jede Information über die Belegungskapazität von Kabelkanalisationen – selbst wenn es sich bloss um eine idealtypisch hergeleitete Schätzung handelt – den alternativen FDA einen Mehrwert stiftet, soweit die marktbeherrschende Anbieterin diese Informationen auch für sich selber verwendet.

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

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

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

Die marktbeherrschende Anbieterin wird aber konkret darzulegen haben, welche belegungsrelevanten Informationen sie als Geschäftsgeheimnisse erachtet und welche schützenswerten Interessen sie oder Dritte daran haben. Dabei kann die von Swisscom beigezogene, strafrechtliche Definition, wonach schützenswerte Geheimnisse Fabrikationsvorgänge (z. B. Herstellungs- und Konstruktionsverfahren, Produktionsmittel) oder Geschäftsvorgänge (z. B. Betriebsorganisation, Einkaufs- und Bezugsquellen, Absatzmöglichkeiten, Preiskalkulationen, Kundenkreis, allgemeine Geschäftslage) sind, die das Ergebnis der wirtschaftlichen Vorgänge beeinflussen und Auswirkungen auf das Geschäftsergebnis haben können, nur eine Leitlinie sein (vgl. MARC AMSTUTZ/MANI REINERT, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111–392 StGB, 2. Aufl., Freiburg/Lausanne 2007, Art. 162 N 15). Die strafrechtliche Definition berücksichtigt nämlich die Besonderheiten der fernmelderechtlichen Transparenz- und Gleichbehandlungspflicht im regulierten Bereich nicht. So können beispielsweise Informationen über die Beschaffenheit der Netzinfrastruktur nicht von vornherein mit dem Argument, es handle sich um Produktionsmittel, von der Offenlegung ausgeschlossen werden. Vielmehr ist im Einzelfall abzuwägen, welches Gewicht die Angabe bei der Beurteilung der Belegungssituation hat und ob daraus tatsächlich massgebliche Rückschlüsse auf die Strategien der marktbeherrschenden Anbieterin gezogen werden können.

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

Es mag zutreffen, dass im heutigen Zeitpunkt aus Gründen der Verhältnismässigkeit den alternativen FDA nicht über sämtliche Kabelkanalisationen der marktbeherrschenden Anbieterin Informationen im Sinn von Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV online zur Verfügung gestellt werden können. Die marktbeherrschende Anbieterin ist jedoch gehalten, das technisch Machbare und wirtschaftlich Zumutbare zu veranlassen, damit sich das gesetzgeberische Ziel verwirklichen lässt. Swisscom stellt selber fest, dass mit PTA nun ein System bestehe, welches die Kabel-Rohr-Zuweisungen korrekt verwalten könne, und dass die darin enthaltenen Daten anlässlich konkreter Arbeiten im Netz sukzessive ergänzt würden. In diesem Sinn sind in Zukunft sämtliche belegungsrelevanten Daten in elektronischer Form zu dokumentieren, sodass sie als Grundlage für ein Online-System im Sinn von Art. 63 Abs. 2 Bst. b FDV dienen können, soweit dies technisch machbar und praktisch sinnvoll ist.

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