7 Öffentliche Werke – Energie – Verkehr
Travaux publics – Energie – Transports et communications
Lavori pubblici – Energia – Trasporti e comunicazioni

8

Auszug aus dem Urteil der Abteilung I
i.S. Swisscom (Schweiz) AG gegen
COLT Telecom Services AG und Eidgenössische Kommunikationskommission
A–2969/2010 vom 28. Februar 2012

Telekommunikation. Bedingungen des Zugangs zu den Mietleitungen. Ursprünglicher Dissens. Anwendungsbereich Zugangsregulierung. Mietleitungsbegriff. Marktdefinition. Marktstellung. Angebotspflicht. Kostenorientierte Preise. Grundsatzurteil.

Art. 3, Art. 3 Bst. e^{bis}, Art. 11 Abs. 1, Art. 11 Abs. 1 Bst. e, Art. 11*a* Abs. 1 FMG. Art. 54 FDV.

1. **Ausdrücklicher schriftlicher Dissensvorbehalt nicht zwingend (E. 4.4.1).**
2. **Keine Beschränkung des Mietleitungszugangs beziehungsweise des Zugangsregimes generell auf im Erlasszeitpunkt bestehende Infrastrukturen, Technologien und Dienste (E. 11.4).**
3. **IP-basierte beziehungsweise Ethernet-Dienste fallen unter den Mietleitungsbegriff (E. 12.4).**
4. **Marktabgrenzung (E. 15.5, 16.4, 17.4, 18.5, 19.5 und 20.5).**
5. **Marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführerin (E. 24).**
6. **Verpflichtung zur Zugangsgewährung setzt einzig Marktbeherrschung bei den Mietleitungen an sich voraus (E. 25.4.1).**
7. **Verpflichtung zur Zugangsgewährung grundsätzlich auf die jeweils bestehenden Einrichtungen und Dienste beschränkt (E. 25.4.2).**

8. Berechtigung und Pflicht der Vorinstanz zur Korrektur der Preisberechnung, wenn diese gegen oben von Art. 54 FDV abweicht (E. 27.5).

9. Entscheid über den Kostennachweis begründet nicht automatisch eine feststehende Praxis (E. 28.4.1).

10. Voraussetzungen für eine Korrektur des Kostennachweises (E. 29.1.4).

Télécommunication. Conditions d'accès aux lignes louées. Désaccord initial. Champ d'application de la réglementation de l'accès. Notion de ligne louée. Définition du marché. Position sur le marché. Obligation d'offrir. Prix orientés en fonction des coûts. Arrêt de principe.

Art. 3, art. 3 let. e^{bis}, art. 11 al. 1, art. 11 al. 1 let. e, art. 11*a* al. 1 LTC. Art. 54 OST.

1. Il n'est pas impératif que la réserve concernant le désaccord soit constatée expressément par écrit (consid. 4.4.1).

2. L'accès aux lignes louées et le régime de l'accès en général ne sont pas limités aux infrastructures, technologies et services existants au moment où la loi à été édictée (consid. 11.4).

3. Les services basés sur IP, respectivement les services Ethernet sont inclus dans la notion de ligne louée (consid. 12.4).

4. Délimitation du marché (consid. 15.5, 16.4, 17.4, 18.5, 19.5 et 20.5).

5. Position dominante de la recourante sur le marché (consid. 24).

6. Il suffit d'une position dominante sur le marché des lignes louées pour fonder une obligation de garantir leur accès (consid. 25.4.1).

7. L'obligation de garantir l'accès est limitée aux installations et services existants (consid. 25.4.2).

8. Droit et devoir de l'instance inférieure de corriger le calcul du prix, lorsque celui-ci est plus élevé qu'un prix conforme aux règles de l'art. 54 OST (consid. 27.5).

9. Une décision prononcée sur la preuve des coûts ne fonde pas automatiquement une pratique constante (consid. 28.4.1).

10. Conditions pour corriger la preuve des coûts (consid. 29.1.4).

Telecomunicazione. Condizioni di accesso alle linee affittate. Mancata intesa iniziale. Campo d'applicazione della regolamentazione sull'accesso. Definizione di linea affittata. Definizione del mercato. Posizione sul mercato. Obbligo di offerta. Prezzi stabiliti in funzione dei costi. Sentenza di principio.

Art. 3, art. 3 lett. e^{bis}, art. 11 cpv. 1, art. 11 cpv. 1 lett. e, art. 11*a* cpv. 1 LTC. Art. 54 OST.

1. **Carattere non vincolante della riserva scritta concernente la mancata intesa (consid. 4.4.1).**
2. **Nessuna limitazione dell'accesso alle linee affittate rispettivamente del regime generale d'accesso alle infrastrutture, alle tecnologie e ai servizi disponibili al momento in cui la legge è stata emanata (consid. 11.4).**
3. **I servizi basati sull' IP o su una rete Ethernet rientrano nella definizione di linee affittate (consid. 12.4).**
4. **Delimitazione del mercato (consid. 15.5, 16.4, 17.4, 18.5, 19.5 e 20.5).**
5. **Posizione dominante della ricorrente sul mercato (consid. 24).**
6. **L'obbligo di concedere l'accesso presuppone unicamente una posizione dominante sul mercato delle linee affittate in quanto tali (consid. 25.4.1).**
7. **L'obbligo di concedere l'accesso è circoscritto di principio alle risorse e ai servizi esistenti (consid. 25.4.2).**
8. **Diritto e obbligo della giurisdizione inferiore di correggere il computo dei prezzi se questi si scostano verso l'alto dai dettami dell'art. 54 OST (consid. 27.5).**
9. **La decisione concernente il rendiconto dei costi non comprova automaticamente l'esistenza di una prassi costante (consid. 28.4.1).**
10. **Presupposti per la correzione del rendiconto dei costi (consid. 29.1.4).**

Die COLT Telecom Services AG (vormals COLT Telecom AG, nachfolgend: COLT) beantragte bei der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom) am 28. September 2007 für verschiedene Zugangsformen den Erlass einer Zugangsverfügung gegen die Swisscom

(Schweiz) AG (nachfolgend: Swisscom). Hinsichtlich des Zugangs zu den Mietleitungen verlangte sie, es seien nichtdiskriminierende und kostenorientierte Preise festzusetzen. Weiter sei die Beschränkung des Mietleitungsangebots von Swisscom auf Mietleitungen mit einer Bandbreite von 2 Mbit/s und Mietleitungen innerhalb bestimmter Gebiete (MLF-Gebiete) aufzuheben und die Reziprozitätsklausel in der Vertragsurkunde Mietleitungen FMG (nachfolgend: MLF-Vertrag) zu streichen.

Mit Teilverfügung vom 10. März 2010 setzte die ComCom mit Wirkung ab 1. April 2007 die monatlichen Preise für diejenigen Mietleitungen fest, die COLT in den Jahren 2007 bis 2009 schweizweit jeweils im gleichen Anschlussnetz beziehungsweise in der gleichen Trunkregion bezogen hatte; eine Beschränkung auf Mietleitungen mit einer Bandbreite von 2 Mbit/s nahm sie nicht vor (Dispositivziffer 1). Ausserdem verpflichtete sie Swisscom, bis spätestens 31. Mai 2010 ein gesetzeskonformes Mietleitungsangebot zu veröffentlichen (Dispositivziffer 2). Sie strich weiter die Reziprozitätsklausel (Dispositivziffer 3) und auferlegte Swisscom vollumfänglich die Verfahrenskosten (Dispositivziffer 4).

Gegen diesen Entscheid der ComCom (nachfolgend: Vorinstanz) erhebt Swisscom (nachfolgend: Beschwerdeführerin) am 26. April 2010 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt, Dispositivziffer 1 sei aufzuheben und die Preise für die Mietleitungen mit einer Bandbreite von 2 Mbit/s, die COLT (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) in den Jahren 2007 bis 2009 ausserhalb der Agglomerationen Basel, Bern, Genf, Lausanne, Lugano und Zürich jeweils im gleichen Anschlussnetz beziehungsweise in der gleichen Trunkregion bezogen habe, seien wie von ihr gewünscht festzusetzen. Zu verfügen seien ausserdem die weiteren strittigen Bedingungen des MLF-Vertrags, namentlich die Beschränkung des Mietleitungsangebots auf Mietleitungen mit einer Bandbreite von 2 Mbit/s und Mietleitungen ausserhalb der erwähnten Agglomerationen. Ebenfalls aufzuheben seien die Dispositivziffern 2 und 4. Zumindest sei ihr eine angemessene Frist von fünf Monaten einzuräumen, um ein gesetzeskonformes Mietleitungsangebot zu veröffentlichen.

Das Bundesverwaltungsgericht heisst die Beschwerde teilweise gut.

Aus den Erwägungen:

Zuständigkeit der Vorinstanz

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

4.

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

Zwar stelle sie nicht in Abrede, dass sich der Gegenstand von Zugangsverfahren in erster Linie aus den Rechtsbegehren der gesuchstellenden Partei ergebe. Aufgrund des Verhandlungsprimats von Art. 11*a* des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG, SR 784.10) und des allgemeinen Rechtsgrundsatzes « pacta sunt servanda » hätten die zwischen den Parteien bestehenden, rechtsgültigen Verträge indes Vorrang. Die Vorinstanz sei nicht zuständig, in solche Verträge einzugreifen und diese rückwirkend abzuändern. Sie habe weder die Aufgabe, Verträge durchzusetzen, noch eine Aufsichtsfunktion bezüglich deren Rechtmässigkeit.

Dies gelte erst recht, wenn es sich nicht um regulierte MLF-Verträge, sondern wie hier um rein kommerzielle Mietleitungsverträge handle, die einzig zivilrechtlich zu beurteilen seien (Art. 11*b* FMG). Art. 11*a* Abs. 1 FMG sehe im Übrigen ausdrücklich die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes vor, weshalb die Beschwerdegegnerin die Vorinstanz anrufen und vorsorgliche Massnahmen hätte beantragen können, wenn sie sich geweigert hätte, die Migration vorzunehmen.

4.2 Die Beschwerdegegnerin macht geltend, die Beschwerdeführerin lege Ziff. 4.10 des MLF-Vertrags in einer Weise aus, die weder vom Wortlaut noch von Sinn und Zweck der Vereinbarung gedeckt und krass treuwidrig sei. « Migration » sei lediglich in technischer und administrativer Hinsicht zu verstehen. Bestehe eine Angebotspflicht der Beschwerdeführerin, so gelte diese für die entsprechende Leistung mit Inkrafttreten der Revision des FMG am 1. April 2007. Die Preise für die regulierten Dienstleistungen seien deshalb rückwirkend auf diesen Zeitpunkt anzuwenden, unabhängig von einer allfälligen Migration; sie gälten folglich auch für die (noch) nicht migrierten Produkte. Sie habe entsprechend nicht auf eine rückwirkende Anwendung der regulierten Preise verzichtet. Dies ergebe sich eindeutig auch aus Ziff. 8.2.3 und Ziff. 8.3.1 des MLF-Vertrags. Im Übrigen sei es ihr ein Rätsel, wie sie eine Migration auf Produkte verlangen könnte, die von der Beschwerdeführerin nicht als regulierte Produkte angeboten würden.

4.3 Die Vorinstanz führt aus, das bisherige regulierte Angebot der Beschwerdeführerin sei auf Mietleitungen mit einer Bandbreite von 2 Mbit/s beschränkt gewesen. Die Beschwerdegegnerin habe Mietleitungen mit einer grösseren Bandbreite daher gar nicht auf Mietleitungen migrieren können, die den gesetzlichen Anforderungen entsprochen hätten. Sie habe jedoch bereits bei Vertragsschluss beziehungsweise seit Aufnahme der Vertragsverhandlungen im April 2007 ein umfassenderes, den gesetzlichen Anforderungen entsprechendes Angebot verlangt und an dieser Forderung stets festgehalten. Diese Forderung habe Gegenstand des Zugangsverfahrens gebildet, weshalb sie darüber habe entscheiden müssen. Unter diesen Umständen könne es nicht darauf ankommen, was im MLF-Vertrag, der insgesamt den gesetzlichen Anforderungen nicht entspreche, betreffend Migration geregelt sei. Ebenso wenig sei zu beanstanden, dass die Beschwerdegegnerin mit dem Bezug von Mietleitungen nicht zugewartet habe, bis über ihr Gesuch rechtskräftig entschieden gewesen sei, sondern Mietleitungen zu kommerziellen Bedingungen

bezogen habe, in der Hoffnung, die Bedingungen würden – wie in den bisherigen Zugangsverfügungen – nachträglich angepasst.

4.4

4.4.1 Marktbeherrschende Fernmeldedienstanbieterinnen (FDA) müssen anderen Anbieterinnen auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen unter anderem Zugang zu ihren Mietleitungen gewähren (Art. 11 Abs. 1 Bst. e FMG). Einigen sich die FDA nicht innerhalb dreier Monate über die Bedingungen des Zugangs, verfügt die Vorinstanz diese auf Gesuch einer Partei und auf Antrag des Bundesamts. Dabei berücksichtigt sie insbesondere die Bedingungen, die einen wirksamen Wettbewerb fördern, und die Auswirkungen ihres Entscheids auf konkurrierende Einrichtungen. Sie kann einstweiligen Rechtsschutz gewähren (Art. 11*a* Abs. 1 FMG). Ihre Verfügung hat privatrechtsgestaltende Wirkung.

Wo sich die Parteien geeinigt haben, besteht keine Zuständigkeit der Vorinstanz (sog. Verhandlungsprimat). Dieser kommt zudem keine über die Regelung strittiger Zugangsbedingungen hinausreichende Aufsichtsfunktion zu. Ebenso wenig hat sie für die Durchsetzung der vereinbarten oder verfügten Zugangsbedingungen besorgt zu sein. Streitigkeiten aus Vereinbarungen oder Verfügungen über den Zugang sind vielmehr durch die Zivilgerichte zu beurteilen (Art. 11*b* FMG; vgl. zum Ganzen BVGE 2010/19 E. 9.3.5 und 10.2.2). Diese sind deshalb namentlich zuständig, wenn über eine Zugangsbedingung im Rahmen der Vertragsverhandlungen ein Konsens erzielt werden konnte, sich aber zu einem späteren Zeitpunkt herausstellt, dass über die Auslegung oder die Durchsetzung dieser Bestimmung zwischen den Vertragsparteien Uneinigkeit herrscht (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A–6019/2010 vom 19. August 2011 E. 7). Die Zuständigkeit der Vorinstanz besteht somit nur dort, wo die Verhandlungsparteien im Rahmen der Vertragsverhandlungen zu keinem Konsens gelangen konnten und ein ursprünglicher – offener oder versteckter – Dissens über einen – Haupt- oder Neben- – Punkt vorliegt; nur diesfalls besteht eine Streitigkeit über den Zugang (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A–6019/2010 vom 19. August 2011 E. 7; BGE 132 II 284 E. 6.2).

Wann auf einen ursprünglichen Dissens zu schliessen ist, wird weder in Art. 11*a* Abs. 1 FMG noch in der Verordnung vom 9. März 2007 über Fernmeldedienste (FDV, SR 784.101.1) umschrieben. Bei der Beantwortung der Frage ist namentlich zu berücksichtigen, dass der Vorinstanz in Zugangsstreitigkeiten, nicht zuletzt wegen ihrer Funktion als Fachbehör-

de, gegenüber Zivilgerichten generell ein weiter Zuständigkeitsbereich zuzugestehen ist (vgl. BGE 132 II 284 E. 6.2 mit Hinweisen; MATTHIAS AMGWERD, Netzzugang in der Telekommunikation, Zürich 2008, Rz. 459 ff.). Da mit dem Entscheid, ob ein ursprünglicher Dissens vorliegt, auch darüber befunden wird, ob die Vorinstanz zur Regelung der strittigen Zugangsbedingungen befugt ist, liegt es entsprechend nahe, an das Vorliegen eines solchen Dissenses nicht allzu hohe Anforderungen zu stellen (vgl. in diesem Sinn auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A–5982/2010 vom 16. Februar 2011 E. 3.4.2 und 3.4.4). Ein ursprünglicher – offener oder versteckter – Dissens ist deshalb immer dann zu bejahen, wenn aufgrund sämtlicher Umstände des Einzelfalls davon auszugehen ist, die Verhandlungsparteien hätten sich über einen – Haupt- oder Neben- – Punkt nicht geeinigt. Es ist somit nicht zwingend erforderlich, dass im Rahmen der Vertragsverhandlungen explizit ein schriftlicher Dissensvorbehalt vereinbart wurde (anders Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A–6019/2010 vom 19. August 2011 E. 7 und 11.8). Dies namentlich deshalb, weil die verhandlungsmächtigere Partei – bei gegebener Marktbeherrschung also in der Regel das marktbeherrschende Unternehmen – ansonsten versucht wäre, die Aufnahme eines derartigen Vorbehalts zu verhindern. Bei einem versteckten Dissens wäre zudem ein solcher Vorbehalt von vornherein ausgeschlossen.

4.4.2 Vorliegend ist unstreitig, dass sich die Beschwerdeführerin und die Beschwerdegegnerin bei ihren Verhandlungen über die Bedingungen des Zugangs zu den Mietleitungen nur teilweise einigen konnten. Sie schlossen daher einen Vertrag, der auf die Mietleitungen beschränkt ist, die nach Auffassung der Beschwerdeführerin dem Zugangsregime unterstehen (Basisangebot), und hielten in einer ergänzenden Vereinbarung (mit dem Titel « Ergänzung zum Vertrag Mietleitungen FMG », nachfolgend: ergänzende Vereinbarung) unter anderem ausdrücklich die Dissenspunkte fest (vgl. Ziff. 2 der ergänzenden Vereinbarung, nachfolgend: Dissensklausel). Diese betreffen neben der Beschränkung des Basisangebots auf Mietleitungen mit einer Bandbreite von 2 Mbit/s auch die MLF-Gebiete, die Reziprozitätsklausel in Ziff. 6.3 des MLF-Vertrags und die Preise. Die Dissensklausel hält fest, die Parteien seien sich einig, dass diese Punkte offen blieben. Der Vertrag werde trotz dieser offenen Punkte auf der Grundlage des Basisangebots der Beschwerdeführerin – vorbehältlich allfälliger anderslautender Behördenentscheide – gegenseitig erfüllt. Es obliege der FDA, zum jeweiligen Punkt bei der zuständigen Behörde ein Gesuch um Verfügung der Bedingungen einzureichen. Tue sie dies nicht innert dreier Monate ab Scheitern der Einigung (Vertrags-

unterzeichnung), falle die Ergänzung zum Vertrag im jeweiligen Punkt ersatzlos dahin und gälten zwischen den Parteien die Bedingungen gemäss dem Basisangebot rückwirkend per Datum der Vertragsunterzeichnung.

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

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

Ziff. 4.10 des MLF-Vertrags hält zwar fest, die bei Inkrafttreten der revidierten Fernmeldegesetzgebung bestehenden, auf kommerzieller Basis abgeschlossenen Vereinbarungen über Mietleitungen, die die Voraussetzungen für MLF erfüllen, würden nicht automatisch migriert; vielmehr müssten sie nach den jeweiligen Kündigungsmodalitäten beendet werden. Daraus kann jedoch nicht ohne Weiteres geschlossen werden, eine Regelung der strittigen Frage durch die Vorinstanz sei nur möglich, wenn die Beschwerdegegnerin alle kommerziellen Verträge über Mietleitungen, die ihrer Ansicht nach die Voraussetzungen für MLF erfüllen, beende und migriere beziehungsweise alle nach der Unterzeichnung des MLF-Vertrags neu bezogenen derartigen Mietleitungen zu regulierten Bedingungen einfordere. Die Tragweite von Ziff. 4.10 muss vielmehr unter Berücksichtigung des gesamten restlichen Vertragswerks, namentlich der Dissensklausel, ermittelt werden. Damit wird nicht etwa zu Un-

recht in den Zuständigkeitsbereich des Zivilrichters eingegriffen, stellt sich die Auslegungsfrage doch bei der Prüfung, ob die Vorinstanz trotz Ziff. 4.10 des MLF-Vertrags auch zur Verfügung der Zugangsbedingungen für Mietleitungen mit einer Bandbreite von mehr als 2 Mbit/s kompetent war.

Bei der Auslegung wird deutlich, dass Ziff. 4.10 des MLF-Vertrags – ungeachtet der Frage, wie sie im Übrigen zu verstehen ist – nach Treu und Glauben nur für diejenigen kommerziellen Vereinbarungen über Mietleitungen gelten kann, die gemäss dem Vertragswerk MLF darstellen, das heisst für diejenigen Mietleitungen, über die sich die Vertragsparteien geeinigt haben. Andernfalls wäre die Beschwerdegegnerin zur Kündigung von kommerziellen Verträgen gezwungen, deren Migration wegen der Weigerung der Beschwerdeführerin, die betroffenen Mietleitungen in ihr Basisangebot aufzunehmen, gar nicht möglich wäre. Ebenso wäre sie gehalten, entsprechende Mietleitungen von der Beschwerdeführerin ohne Aussicht auf Erfolg zu regulierten Bedingungen einzufordern. Sie müsste sich mithin auf eine Weise verhalten, die im Widerspruch dazu steht, dass die Dissensklausel die strittige Frage der Bandbreite explizit offenlässt und einem allfälligen Zugangsverfahren vorbehält, die Vertragsparteien sich über die fraglichen Mietleitungen einschliesslich deren Migration also gerade nicht geeinigt haben. Die Möglichkeit, im Rahmen des vorbehaltenen Zugangsverfahrens einstweiligen Rechtsschutz zu verlangen, ändert an diesem Auslegungsergebnis nichts. Nach Treu und Glauben kann nicht davon ausgegangen werden, die Beschwerdegegnerin habe in eine Regelung eingewilligt, die sie dazu zwänge, im vorbehaltenen Zugangsverfahren zur Abwendung allfälliger Rechtsnachteile vorsorgliche Massnahmen zu beantragen.

Entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin stellt Ziff. 4.10 des MLF-Vertrags somit keine Einigung über die Migration der Mietleitungen mit einer Bandbreite von mehr als 2 Mbit/s dar. Der Beschwerdegegnerin ist somit nicht vorzuwerfen, dass sie die kommerziellen Verträge über diese Mietleitungen nach Abschluss des MLF-Vertrags beziehungsweise während des Zugangsverfahrens einstweilen weiterführte beziehungsweise diese erneuerte. Es ist entsprechend auch nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz trotz dieser Verträge über die Frage der Bandbreite entschieden und die Preise für Mietleitungen mit einer Bandbreite von mehr als 2 Mbit/s für die Jahre 2007 bis 2009 festgelegt hat. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin ist eine Kompetenzüberschreitung der Vorinstanz somit zu verneinen.

5.

5.1 Die Beschwerdeführerin beanstandet weiter, die Vorinstanz habe zu Unrecht über die Servicequalitäten verfügt. Sie (die Beschwerdeführerin) habe sich mit der Beschwerdegegnerin im MLF-Vertrag über die Servicequalitäten geeinigt. In der ergänzenden Vereinbarung sei keine abweichende Regelung enthalten, ebenso wenig sei die Thematik als Dissenspunkt aufgeführt. Ein Hinweis darauf, dass die Beschwerdegegnerin mit der Vereinbarung über die Servicequalitäten nicht einverstanden sei, finde sich auch nicht an anderer Stelle. Die Vorinstanz sei somit nach Art. 11*a* Abs. 1 FMG nicht zur Regelung der Frage kompetent gewesen. Ihr Vorgehen stelle im Weiteren auch insofern einer Regelung nicht strittiger Zugangsbedingungen dar, als die Beschwerdegegnerin gar nicht verlangt habe, das Basisangebot müsse die Servicequalitäten umfassen, die sie im kommerziellen Bereich offeriere.

5.2 Die Beschwerdegegnerin weist die Rüge der Beschwerdeführerin zurück. Sie verweist auf Art. 11 Abs. 1 FMG und ihren Antrag im Zugangsverfahren, woraus sich ergebe, dass die Beschwerdeführerin verpflichtet sei, den Zugang diskriminierungsfrei zu gewähren.

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

5.4

5.4.1 Die Vorinstanz darf – wie dargelegt (vgl. E. 4.4.1) – die Bedingungen des Zugangs auf Gesuch einer Partei nur verfügen, wenn sich die FDA nicht innert dreier Monate über diese einigen (Art. 11*a* Abs. 1 FMG). Dabei ist sie an die auch im Zugangsverfahren geltende Dispositionsmaxime gebunden, wonach der Verfahrensgegenstand durch die Begehren der Parteien bestimmt wird. Sie darf daher weder Fragen entscheiden, die gar nicht aufgeworfen sind, noch einer Partei mehr oder anderes zusprechen, als diese beantragt hat. Sie darf aber auch nicht weniger zusprechen, als die Gegenpartei anerkannt hat (vgl. zum Ganzen BVGE 2010/19 E. 13.5; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A–5982/2010 vom 16. Februar 2011 E. 3.4.1; AMGWERD, a.a.O., Rz. 380; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, S. 36; RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS/DANIELA TURNHERR/DENISE BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht, 2. Aufl., Basel 2010, Rz. 980). Da die Beschwerdeführerin das Fehlen einer Einigung und – implizit – wohl auch die Einhaltung der Dispositionsmaxime bestreitet, ist nachfolgend beides zu prüfen.

5.4.2 Der MLF-Vertrag nennt zwar die Servicequalitäten nicht, verweist jedoch auf die Leistungsbeschreibung Mietleitungen FMG, die die beiden Dienstqualitäten « Basic » und « Premium » vorsieht (vgl. Ziff. 4 und 7.2 der Leistungsbeschreibung). Die Beschwerdegegnerin unterzeichnete den MLF-Vertrag, ohne diese Regelung in der ergänzenden Vereinbarung abzuändern oder einen expliziten Dissens bezüglich der Servicequalitäten festzuhalten. Daraus darf allerdings nicht geschlossen werden, die Verhandlungsparteien hätten sich über die Servicequalitäten geeinigt. Die Vertragsverhandlungen betrafen das Mietleitungsangebot, das nach Ansicht der Beschwerdeführerin der Regulierung untersteht. Die Beschwerdegegnerin hat in ausdrücklichen Dissensvorbehalten klar gemacht, dass sie mit der Beschränkung dieses Angebots auf bestimmte Gebiete (MLF-Gebiete) sowie auf Mietleitungen mit einer Bandbreite von 2 Mbit/s nicht einverstanden ist. Mit welchen Servicequalitäten die von ihr zu regulierten Bedingungen geforderten Mietleitungen mit einer Bandbreite von mehr als 2 Mbit/s zu erbringen sind, wird im MLF-Vertrag nicht geregelt. Damit liegt hinsichtlich dieser Mietleitungen offensichtlich keine Einigung über die Servicequalitäten vor. Die für diese Mietleitungen kommerziell angebotenen Servicequalitäten stimmen weiter nicht mit den in der Leistungsbeschreibung enthaltenen überein. Hätte

die Beschwerdegegnerin tatsächlich in die Servicequalitäten gemäss der Leistungsbeschreibung eingewilligt, wäre sie deshalb bereit gewesen, Mietleitungen mit einer Bandbreite von 2 Mbit/s zu anderen Qualitäten zu beziehen, als sie für Mietleitungen mit höherer Bandbreite kommerziell angeboten werden. Dies ist indes nicht anzunehmen: Der Dissensvorbehalt betreffend die Beschränkung auf Mietleitungen mit einer Bandbreite von 2 Mbit/s impliziert, dass die Beschwerdegegnerin – trotz des Fehlens eines expliziten diesbezüglichen Vorbehalts – auch mit der Beschränkung des Mietleitungsangebots auf Kupfer (vgl. Ziff. 4.4 MLF-Vertrag) nicht einverstanden war, ist doch ab einer gewissen Bandbreite ein Angebot auf Kupfer gar nicht mehr möglich. Er lässt entsprechend – zusammen mit dem Dissensvorbehalt betreffend die Beschränkung auf bestimmte Gebiete (MLF-Gebiete) – zwangslos den Schluss zu, die Beschwerdegegnerin sei mit dem MLF-Vertrag insbesondere insoweit nicht einverstanden gewesen, als er ihre Forderung nach einem technologieneutralen Mietleitungsangebot, das nicht auf Mietleitungen mit einer Bandbreite von 2 Mbit/s und bestimmte Gebiete beschränkt ist sowie hinsichtlich der Servicequalitäten und der technischen Schnittstellen beziehungsweise Spezifikationen eine umfassende, mit den gesetzlichen Anforderungen übereinstimmende Reglung enthält, nicht erfüllt. Es ist deshalb von einem entsprechenden ursprünglichen Dissens auszugehen. Da dieser auch die Servicequalitäten umfasst, erweist sich der Vorwurf der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe kompetenzwidrig über einen unstrittigen Punkt entschieden, als unzutreffend.

5.4.3 Die Beschwerdegegnerin erwähnt in ihrem Zugangsgesuch die Servicequalitäten zwar nicht explizit. Die Vorinstanz legt ihr Gesuch indes im Einklang mit dem vorstehend zum ursprünglichen Dissens Gesagten (vgl. E. 5.4.2) in vertretbarer Weise dahingehend aus, sie verlange im Wesentlichen die Verpflichtung der Beschwerdeführerin zu einem gesetzeskonformen Mietleitungsangebot. So beantragt sie namentlich, es seien die Bandbreiten und Schnittstellen gemäss dem jeweiligen Stand der Technik anzubieten, und führt diesbezüglich aus, gemäss Gesetz und Verordnung habe das Angebot der als marktbeherrschend zu betrachtenden Beschwerdeführerin das gesamte zur Verfügung stehende Spektrum nach dem jeweiligen Stand der Technik zu umfassen. Entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin ist somit davon auszugehen, die Beschwerdegegnerin habe im Zugangsverfahren hinsichtlich der Servicequalitäten sinngemäss ein gesetzeskonformes Angebot beantragt. Die –

implizite – Rüge der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe die Dispositionsmaxime verletzt, ist deshalb zurückzuweisen.

6. – 9. (…)

Marktbeherrschung und Angebotspflicht

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

Zugangsregulierung

11.

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

11.2 Die Beschwerdegegnerin weist die Darstellung der Beschwerdeführerin zurück. Sie führt namentlich aus, der Gesetzgeber habe eine Beschränkung des Zugangs, wo er sie gewollt habe, explizit im Gesetz verankert. So habe er den vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss auf die Doppelader-Metallleitung beschränkt und den Zugang zum schnellen Bitstrom auf vier Jahre befristet. Demgegenüber habe er den Mietleitungszugang weder hinsichtlich des Übertragungsmediums und der Übertragungstechnologie noch des Erstellungsdatums der Zugangsinfrastruktur in irgendeiner Weise beschränkt, obschon er dies ohne Weiteres hätte tun können. Der Mietleitungsbegriff sei technologie-

neutral zu verstehen, was auch bedeute, dass Übertragungstechniken wie CES und COS nicht aus dem Mietleitungsmarkt ausschieden. Richtig erscheine lediglich, dass die Beschwerdeführerin keine Ausbauverpflichtung treffe.

11.3 Die Vorinstanz lehnt die Beschränkung auf « Bestehendes » ebenfalls ab. Sie bringt vor, der Gesetzgeber habe das Zugangsregime lediglich beim vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss und beim schnellen Bitstrom-Zugang auf die Doppelader-Metallleitung beschränkt. Bei der Interkonnektion sowie beim Zugang zu den Mietleitungen und den Kabelkanalisationen (KKF) sei eine solche Beschränkung demgegenüber ausser Frage gestanden. Diese Zugangsformen seien in Art. 3 FMG denn auch entsprechend definiert. Das Fehlen einer Beschränkung auf « Bestehendes » stelle ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers in dem Sinn dar, dass eine derartige zeitliche Beschränkung gerade nicht gelten solle.

11.4

11.4.1 Die strittige Frage, ob das Zugangsregime im Sinne der Beschwerdeführerin beschränkt ist, ist durch Auslegung zu klären. Grundlage bildet dabei der Wortlaut der Zugangsregelung. Ist dieser nicht klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, muss unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente nach seiner wahren Tragweite gesucht werden. Abzustellen ist dabei namentlich auf die Entstehungsgeschichte der Norm und ihren Zweck sowie auf die Bedeutung, die der Norm im Kontext mit anderen Bestimmungen zukommt. Die Gesetzesmaterialien dienen dabei als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen. Namentlich bei neueren Texten kommt ihnen eine besondere Stellung zu, weil veränderte Umstände oder ein gewandeltes Rechtsverständnis eine andere Lösung weniger nahelegen (vgl. BGE 131 II 697 E. 4.1). Das Bundesgericht hat sich bei der Auslegung von Erlassen stets von einem Methodenpluralismus leiten lassen und nur dann allein auf das grammatische Element abgestellt, wenn sich daraus zweifelsfrei die sachlich richtige Lösung ergab (vgl. BGE 131 II 697 E. 4.1; BVGE 2010/19 E. 9.2).

11.4.2 Gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG müssen marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen Zugang zu verschiedenen Einrichtungen und Diensten gewähren. Neben dem Zugang zu den Mietleitungen (Abs. 1 Bst. e) werden vom Zugangsregime auch der vollständig entbündelte Zugang zum Teilnehmeranschluss, der schnelle Bitstrom-Zugang, das Verrechnen von Teilnehmer-

anschlüssen des Festnetzes, die Interkonnektion und der Zugang zu den Kabelkanalisationen umfasst (vgl. Abs. 1 Bst. a–d und f). Der schnelle Bitstrom-Zugang ist auf vier Jahre befristet (Abs. 1 Bst. b), der Zugang zu den Kabelkanalisationen besteht lediglich, sofern diese über eine ausreichende Kapazität verfügen. Die weiteren Zugangsformen sind nach dem Wortlaut der Bestimmung nicht beschränkt.

In Art. 3 FMG werden der vollständig entbündelte Zugang zum Teilnehmeranschluss, der schnelle Bitstrom-Zugang und die Interkonnektion definiert, ebenso der Begriff der Mietleitungen und der Kabelkanalisationen. Sowohl der vollständig entbündelte Zugang zum Teilnehmeranschluss als auch der schnelle Bitstrom-Zugang sind ausdrücklich auf die Doppelader-Metallleitung beschränkt (Bst. d^{bis} und d^{ter}). Mietleitungen werden als Bereitstellung von transparenten Übertragungskapazitäten über Punkt-zu-Punkt-Verbindungen definiert (Bst. e^{bis}). Eine Beschränkung auf die Doppelader-Metallleitung findet sich nicht, ebenso wenig eine anderweitige Begrenzung, etwa auf bestehende Übertragungstechnologien. Gleiches gilt für den für den Mietleitungszugang massgeblichen Art. 62 FDV. Auch die Interkonnektion und der Begriff der Kabelkanalisationen sind gemäss der Definition in Art. 3 FMG nicht limitiert (Bst. e und e^{ter}).

Dem Wortlaut nach beschränken somit weder Art. 11 Abs. 1 Bst. e noch Art. 3 Bst. e^{bis} FMG noch Art. 62 FDV den Zugang zu den Mietleitungen beziehungsweise den Mietleitungsbegriff. Sie schliessen eine Beschränkung, wie sie von der Beschwerdeführerin geltend gemacht wird, allerdings auch nicht explizit aus. In systematischer Hinsicht legt die differenzierte Regelung in Art. 11 Abs. 1 und Art. 3 FMG freilich nahe, dass die verschiedenen Zugangsformen gerade nicht einer einheitlichen Regelung unterstellt sind und der Zugang zu den Mietleitungen im Unterschied zu anderen Zugangsformen nicht beschränkt ist.

11.4.3 Zu prüfen ist, ob diese Interpretation durch die Entstehungsgeschichte und den Zweck des heutigen Zugangsregimes gestützt wird. Dieses geht auf die Revision des FMG vom 24. März 2006 zurück, die am 1. April 2007 in Kraft trat und das damalige Zugangsregime über die Interkonnektion hinaus auf die erwähnten weiteren Zugangsformen ausdehnte. Der bundesrätliche Gesetzesentwurf sah ein offenes Zugangsregime vor, das der Vorinstanz die Kompetenz eingeräumt hätte, die der Angebotspflicht unterstehenden Zugangsformen und deren Ausgestaltung zu bestimmen (vgl. Art. 11 Abs. 2 des Entwurfs FMG, BBl 2003 8008). Namentlich hätte sie gemäss der Darstellung des Bundesrats (vgl. Bot-

schaft vom 12. November 2003 zur Änderung des Fernmeldegesetzes [FMG], BBl 2003 7951, nachfolgend: Botschaft zur Änderung des FMG) bei Bedarf und soweit technisch machbar den grundsätzlich auf die Doppelader-Metallleitung beschränkten vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss (vgl. Art. 3 Bst. d^{quater} des Entwurfs FMG, BBl 2003 8007) auch auf andere Infrastrukturen als die Doppelader-Metallleitung, etwa auf Kabelnetze, Glasfaserkabel oder Funkverbindungen wie den Wireless Local Loop (WLL), ausdehnen können (vgl. Botschaft zur Änderung des FMG, BBl 2003 7969).

Die bundesrätliche Konzeption vermochte sich in der parlamentarischen Beratung indes nicht durchzusetzen. Auch dem Vorschlag des Ständerats, wonach der Katalog der Zugangsformen mittels Parlamentsverordnung hätte erweitert werden können, war kein Erfolg beschieden. Das Parlament entschied sich vielmehr, eine abschliessende Liste der Zugangsformen ins Gesetz aufzunehmen. Es beschränkte ausserdem den vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss auf die Doppelader-Metallleitung, ebenso den schnellen Bitstrom-Zugang, der im bundesrätlichen Entwurf technologieneutral definiert gewesen war (Art. 3 Bst. d^{sexies} des Entwurfs FMG, BBl 2003 8007). Letzteren Zugang befristete es zudem auf vier Jahre. Es limitierte ausserdem den Zugang zu den Kabelkanalisationen dahingehend, dass eine ausreichende Kapazität bestehen müsse. Dem Wortlaut nach unbeschränkt blieben demgegenüber namentlich der Zugang zu den Mietleitungen und die Mietleitungsdefinition, die mit der heutigen Definition – wie auch derjenigen vor der Revision (vgl. Art. 1 Bst. b der Verordnung über Fernmeldedienste vom 31. Oktober 2001 [AS 2001 2759, nachfolgend: FDV von 2001] in der ab 1. Januar 2004 geltenden Fassung [AS 2003 4767]) – übereinstimmte (Art. 3 Bst. e^{bis} und Art. 11 Abs. 1 des Entwurfs FMG, BBl 2003 8008).

11.4.4 Die Beschwerdeführerin zieht aus der parlamentarischen Beratung der Revisionsvorlage den Schluss, der Gesetzgeber habe die vom Bundesrat vorgeschlagene Zugangsregulierung abgelehnt, weil er nicht durch ein zu weit reichendes Zugangsregime den Infrastrukturwettbewerb, die Investitionssicherheit und Investitionsanreize in neue Netze – namentlich Glasfasernetze –, aber auch in neue Technologien habe beeinträchtigen wollen. Er habe entsprechend das Zugangsregime auf « Bestehendes » beschränkt. Diese Konzeption gelte speziell im Bereich der Mietleitungen, sei doch die Implementierung von Datendiensten wie COS und CES sehr investitionsintensiv. Als Beleg zitiert sie verschiedene Stellungnahmen in der parlamentarischen Beratung. Diese beziehen

sich indes entweder auf den vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss, den schnellen Bitstrom-Zugang oder den Zugang zu den Kabelkanalisationen oder machen in bloss allgemeiner Weise deutlich, dass der Gesetzgeber dem Infrastrukturwettbewerb und der Investitionssicherheit bei der Zugangsregulierung eine wichtige Bedeutung zumass. Aus keinem der Zitate geht hingegen hervor, dass er den Mietleitungszugang beziehungsweise das Zugangsregime generell auf « Bestehendes » beschränken wollte. Die parlamentarische Debatte zeigt denn auch – soweit ersichtlich –, dass eine derartige Beschränkung kein Thema war.

Die Beschwerdeführerin ist zwar der Ansicht, die von ihr geltend gemachte Regelungsabsicht des Gesetzgebers sei trotz des Fehlens einer entsprechenden Diskussion in den Räten zu bejahen. Hätte der Gesetzgeber indes auch den Mietleitungszugang beziehungsweise das Zugangsregime generell so beschränken wollen, wie sie es darstellt, wäre angesichts der Debatte beim vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss und insbesondere beim schnellen Bitstrom-Zugang zu erwarten gewesen, dass er dies in der parlamentarischen Beratung ebenfalls explizit thematisiert. Ebenso wäre es wegen der ausdrücklichen Beschränkung dieser beiden Zugangsformen aus Kohärenzgründen nahegelegen, den bundesrätlichen Vorschlag entsprechend zu präzisieren. Dies gilt umso mehr, als der Gesetzgeber auch andere Zugangsbeschränkungen thematisierte und – wie erwähnt (vgl. E. 11.4.3) – ausdrücklich ins Gesetz aufnahm. So stellte er den Zugang zu den Kabelkanalisationen unter den Vorbehalt der ausreichenden Kapazität und befristete den schnellen Bitstrom-Zugang auf vier Jahre.

Dass der Gesetzgeber – wie die Beschwerdeführerin geltend macht – den Infrastrukturwettbewerb, die Investitionssicherheit und Investitionsanreize nicht durch ein zu weit gehendes Zugangsregime beeinträchtigen wollte, ändert daran nichts. Zwar mass er dem Infrastrukturwettbewerb durchaus Gewicht zu. Er strebte indes auch preiswerte und qualitativ hochstehende Dienste, mithin also auch Dienstewettbewerb, an, was sich bereits aus der Zweckbestimmung des FMG ergibt (vgl. Art. 1 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. c FMG). Bei der Beantwortung der strittigen Frage darf daher nicht einseitig auf den Infrastrukturwettbewerb abgestellt werden, wie dies die Beschwerdeführerin unter Verweis auf Stellungnahmen, die nicht den Mietleitungszugang betreffen, tut. Weil nicht allein der Infrastrukturwettbewerb massgeblich war, hätte sich im Übrigen – wenn dem Parlament dieses Anliegen beim Zugang zu den Mietleitungen beziehungs-

weise bei allen Zugangsformen so wichtig gewesen wäre, wie es die Beschwerdeführerin darstellt – eine explizite Beschränkung des Zugangs erst recht aufgedrängt. Entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin kann somit nicht davon ausgegangen werden, der Gesetzgeber habe implizit den Mietleitungszugang beziehungsweise das Zugangsregime generell auf bestimmte Technologien beziehungsweise « Bestehendes » beschränken wollen. Vielmehr ist die fehlende ausdrückliche Beschränkung dahingehend zu interpretieren, er habe sich gegen eine entsprechende Beschränkung ausgesprochen. Eine Ausbauverpflichtung der marktbeherrschenden FDA verankerte er damit allerdings nicht.

11.4.5 Als Ergebnis der Auslegung ist somit festzuhalten, dass der Zugang zu den Mietleitungen beziehungsweise das Zugangsregime generell nicht auf « Bestehendes » beschränkt ist. Die Rüge der Beschwerdeführerin ist daher zurückzuweisen.

Mietleitungsbegriff

12.

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

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

12.2 Die Beschwerdegegnerin weist die Argumentation der Beschwerdeführerin unter Verweis auf die Ausführungen der Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung (…) zurück und macht geltend, der Mietleitungsbegriff sei technologieneutral zu verstehen.

12.3 Nach Auffassung der Vorinstanz sind IP-basierte beziehungsweise Ethernet-Dienste wie die CES Mietleitungen im Sinn des Gesetzes und unterstehen entsprechend dem Zugangsregime von Art. 11 Abs. 1 FMG. Die Legaldefinition umschreibe Mietleitungen als transparente Übertragungskapazitäten über Punkt-zu-Punkt-Verbindungen, ohne eine Unterscheidung nach dem Übertragungsmedium (Kupfer, Luft, Glasfaser) oder dem Übermittlungsstandard (z.B. IP) zu treffen. Daraus sowie aus dem Vergleich etwa mit dem vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss, der auf die Doppelader-Metallleitung beschränkt sei, werde deutlich, dass der gesetzliche Mietleitungsbegriff technologieneutral sei. Es sei daher für die Klassifikation einer Übertragungseinrichtung als Mietleitung grundsätzlich unerheblich, über welche Technologie ihre Realisierung erfolge. Der Mietleitungsbegriff könne deshalb nicht auf früher übliche Übertragungstechnologien beschränkt werden. Dies tue die Beschwerdeführerin indes, indem sie etwa suggeriere, eine Punkt-zu-Punkt-Verbindung könne nur angenommen werden, wenn die

Übertragung seriell erfolge. Dies entspreche jedoch nicht mehr der überwiegend angewandten Übermittlungstechnik. Für eine Punkt-zu-Punkt-Verbindung sei zudem zwar erforderlich, dass die Daten hinsichtlich des Ziels keine Wahlfreiheit hätten, nicht jedoch, dass dies auch hinsichtlich des Wegs der Fall sei.

Einer rechtlichen Grundlage entbehre weiter, wie die Beschwerdeführerin das Begriffsmerkmal der Transparenz interpretiere. Zwar werde bei einer paketorientierten Übermittlung die Information nicht als Ganzes, sondern in einzelnen Paketen übermittelt. Dies bedeute indes nicht, dass eine intransparente Übertragung vorliege, da es nicht darauf ankomme, wie die Information technisch übermittelt werde. Entscheidend sei vielmehr, dass sie am Ausgangs- und Empfangspunkt dieselbe beziehungsweise in Inhalt und Form unverändert sei.

Obschon schliesslich die garantierte Übertragungskapazität vielfach als zwingendes Merkmal einer Mietleitung genannt werde, enthalte das FMG keine derartige Anforderung. Wie bei allen Fernmeldediensten könne zudem auch bei Mietleitungen im Rahmen sogenannter « Service Level Agreements » (SLA) individuell vereinbart werden, wie hoch die Ausfallquote maximal sein dürfe oder innert welcher Frist ein Ausfall behoben sein müsse. Im Übrigen treffe es zwar zu, dass bei CES im Backbone Performance-Schwankungen aufträten. Deren Ausmass sei aber mit den Bandbreitenschwankungen bei Mietleitungen auf der Basis von Koaxialkabeln im Anschlussnetz nicht vergleichbar und werde in SLA festgelegt.

12.4

12.4.1 Die strittige Frage, ob IP-basierte beziehungsweise Ethernet-Dienste wie die CES der Beschwerdeführerin als Mietleitungen im Sinn des Gesetzes zu qualifizieren und daher dem fernmelderechtlichen Zugangsregime unterstellt sind, ist durch Auslegung zu klären (vgl. dazu die allgemeinen Ausführungen oben in E. 11.4.1). Bei der Prüfung, ob die Vorinstanz den (relativ) unbestimmten Mietleitungsbegriff richtig ausgelegt und angewendet hat, rechtfertigt sich dabei (…) eine gewisse Zurückhaltung des Bundesverwaltungsgerichts.

12.4.2 Ausgangspunkt der Auslegung ist der Wortlaut der Legaldefinition. Nach dieser handelt es sich bei Mietleitungen um die Bereitstellung von transparenten Übertragungskapazitäten über Punkt-zu-Punkt-Verbindungen (Art. 3 Bst. e^{bis} FMG). Zentrales Begriffsmerkmal ist somit die Bereitstellung von Übertragungskapazitäten. Diese müssen transparent

sein, ihre Bereitstellung muss über Punkt-zu-Punkt-Verbindungen erfolgen. Wie die drei Begriffsmerkmale zu interpretieren sind, ergibt sich aus dem Wortlaut nicht. Ebenso wenig enthält dieser weitere Anforderungen, wie etwa eine garantierte Übertragungskapazität; er schliesst solche allerdings auch nicht explizit aus. Er vermag die strittige Frage somit nicht zu klären. Ebenso unergiebig ist eine systematische Betrachtung.

12.4.3 Heranzuziehen sind weiter die Entstehungsgeschichte und der Zweck der Regelung. Die Legaldefinition lehnt sich an den EU-rechtlichen Mietleitungsbegriff an, auf den bis zur Revision des EU-Rechts explizit verwiesen wurde (vgl. Art. 1 Bst. b der Verordnung über Fernmeldedienste vom 6. Oktober 1997 [AS 1997 2833] und Art. 1 Bst. b FDV von 2001; Änderung von Art. 1 Bst. b FDV von 2001 vom 5. Dezember 2003 [AS 2003 4767]). Konkrete Hinweise darauf, wie sie zu interpretieren ist, ergeben sich aus den Materialien nicht. Bei ihrer Auslegung kommt somit der Regelungsabsicht des Gesetzgebers massgebliche Bedeutung zu. Wie dargelegt (vgl. E. 11.4.4), wollte dieser den Zugang zu den Mietleitungen beziehungsweise den Mietleitungsbegriff nicht auf « Bestehendes », das heisst bestehende Infrastrukturen, Technologien und Dienste, beschränken; er definierte Mietleitungen deshalb technologieneutral. Dies schliesst insbesondere aus, Begriffsmerkmale, die unter Berücksichtigung der weiteren relevanten Auslegungsmittel mehrere Interpretationen zulassen, einseitig mit Blick auf herkömmliche Mietleitungen beziehungsweise herkömmliche Übertragungsstandards und -technologien zu deuten. Es steht ebenso einer Berufung auf entsprechende Mietleitungsdefinitionen entgegen. Nachfolgend ist zu prüfen, inwieweit die Standpunkte der Parteien dem gerecht werden. Wegen der Anlehnung an den EU-rechtlichen Mietleitungsbegriff ist dabei auch von Interesse, inwiefern sie dem EU-rechtlichen Mietleitungsbegriff beziehungsweise dem dortigen Begriffsverständnis Rechnung tragen.

12.4.4 Die Beschwerdeführerin vertritt einen Mietleitungsbegriff, der sich klar an herkömmlichen Mietleitungen beziehungsweise herkömmlichen Übertragungsstandards und -technologien orientiert, deren Subsumtion unter den gesetzlichen Mietleitungsbegriff unstrittig ist. Dies gilt nicht nur für die drei in der Legaldefinition ausdrücklich genannten Begriffsmerkmale, sondern auch für die von ihr geforderte garantierte Übertragungskapazität. Da ihre Auslegung moderne Übertragungsstandards und -technologien konsequent als Mietleitungen ausschliesst, vermöchte sie nur zu überzeugen, wenn sie zwingend wäre und aus diesem Grund

der vom Gesetzgeber gewollten Technologieneutralität nicht Rechnung getragen werden könnte. Dies ist indes zu verneinen.

Das gilt zunächst für ihre Auslegung des Begriffsmerkmals der Punkt-zu-Punkt-Verbindung. Wie die Vorinstanz zu Recht geltend macht, besteht namentlich kein Anlass, von einer derartigen Verbindung nur dann auszugehen, wenn die Daten seriell transportiert werden und auch bezüglich des Wegs – und nicht nur des Ziels – keine Wahlfreiheit haben. Diese Interpretation, die der herkömmlichen Technologie verhaftet ist, findet weder im Wortlaut der Legaldefinition noch in den weiteren Auslegungsmitteln eine Stütze. Sie schliesst daher moderne Technologien entgegen der Intention des Gesetzgebers ohne zwingenden Grund als Mietleitungen aus. Im Unterschied dazu trägt die Auslegung der Vorinstanz der Natur von Mietleitungsdiensten wie auch der technologieneutralen Konzeption der Legaldefinition angemessen Rechnung. Mit der Vorinstanz sind deshalb unter Punkt-zu-Punkt-Verbindungen Verbindungen zu verstehen, die keine vermittelnden Zwischenstationen haben, die vom Nutzenden gesteuert werden können (« on-demand-switching »), und die den Daten hinsichtlich ihres Ziels keine Wahlfreiheit lassen.

Nicht zu überzeugen vermag weiter, wie die Beschwerdeführerin das Begriffsmerkmal der Transparenz auslegt. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, kann sich Transparenz technisch gesehen auf verschiedene Eigenschaften der Datenübertragung beziehen. Es ist daher nicht eindeutig, wie das Begriffsmerkmal zu verstehen ist. Die Beschwerdeführerin orientiert sich bei ihrer Auslegung erneut an der herkömmlichen Technologie. Das ist indes auch hier weder aufgrund des Wortlauts der Legaldefinition noch der weiteren Auslegungsmittel zwingend. Es besteht vielmehr Raum für andere Interpretationen. Die Vorinstanz legt unter Hinweis auf die Transparenzdefinition des Europäischen Instituts für Telekommunikationsnormen überzeugend dar, dass es nicht darauf ankomme, wie die Information technisch übermittelt werde, sondern darauf, ob sie am Ausgangs- und Empfangspunkt beziehungsweise bei Sender und Empfänger dieselbe sei beziehungsweise unverändert in Form und Inhalt. Ihre Auslegung trägt der Natur von Mietleitungsdiensten wie auch der Technologieneutralität der Legaldefinition angemessen Rechnung. Sie ist daher nicht zu beanstanden.

Nicht haltbar ist die Auslegung der Beschwerdeführerin sodann, soweit sie darauf hinausläuft, IP-basierten beziehungsweise Ethernet-Diensten wie CES in grundsätzlicher Weise die Qualität von Mietleitungen beziehungsweise der Bereitstellung von Übertragungskapazitäten im Sinn der

Legaldefinition abzusprechen. Wie die Vorinstanz in ihrer Teilverfügung im parallelen Mietleitungs-Zugangsverfahren zwischen der Beschwerdeführerin und Sunrise darlegt, entbehrt das – im dortigen Zugangsverfahren ausdrücklich vorgebrachte – Argument der Beschwerdeführerin, CES seien keine Mietleitungen, weil sie Layer 2 des Open Systems Interconnection Reference Models (OSI-Modells) und nicht wie herkömmliche Mietleitungen Layer 1 dieses Modells zuzurechnen seien, technisch und rechtlich einer Grundlage. Wegen der technologieneutralen Mietleitungsdefinition ist für die Qualifikation von Ethernet-Diensten als Mietleitungen ausserdem unerheblich, dass sie – anders als traditionelle Mietleitungen – durchgängige Übertragungsverfahren (IP) und flexible Kapazitätserweiterungen bieten und ihre Bandbreite je nach Netzauslastung dynamisch angepasst wird. Nicht von Belang ist schliesslich, dass Ethernet-Dienste nicht nur als Punkt-zu-Punkt-Verbindungen, sondern auch als Punkt-zu-Multipunkt-Verbindungen nachgefragt werden, die nicht unter den gesetzlichen Mietleitungsbegriff fallen. Im Ergebnis läuft die Auslegung der Beschwerdeführerin auch hier darauf hinaus, den Mietleitungsbegriff ohne zwingenden Grund auf herkömmliche Mietleitungen einzuschränken. Dies ist mit der Vorinstanz, deren technologieneutrale Auslegung nicht zu kritisieren ist, abzulehnen.

Nicht zu überzeugen vermag schliesslich, dass die Beschwerdeführerin eine garantierte Übertragungskapazität fordert. Zwar geht es bei Mietleitungen – worauf die Vorinstanz zu Recht hinweist – nicht nur um die Sicherstellung einer Verbindung zum Internet, sondern um eine fixe Leistung zur Signalübertragung. Daraus darf indes nicht gefolgert werden, Mietleitungen setzten begriffsnotwendig eine garantierte Übertragungskapazität voraus. Eine derartige Interpretation wäre angesichts des Fehlens eines entsprechenden Hinweises in der Legaldefinition und den weiteren Auslegungsmitteln sowie der Technologieneutralität des gesetzlichen Mietleitungsbegriffs nur zulässig, wenn für den mit diesem Begriff umschriebenen Dienst eine derartige Garantie unabdingbar wäre; mithin also, wenn zwingend davon auszugehen wäre, der Gesetzgeber sei implizit von einer entsprechenden Anforderung ausgegangen. Dies ist indes nicht der Fall. Auch die Beschwerdeführerin behauptet nicht, die Bereitstellung transparenter Übertragungskapazitäten über Punkt-zu-Punkt-Verbindungen verlange – technisch oder wirtschaftlich – zwingend eine derartige Garantie. Eine solche erscheint denn auch nicht als entscheidend. Massgeblich ist vielmehr, ob die Übertragungskapazitäten trotz allfälliger Performance-Schwankungen in einer – durch SLA abgesicherten – (Service-)Qualität bereitgestellt werden, die den hohen Ansprüchen

der Nachfrager genügt. Ob und in welchem Umfang die Beschwerdeführerin Bandbreiten garantiert, spielt daher keine Rolle. Letztlich läuft deren Auslegung somit einmal mehr darauf hinaus, moderne Übertragungsstandards und -technologien ohne zwingenden Grund als Mietleitungen im Sinn des Gesetzes auszuschliessen. Mit der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin ist deshalb festzuhalten, dass eine garantierte Übertragungskapazität kein Merkmal des gesetzlichen Mietleitungsbegriffs ist.

12.4.5 Im Ergebnis ist die Auslegung des Mietleitungsbegriffs durch die Beschwerdeführerin somit abzulehnen, die Interpretation der Vorinstanz dagegen – in Beachtung der gebotenen Zurückhaltung bei deren Überprüfung – zu bestätigen. Dies gilt umso mehr, als diese Interpretation – worauf die Vorinstanz zu Recht hinweist – auch der Anlehnung des gesetzlichen Mietleitungsbegriffs an den EU-rechtlichen Mietleitungsbegriff beziehungsweise dem dortigen Begriffsverständnis Rechnung trägt.

An diesem Ergebnis ändert nichts, dass sich die Beschwerdeführerin bei ihrer Auslegung auf einen Bundesgerichtsentscheid (Urteil des Bundesgerichts 2A.234/2005 vom 22. November 2005 E. 2.4) und das Gutachten der WEKO im vorliegend zu beurteilenden Zugangsverfahren beruft. Zunächst setzen sich weder das Bundesgericht noch die WEKO mit der hier strittigen Frage auseinander. Die zitierten Stellen – wie auch die Stellungnahme der WEKO vom 2. Juli 2010, in der diese offenbar weiterhin eine garantierte Kapazität als begriffsnotwendig voraussetzt – orientieren sich zudem (einseitig) an herkömmlichen Mietleitungen beziehungsweise herkömmlichen Übertragungsstandards und -technologien, was – wie erwähnt – mit der technologieneutralen Regelungsabsicht des Gesetzgebers nicht vereinbar ist.

Nichts zu ihren Gunsten abzuleiten vermag die Beschwerdeführerin schliesslich aus dem Umstand, dass Cablecom in der Marktbefragung die Unterschiede zwischen Netzen mit « circuit-basierender » Transporttechnologie und solchen mit « IP/Ethernet-basierender » Transporttechnologie hervorstreicht und geltend macht, lediglich Erstere erfüllten die Anforderungen der Mietleitungsdefinition gemäss dem Fragebogen. Da sich auch diese Definition an den herkömmlichen Mietleitungen beziehungsweise herkömmlichen Übertragungsstandards und -technologien orientiert, ist sie für die Auslegung des gesetzlichen Mietleitungsbegriffs ebenfalls nicht massgeblich.

12.4.6 Zu klären bleibt, ob IP-basierte beziehungsweise Ethernet-Dienste und insbesondere die CES die Anforderungen des im vorstehenden Sinn ausgelegten gesetzlichen Mietleitungsbegriffs erfüllen. Sofern es sich um Punkt-zu-Punkt-Verbindungen handelt, ist dies mit der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin grundsätzlich ohne weitere Ausführungen zu bejahen. Zu erwähnen ist immerhin, dass weder die Beschwerdeführerin noch die weiteren Verfahrensbeteiligten, namentlich die Cablecom, geltend machen, die streitigen Dienste würden den hohen Ansprüchen der Nachfrager an die (Service-)Qualität von Mietleitungsdiensten nicht gerecht. Ob dies auch für Mietleitungen auf der Basis von Koaxialkabel gilt oder diese sich – wie die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin vorbringen – für Mietleitungsdienste nicht eignen, wird bei der Marktabgrenzung zu behandeln sein (vgl. E. 15). Als Mietleitungen unterstehen die erwähnten IP-basierten beziehungsweise Ethernet-Dienste und insbesondere die CES grundsätzlich dem Zugangsregime von Art. 11 Abs. 1 FMG.

13. – 13.4 (…)

Marktabgrenzung

14.

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

14.2 Die Vorinstanz hält an ihrer Marktabgrenzung fest und wird darin von der Beschwerdegegnerin unterstützt. Dies tut grundsätzlich

auch die WEKO; sie schliesst sich allerdings der Unterscheidung zwischen einem Trunk- und einem terminierenden Segment nicht an und beruft sich stattdessen auf ihr Gutachten im Zugangsverfahren, in dem sie zwischen einem Fern- und einem Anschlussnetz unterscheidet.

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

15.

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

Der Hinweis der Vorinstanz, die Anzahl solcher Mietleitungen sei gering und vermöge daher das Ergebnis der Marktanalyse nicht entscheidend zu beeinflussen, sei im Weiteren bei der Abgrenzung des sachlich relevanten Markts unerheblich, da sie die Beurteilung der Marktstellung betreffe. Gemäss der Fernmeldestatistik bestünden zudem sehr viele Anschlüsse auf der Basis von Koaxialkabel, über die Daten übertragen werden könnten. Gemäss den Aussagen des CEO von Cablecom seien die Hausanschlüsse sehr leistungsstark und unterlägen auch dann keinen Bandbrei-

tenschwankungen, wenn viele Nutzungen parallel erfolgten. Es seien daher nicht nur die in der Fernmeldestatistik genannten Mietleitungen, die auf Koaxialkabel produziert würden, zum sachlich relevanten Markt zu zählen, sondern auch sämtliche Kabelfernsehanschlüsse.

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

15.2 Die Beschwerdegegnerin macht geltend, die Vorinstanz habe die Infrastruktur der Cablecom im Zusammenhang mit der Definition der Trunkregionen berücksichtigt. Im Anschlussbereich falle das Koaxialkabel jedoch ausser Betracht, da es – wie auch Cablecom einräume – wegen seiner Ringstruktur nicht mietleitungsfähig sei; die Kapazität sinke mit jedem zusätzlichen Benutzer. Dies sei beim sternförmigen Anschlussnetz der Beschwerdeführerin nicht der Fall. Die Vorinstanz wie auch die WEKO hätten den Sachverhalt ausreichend und mit der genügenden Sorgfalt abgeklärt.

15.3 Die Vorinstanz bringt vor, sie habe entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin alle Mietleitungsarten in der Marktbetrachtung berücksichtigt, so namentlich auch Ethernet-Mietleitungen und die mietleitungsfähige Infrastruktur der Kabelnetzbetreiberinnen. Die Kabelnetze habe sie demgegenüber nicht einbezogen, da diese wegen ihrer ringförmigen Struktur starken Bandbreitenschwankungen ausgesetzt seien und folglich – obschon Koaxialkabel sich grundsätzlich für die Herstellung von Mietleitungen eigneten – nicht als mietleitungsfähig bezeichnet werden könnten. Dies schliesse nicht aus, dass Anschlüsse auf der Basis von Koaxialkabel leistungsstark seien; ebenso wenig widerspreche es der Aussage des CEO von Cablecom, da dieser lediglich festhalte, bei Cablecom nehme die Internet-Bandbreite eines einzelnen Kunden nicht ab, wenn er gleichzeitig auf Digital TV zugreife. Auch der wiederholte Hinweis der Beschwerdeführerin auf das Mietleitungsangebot von Cablecom stehe dazu nicht im Widerspruch, ergebe sich doch aus der Marktbefragung, in welchem Umfang Cablecom – unter Ausschluss des Kabelnetzes – über eigene mietleitungsfähige Infrastruktur verfüge. Die von der Beschwerdeführerin erwähnte Technologie (Pseudowire) sei weiter relativ neu und werde auf dem Schweizer Markt noch nicht in relevantem

Ausmass verwendet. Zurzeit sei noch nicht abschliessend zu beurteilen, ob sie je die Massenerzeugung von kosteneffizienten und qualitativ gleichwertigen Mietleitungen auf der Basis von Koaxialkabel erlauben werde. Für den hier relevanten Zeithorizont könne zudem ausgeschlossen werden, dass sie den Wettbewerb signifikant habe beeinflussen können.

Die Beschwerdeführerin führe sodann selber aus, Mietleitungen über Koaxialkabel machten nur 1 bis 2 % des Mietleitungsmarkts aus. Dieser kleine Marktanteil könnte das Ergebnis der Marktanalyse ohnehin nicht entscheidend beeinflussen. Die grosse Anzahl anderer Anschlüsse auf der Basis von Koaxialkabel (z.B. Breitband, TV) sei auf dem Mietleitungsmarkt nicht relevant. Die starke Zunahme der Koaxial-Mietleitungsanschlüsse im Jahr 2009 gemäss der amtlichen Fernmeldestatistik führe zu keiner anderen Einschätzung. Würden die Angaben für diese Statistik berichtigt, habe dies einen allenfalls leicht höheren Marktanteil der auf Koax basierenden Mietleitungen zur Folge, als sie in ihrem Entscheid veranschlagt habe. Dieser marginale Unterschied sei nicht entscheidwesentlich, sodass sie an ihren Schlussfolgerungen bezüglich der Marktbeherrschung der Beschwerdeführerin vollumfänglich festhalte.

Bei den CES träten schliesslich im Backbone zwar tatsächlich Performanceschwankungen auf. Diese seien jedoch mit denen bei Mietleitungen auf der Basis von Koaxialkabel im Anschlussnetz nicht vergleichbar und würden in SLA festgelegt. Bei Mietleitungen auf der Basis von Koaxialkabel seien dagegen aufgrund der starken Bandbreitenschwankungen gerade keine ausreichend guten SLA möglich.

15.4 Die WEKO führt in ihrem Gutachten unter anderem aus, Kabelnetze seien ringförmig angeordnet. Die Daten liefen somit über ein einziges Übertragungsmedium, was je nach Nutzungsverhalten zu starken Schwankungen der verfügbaren Bandbreite führen könne. Kabelnetze seien entsprechend nicht als Substitut für Mietleitungen zu betrachten. In ihren Stellungnahmen im Beschwerdeverfahren hält sie an ihrem Standpunkt fest. Für den Ausschluss spreche zudem, dass die Mietleitungsanschlüsse auf der Basis von Koaxialkabel in den Jahren 2007 und 2008 nur 1 bis 2 % des Mietleitungsmarkts ausgemacht und offensichtlich von der Marktgegenseite nicht als Substitut wahrgenommen worden seien. Daran halte sie trotz der Angaben in der amtlichen Fernmeldestatistik 2009, insbesondere der starken Zunahme der Mietleitungsanschlüsse auf der Basis von Koaxialkabel, fest. Um die in der Fernmeldestatistik ausgewiesenen Änderungen zu erklären, sei für den Zeitraum 2007 bis 2009 eine Marktanalyse notwendig, die mindestens die Untersuchung beste-

hender Angebote im Mietleitungsmarkt und gegebenenfalls eine Befragung der Marktgegenseite umfasse.

15.5 Entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin schliesst die Vorinstanz nicht die gesamte Infrastruktur der Kabelnetzbetreiber vom sachlich relevanten Markt aus. In der angefochtenen Verfügung werden vielmehr einzig die Koaxialkabel nicht berücksichtigt. Die Infrastruktur der Kabelnetzbetreiber wird somit einbezogen, soweit sie nach Ansicht der Vorinstanz mietleitungsfähig ist. Ob diese zusätzlich auch die Kabelnetze hätte berücksichtigen müssen, hängt davon ab, ob die auf diesen Netzen produzierten Mietleitungen wegen der neuen Technologien nunmehr als Substitut für herkömmliche Mietleitungen betrachtet werden, stellt die Beschwerdeführerin doch nicht grundsätzlich in Abrede, dass Kabelnetze in der Vergangenheit wegen ihrer ringförmigen Struktur (« shared medium ») Nachteile gegenüber klassischen Telekommunikationsnetzen hatten. Während sich die WEKO weder in ihrem Gutachten noch in ihren Stellungnahmen im vorliegenden Beschwerdeverfahren zu dieser Frage äussert, wird aus den dargelegten Ausführungen der Vorinstanz deutlich, dass sie die Pseudowire-Technologie für den Schweizer Mietleitungsmarkt in der hier massgeblichen Zeitspanne für irrelevant hält. Diese Einschätzung wird durch die Amtliche Fernmeldestatistik 2009 gestützt. Danach gab es im Jahr 2007 1'382 und im Jahr 2008 2'645 Koax-Mietleitungsanschlüsse. Diese machten in den beiden Jahren somit lediglich 1 bis 2 % aller Mietleitungsanschlüsse aus. Im Jahr 2009 stieg die Zahl der Koax-Mietleitungsanschlüsse zwar auf 16'809. Die Vorinstanz legt indes, ohne dass hierfür eine weitere Marktanalyse erforderlich wäre, überzeugend dar, dass dieser Anstieg zu einem grossen Teil auf die Angaben von vier lokalen Kabelfernseh-Anbieterinnen zurückzuführen ist, die die Statistik verfälschen und deshalb zu streichen sind. Das restliche Wachstum geht nahezu ausschliesslich auf eine Anbieterin zurück, deren Angaben zudem wegen der sehr grossen Zunahme gegenüber dem Vorjahr mit einer gewissen Zurückhaltung zu würdigen sind. Wird dennoch vollumfänglich auf diese Angaben abgestellt, resultiert für das Jahr 2009 ein Marktanteil der Koax-Mietleitungsanschlüsse von lediglich rund 5 %.

Die tiefen Marktanteile von Koax-Mietleitungsanschlüssen in den Jahren 2007 bis 2009 legen nahe, dass sich die Mietleitungen auf der Basis von Koaxialkabel trotz der Pseudowire-Technologie beziehungsweise der weiteren neuen Technologien in dieser Zeitspanne nicht als Substitut für herkömmliche Mietleitungen zu etablieren vermochten. An dieser Ein-

schätzung ändert nichts, dass in diesem Zeitraum viele weitere Koaxialkabelanschlüsse (z.B. für Breitband, TV) existierten, insbesondere die angeblich sehr leistungsstarken Hausanschlüsse der Cablecom. Diese Anschlüsse sind für die hier interessierende Situation auf dem Mietleitungsmarkt nicht relevant, da sie weder Mietleitungen noch Mietleitungssubstitute betreffen; sie sind entsprechend auch nicht in den sachlich relevanten Markt einzubeziehen. Für das Jahr 2010 drängt sich der gleiche Schluss auf wie für die Jahre 2007 bis 2009, deuten doch die erwähnten statistischen Daten nicht auf eine Entwicklung hin, die bereits in diesem Jahr eine massgebliche Änderung der Verhältnisse zur Folge gehabt haben könnte. Nach Ansicht der Vorinstanz ist zudem zurzeit noch offen, ob die Pseudowire-Technologie je die Massenerzeugung von kosteneffizienten und qualitativ gleichwertigen Mietleitungen auf der Basis von Koaxialkabel erlauben wird.

Dass die Vorinstanz CES als Mietleitungen im Sinn des Gesetzes qualifiziert und zum sachlich relevanten Markt zählt, obschon auch sie zumindest im Backbone gewissen Bandbreitenschwankungen unterliegen, steht mit der vorstehenden Einschätzung nicht im Widerspruch. Für den Einbezug der CES in den sachlich relevanten Markt und deren Qualifikation als Mietleitungen im Sinn des Gesetzes spricht, dass sie, auch wenn keine Bandbreiten garantiert werden, trotz gewisser Performance-Schwankungen in einer durch SLA abgesicherten (Service-)Qualität bereitgestellt werden, die den hohen Ansprüchen der Nachfrager genügt (vgl. E. 12.4.4 und 12.4.6). Dass dies auch bei Koax-Mietleitungen auf der Basis der herkömmlichen Technologien der Fall ist, wird von der Beschwerdeführerin nicht geltend gemacht und von der Vorinstanz bestritten. Ob die Situation bei Koax-Mietleitungen auf der Basis der neuen Technologien anders ist, ist zudem unerheblich, da diese Technologien noch nicht zu einer massgeblichen Veränderung auf dem Mietleitungsmarkt geführt haben.

Der Ausschluss der Mietleitungen auf der Basis von Koaxialkabel vom sachlich relevanten Markt erscheint für die hier massgebliche Zeitspanne somit ohne weitere Untersuchungen als vertretbar. Eine abschliessende Klärung der Frage ist überdies nicht erforderlich. Aufgrund der tiefen Marktanteile dieser Mietleitungen vermöchte deren Einbezug in den sachlich relevanten Markt das Ergebnis der Marktanalyse nicht zugunsten der Beschwerdeführerin zu beeinflussen. Für das Jahr 2009 hätte er zudem eher eine Verstärkung von deren Marktstellung zur Folge. Das Bundesverwaltungsgericht sieht sich entsprechend nicht veranlasst, in

diesem Punkt von der Marktabgrenzung der Vorinstanz abzuweichen. Ob an dieser Marktabgrenzung mit den neuen Technologien festgehalten werden kann, wird die Vorinstanz allerdings inskünftig sorgfältig zu prüfen haben.

16.

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

16.2 Die Beschwerdegegnerin weist den Standpunkt der Beschwerdeführerin pauschal zurück und verweist auf die Ausführungen der Vorinstanz und der WEKO. Diese hätten den Sachverhalt ausreichend und mit genügender Sorgfalt abgeklärt.

16.3 Die Vorinstanz stellt wie die WEKO nicht in Abrede, dass Richtfunkverbindungen teilweise für die Erschliessung von Mobilfunkantennen-Standorten verwendet würden. Sie macht indes wie diese geltend, solche Mietleitungen seien aufgrund der weniger weit gehenden Anforderungen von der konventionellen Nachfrage nach Mietleitungen zu unterscheiden. Hinzu komme, dass Richtfunkverbindungen Sichtkontakt bedingten und damit beispielsweise kaum zur Erschliessung von Geschäftskunden in städtischen Gebieten geeignet seien. Weiter bestehe eine grössere Störanfälligkeit durch Interferenzen. Wie die WEKO kommt sie daher zum Schluss, Richtfunkverbindungen seien kein valables Substitut für Mietleitungen.

16.4 Mietleitungen auf der Basis von Richtfunk sind wegen ihrer technischer Eigenschaften Einschränkungen unterworfen, die sie von konventionellen drahtgebundenen Mietleitungen unterscheiden. Diese Einschränkungen legen nahe, dass die nachfragenden FDA tiefere Anforderungen an sie stellen und sie auf dem Markt nicht als Substitut für konventionelle Mietleitungen betrachtet werden. Diese Einschätzung wird durch die Amtliche Fernmeldestatistik 2009 gestützt. Danach gab es im Jahr 2007 291, im Jahr 2008 336 und im Jahr 2009 361 Mietleitungsanschlüsse auf der Basis von Richtfunk, mithin – gemessen an der ge-

samten Anzahl Mietleitungsanschlüsse – nur eine sehr kleine Anzahl. Von einer vergleichbar geringen Anzahl ist auch für das Jahr 2010 auszugehen, bestehen doch keinerlei Hinweise auf eine wesentliche Veränderung der Verhältnisse in diesem Jahr. Wieso die Situation bei Erschliessungen von Mobilfunkantennen-Standorten mit Richtfunk anders sein sollte als bei anderen Mietleitungen auf der Basis von Richtfunk, ist nicht ersichtlich. Der Ausschluss von Richtfunk-basierten Mietleitungen beziehungsweise von Richtfunk-basierten Erschliessungen von Mobilfunkantennen-Standorten vom sachlich relevanten Markt durch die Vorinstanz ist daher nicht zu beanstanden. Im Übrigen hat er wegen der verschwindend kleinen Anzahl solcher Anschlüsse ohnehin keinen massgeblichen Einfluss auf die Marktanalyse. Das Bundesverwaltungsgericht hat entsprechend keinen Anlass, in diesem Punkt von der Marktabgrenzung der Vorinstanz abzuweichen.

17.

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

Die Vorinstanz habe nicht bewiesen, dass die beiden Zugangsformen aufgrund der Kosten keine Alternativen zum Bezug von Mietleitungen bei ihr darstellten. Sie habe nicht untersucht, welche Zusatzkosten den FDA entstünden; ebenso wenig habe sie berücksichtigt, dass diese Zusatzkosten insbesondere in den Städten auf eine Vielzahl von Kunden überwälzt werden könnten. Dass sie die Möglichkeit von TAL in Kombination mit SDSL nicht berücksichtige, widerspreche zudem ihrer Argumentation bei den CES, die sie als Mietleitungen im Sinn des Gesetzes qualifiziere und zum sachlich relevanten Markt zähle, obschon die Übermittlung auch bei diesen über ein IP-Netz abgewickelt werde. Unhaltbar sei schliesslich ihr

Argument, bei den in Art. 11 Abs. 1 FMG genannten Zugangsformen handle es sich von vornherein um unterschiedliche Märkte.

17.2 Die Beschwerdegegnerin weist den Standpunkt der Beschwerdeführerin zurück. Sie macht insbesondere geltend, der Gesetzgeber habe die verschiedenen Zugangsformen ausdrücklich im Gesetz verankert. Er sei daher kaum der Ansicht gewesen, bei den verschiedenen Zugangsformen handle es sich um substituierbare Produkte.

17.3 Die Vorinstanz ist der Auffassung, TAL und KKF stellten keine Substitute für Mietleitungen dar. Zum einen unterschieden sich ihre nachfrageseitigen Charakteristika völlig von jenen von Mietleitungen. Zum anderen seien angebotsseitig in der Regel signifikante Investitionen erforderlich. Dies gelte insbesondere für KKF, da ein Kabelkanalisationsanbieter, um Mietleitungen herstellen zu können, die Leitungen verlegen, aktive Geräte kaufen und die Plattform betreiben müsse. Es treffe, wenn auch nicht mit derselben Deutlichkeit, auch für TAL zu.

Das Migrationsprojekt von Sunrise ändere daran nichts. Dieses betreffe nicht alle, sondern lediglich die Mietleitungen, die Sunrise günstig ersetzen könne. Die Migration rechne sich jedoch leichter, wenn nur die günstigsten Leitungen migriert würden oder eine Anbieterin wie Sunrise bereits mit eigener Infrastruktur in einer Zentrale präsent sei. Letzteres treffe heute jedoch nur auf wenige Anbieterinnen auf dem Schweizer Markt zu. Es sei davon auszugehen, dass durchschnittliche Schweizer FDA in der gesamten Schweiz den Break-even-Point, um Mietleitungen auf der Basis von TAL anbieten zu können, nicht bereits nach acht Monaten, sondern erst später erreichten. Im Übrigen bestreite sie grundsätzlich nicht, dass es für einzelne Anbieterinnen insbesondere in städtischen Gebieten profitabel sein werde, einzelne Mietleitungen durch eigene Dienste über TAL zu ersetzen.

TAL mit SDSL könne weiter nicht zum Mietleitungsmarkt gezählt werden. SDSL-Anschlüsse würden nur zusammen mit einem Datennetz angeboten, typischerweise einem IP-Netz. Sie seien in der Regel nicht Punkt-zu-Punkt-Verbindungen, sondern Internetzugangsverbindungen und daher weder Mietleitungen im Sinn des Gesetzes noch Mietleitungssubstitute. Die Beschwerdeführerin belege ihre Behauptung, alternative Anbieterinnen benutzten extensiv SDSL-Verbindungen als Mietleitungen, im Übrigen nicht weiter, weshalb die Vermutung naheliege, diese Verbindungen würden als Internetverbindungen genutzt.

Schliesslich gehe sie in ständiger Praxis und in Übereinstimmung mit der WEKO davon aus, die separate Auflistung der verschiedenen Zugangsformen in Art. 11 Abs. 1 FMG sei höchstens ein erster Anhaltspunkt für die nach den kartellrechtlichen Vorgaben vorzunehmende Marktabgrenzung.

17.4 Die Vorinstanz schliesst sich in der angefochtenen Verfügung zwar der Meinung der Beschwerdegegnerin im Zugangsverfahren an, der Gesetzgeber sei bei der Auflistung der Zugangsformen davon ausgegangen, diese seien unterschiedlichen Märkten zuzuordnen (vgl. auch BVGE 2009/35 E. 8.4.5 zum Verhältnis von TAL und schnellem Bitstrom). Sie bekräftigt damit indes lediglich ihr Argument, TAL und KKF seien wegen der erforderlichen signifikanten Zusatzinvestitionen keine Mietleitungssubstitute. Entscheidend für den Ausschluss der beiden Zugangsformen vom Mietleitungsmarkt ist somit bereits in der angefochtenen Verfügung die Marktanalyse nach den kartellrechtlichen Vorgaben. Diese Analyse zeigt, dass TAL und KKF nachfrageseitig keine Substitute für Mietleitungen sind, da sie sich von diesen zu stark unterscheiden. Angebotsseitig wären sie nur dann Substitute, wenn andere FDA ohne grössere Umstände und in kurzer Zeit beziehungsweise kurzfristig und ohne spürbare zusätzliche Kosten oder Risiken in der Lage wären, auf ihrer Basis Mietleitungen anzubieten (…). Die Beschwerdeführerin versucht zwar mit Hilfe von Rechenbeispielen zu belegen, dass keine signifikanten Zusatzinvestitionen erforderlich sind. Ihre Beispiele wie auch ihre weiteren diesbezüglichen Ausführungen vermögen indes den Standpunkt der Vorinstanz nicht zu erschüttern. Daran ändert nichts, dass diese die genaue Höhe der Zusatzkosten nicht untersucht oder beziffert hat, ist doch auch ohne weitere Untersuchungen und ohne genaue Bezifferung davon auszugehen, dass in der Regel massgebliche Zusatzkosten anfallen. So legt etwa auch der Preisunterschied zwischen den verschiedenen Zugangsformen beziehungsweise deren unterschiedliche Wertschöpfungsstufe nahe, dass die Produktion von Mietleitungen auf der Basis von TAL und KKF in der Regel mit signifikanten Zusatzkosten verbunden ist. Diese Einschätzung wird – wie die Vorinstanz überzeugend darlegt – weder durch das Migrationsprojekt von Sunrise noch die angeblich bestehende Möglichkeit der FDA, über TAL in Kombination mit SDSL kostengünstig Mietleitungen anzubieten, in Frage gestellt. Der Ausschluss von TAL mit SDSL widerspricht im Weiteren auch nicht der Argumentation der Vorinstanz zu den CES, betrachtet sie diese doch zu Recht nur dann als Mietleitungen, wenn es sich um Punkt-zu-Punkt-Verbindungen handelt. TAL und KKF sind somit nicht als Mietleitungssubstitute zu qualifizie-

ren. Die Marktabgrenzung der Vorinstanz ist daher auch in diesem Punkt zu bestätigen.

18.

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

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

Unterteilung gerade bei 2 Mbit/s erfolgen solle – das Kriterium der Substituierbarkeit aus Sicht der Marktgegenseite in unhaltbarer Weise verdreht.

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

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

Die zentrale Frage sei indes ohnehin nicht, inwieweit Mietleitungen unterschiedlicher Bandbreite miteinander substituierbar seien, sondern bei welchen Bandbreiten sie sich unabhängig verhalten könne bezie-

hungsweise bis zu welcher Bandbreite ihre Mietleitungen der Zugangsregulierung unterstellt werden sollen.

18.2 Die Beschwerdegegnerin weist den Standpunkt der Beschwerdeführerin pauschal zurück und verweist auf die Ausführungen der Vorinstanz und der WEKO. Diese hätten den Sachverhalt ausreichend und mit genügender Sorgfalt abgeklärt.

18.3 Die Vorinstanz begründet den Einbezug der Mietleitungen sämtlicher Bandbreiten in den gleichen sachlich relevanten Markt mit der festgestellten ununterbrochenen Substitutionskette beziehungsweise dem Fehlen einer Substitutionslücke. Der Beschwerdeführerin stünden mit ihren CELS und CES viele verschiedene Bandbreiten zwischen 2 Mbit/s und 34 Mbit/s zur Verfügung. Damit liessen sich sowohl die Preis- wie auch die Leistungssprünge genügend reduzieren und die Produkte könnten als Substitute verwendet werden. Die Nachfrage nach Mietleitungen mit beispielsweise 8 und 10 Mbit/s sei weitgehend denselben ökonomischen Gesetzmässigkeiten unterworfen. Der Bandbreitensprung sei nicht sehr gross, sodass sich die Nachfrage als Folge signifikanter Preisänderungen mit Sicherheit ausreichend verlagern würde. Dies mache deutlich, dass eine Marktabgrenzung zum Beispiel bei 8 Mbit/s genauso wenig angezeigt sei wie eine Abgrenzung bei einer anderen Bandbreite. Damit bejahe sie nicht etwa eine direkte nachfrageseitige Substituierbarkeit zwischen Mietleitungen mit einer Bandbreite von 2 Mbit/s und solchen mit einer Bandbreite von 34 Mbit/s. Sie sei jedoch davon überzeugt, indirekte Effekte über die Substitutionskette führten dazu, dass die Preisfestsetzung bei Mietleitungen mit einer Bandbreite von 2 Mbit/s jene bei Mietleitungen mit einer Bandbreite von 34 Mbit/s beeinflusse und umgekehrt.

Sie stufe die nachfrageseitige Substituierbarkeit von Mietleitungen unterschiedlicher Bandbreiten sowohl hinsichtlich deren Eigenschaften als auch deren Verwendungszwecks als klar und eindeutig ein, sodass zusätzliche komplexe Untersuchungen wie etwa eine ausführliche empirische Analyse hätten unterbleiben können. Dass die Regulierungsbehörden in den EU-Staaten das Bestehen einer Substitutionskette mit derartigen Analysen belegen müssten, könne im Übrigen aus der Regulierungspraxis in der EU trotz der von der Beschwerdeführerin erwähnten deutschen Rechtsprechung und des Umstands, dass insbesondere EU-Länder mit einer langen Regulierungspraxis zu ausführlichen empirischen Analysen neigten, nicht gefolgert werden. Wegen des Nachweises der nachfrageseitigen Substituierbarkeit seien im Weiteren angebots-

seitige Überlegungen, zum Beispiel zu Kupfer oder Glas, nicht erforderlich.

Auch die Resultate der österreichischen Regulierungsbehörde vermöchten die festgestellte nachfrageseitige Substituierbarkeit nicht in Frage zu stellen, könne doch auch für Österreich eine Substitutionskette nicht ausgeschlossen werden, wenn die Ethernet-Mietleitungen einbezogen würden. Der Marktanteil der ehemaligen Monopolistin in Österreich bei Mietleitungen mit einer Bandbreite bis 2 Mbit/s sei im Übrigen mehr als doppelt so gross wie der Marktanteil bei Mietleitungen mit einer grösseren Bandbreite. Dies weise auf signifikant bessere Wettbewerbsverhältnisse bei Bandbreiten ab 2 Mbit/s hin; entsprechend sei der Markt nach Bandbreiten unterteilt worden. In der Schweiz bezögen dagegen mit einer Ausnahme alle Anbieterinnen in allen Bandbreitenkategorien mehr als 50 % der Mietleitungen auf Vorleistungsstufe von der Beschwerdeführerin. Diese bliebe entsprechend selbst im Fall einer Unterteilung des Markts nach Bandbreiten in allen (Teil-)Märkten marktbeherrschend und unterläge folglich in diesen (Teil-)Märkten der Regulierung. Eine Unterteilung des Schweizer Markts nach Bandbreiten erscheine daher zumindest im gegenwärtigen Zeitpunkt auch im Licht der österreichischen Analyse nicht als sachgerecht.

Ihre Marktabgrenzung werde schliesslich auch nicht durch den Entscheid der WEKO vom 19. Oktober 2009 zur Preispolitik der Beschwerdeführerin im Bereich der ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line)-Dienste (vgl. Recht und Politik des Wettbewerbs [RPW] 2010/1 S. 116 ff.) in Frage gestellt. Die WEKO prüfe dort nicht im Detail, ob schmalbandige Internetdienste ein Substitut für breitbandige Internetdienste seien. Sie weise allerdings darauf hin, die für Breitbandverbindungen relevante DSL (Digital Subscriber Line)-Technik ermögliche, die niedrigeren Frequenzbereiche weiterhin für Sprachtelefonie zu benutzen, ausserdem stehe die Internetverbindung zeitlich unbegrenzt zur Verfügung. Die Unterscheidung zwischen einem Markt für schmal- und einem Markt für breitbandige Internetdienste könnte in diesem Fall also allenfalls aufgrund unterschiedlicher Produkteigenschaften gerechtfertigt sein. Demgegenüber habe sie bei ihren Untersuchungen im Mietleitungsmarkt keine unterschiedlichen Produkteigenschaften feststellen können.

18.4 Die WEKO führt in ihrem Gutachten aus, eine Abgrenzung des sachlich relevanten Markts bei 2 Mbit/s sei nicht angezeigt, da sich damit weder aus technologischer noch aus wettbewerbsrechtlicher Sicht etwas ändern würde. Aus Nachfragesicht sei zudem nicht ersichtlich, weshalb

die Unterteilung gerade bei 2 Mbit/s erfolgen solle. In ihren Stellungnahmen im Beschwerdeverfahren lehnt sie diese Abgrenzung weiterhin ab. Sie begründet dies mit dem Bestehen einer Substitutionskette beziehungsweise dem Fehlen einer Substitutionslücke. Die Nachfrager nach Mietleitungen betrachteten Mietleitungen mit ähnlicher Bandbreite als Substitutionsgüter. Die Substitutionskette lasse sich beliebig weiterverfolgen, weshalb eine Abgrenzung nach bestimmten Bandbreiten willkürlich wäre.

18.5 Ob die Vorinstanz zu Recht die Mietleitungen aller Bandbreiten einem einheitlichen Mietleitungsmarkt zugeordnet hat, hängt nicht davon ab, bei welchen Bandbreiten sich die Beschwerdeführerin unabhängig verhalten kann beziehungsweise bis zu welcher Bandbreite ihre Mietleitungen der Zugangsregulierung unterstellt werden sollen, sondern davon, ob die Mietleitungen sämtlicher Bandbreiten als Substitute zu betrachten sind beziehungsweise das Bestehen einer ununterbrochenen Substitutionskette zu bejahen ist (vgl. […] und MANI REINERT/BENJAMIN BLOCH, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Basel 2010, N. 169a zu Art. 4 Abs. 2 KG). Der diesbezügliche Standpunkt der Vorinstanz vermag dabei zu überzeugen. Das gilt nicht nur für ihre Beurteilung der Verhältnisse auf dem Mietleitungsmarkt, insbesondere ihre Bejahung der direkten beziehungsweise indirekten Substitutionsbeziehungen zwischen den Mietleitungen sämtlicher Bandbreiten, sondern auch für ihr methodisches Vorgehen und den Umfang ihrer Sachverhaltsabklärungen.

In methodischer Hinsicht verwendet sie namentlich weder das Konzept der Substitutionslücke in subjektiver und willkürlicher Weise noch beschränkt sie dieses und das Konzept der Substitutionskette auf die Bandbreite und damit eine einzelne Produkteigenschaft von Mietleitungen; ebenso wenig verdreht sie das Kriterium der Substituierbarkeit aus Sicht der Marktgegenseite in unhaltbarer Weise. Vielmehr verwendet sie diese Konzepte beziehungsweise dieses Kriterium korrekt und sachgerecht.

Ihre Sachverhaltsabklärungen genügen im Weiteren den Anforderungen des im Zugangsverfahren geltenden Untersuchungsgrundsatzes (…). Die direkten beziehungsweise indirekten Substitutionsbeziehungen zwischen den Mietleitungen aller Bandbreiten erscheinen klar und eindeutig und werden auch durch die von der Beschwerdeführerin genannten Indizien – etwa die wirtschaftlichen, technischen und historischen Gegebenheiten – nicht in Frage gestellt. Sie sind zudem von einer Komplexität, die eine strikte Beweisführung ausschliesst, weshalb an das Beweismass keine überspitzten Anforderungen gestellt werden dürfen (…). Die Vorinstanz

hat daher zu Recht auf zusätzliche komplexe Untersuchungen wie etwa eine empirische Analyse verzichtet. Wie sie zutreffend ausführt, legt auch die Situation in den EU-Staaten beziehungsweise die Rechtsprechung in Deutschland kein anderes Vorgehen nahe.

Der Marktabgrenzung der Vorinstanz steht weiter nicht entgegen, dass das Sekretariat der WEKO in seiner vorläufigen Prüfung vom 3. Januar 2011 betreffend das Zusammenschlussvorhaben Groupe E S.A./Swisscom (Schweiz) AG den Markt für Breitbandinternet unter Berücksichtigung technologiespezifischer Übertragungshöchstgeschwindigkeiten in drei Teilmärkte unterteilt hat. Diese Unterteilung wäre für die Abgrenzung des Mietleitungsmarkts nur relevant, wenn sie das Bestehen einer ununterbrochenen Substitutionskette in Frage stellte. Dies ist indes nicht der Fall, zumal in der Begründung der Unterteilung auf das Konzept der Substitutionskette nicht eingegangen wird. Dieser Ansicht scheint auch das Sekretariat der WEKO zu sein, unterscheidet es doch am gleichen Ort entsprechend der bisherigen Praxis der WEKO lediglich zwischen einem Markt für Mietleitungen im Fernnetz und einem Markt für Mietleitungen im Anschlussnetz, ohne die beiden Märkte weiter zu unterteilen. Gegen die Marktabgrenzung der Vorinstanz spricht auch nicht, dass die WEKO beim Internetmarkt zwischen einem Markt für schmal- und einem Markt für breitbandige Internetdienste unterscheidet, konnte die Vorinstanz doch bei ihren Untersuchungen auf dem Mietleitungsmarkt namentlich keine unterschiedlichen Produkteigenschaften feststellen, die das Bestehen einer ununterbrochenen Substitutionskette als fraglich erscheinen liessen. Die Marktabgrenzung der Vorinstanz wird schliesslich auch nicht durch den Schlussbericht des Sekretariats der WEKO vom 5. September 2011 in Sachen Vorabklärung betreffend die Glasfaserprojekte in den Städten St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern und Basel in Zweifel gezogen. Das Sekretariat der WEKO erachtet dort TAL insbesondere wegen seiner begrenzten Übertragungsgeschwindigkeiten nicht als Substitut zum Layer 1-Angebot über das Glasfasernetz mit seiner nahezu unbegrenzten Bandbreite. Wieso dies für die anders gelagerte Frage, ob zwischen den Mietleitungen sämtlicher Bandbreiten eine Substitutionskette bestehe, relevant sein soll, ist nicht ersichtlich.

Das Bundesverwaltungsgericht hat im Ergebnis somit keinen Anlass, von der Beurteilung der Vorinstanz und der darauf gestützten Marktabgrenzung abzuweichen. Dies gilt umso mehr, als eine Unterteilung des Mietleitungsmarkts nach Bandbreiten die Marktanalyse zumindest im gegenwärtigen Zeitpunkt wegen des hohen Marktanteils der Beschwerde-

führerin bei den Mietleitungen sämtlicher Bandbreitenkategorien nicht entscheidend beeinflussen würde (vgl. zum Marktanteil E. 24.1).

19.

19.1 Die Beschwerdeführerin rügt im Weiteren, für die Bestimmung einer Trunkortschaft genüge es, wenn an einem Ort neben ihr mindestens zwei FDA über Räume mit eigener Ausrüstung verfügten und hierfür einen Kollokationsvertrag mit ihr abgeschlossen hätten. Die PoP (Points of Presence) müssten dabei nicht über eigene oder langfristig gemietete Infrastruktur angebunden sein; vielmehr seien alle PoP zu berücksichtigen. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz sei somit nicht erforderlich, dass mindestens drei Verbindungen unterschiedlicher Anbieterinnen zwischen allen Trunkortschaften bestünden. Dies lasse sich weder mit dem Argument begründen, bei bloss einer Anbieterin oder zwei Anbieterinnen würden sicherlich Marktanteile von 40 bis 50 % erreicht, noch mit dem angeblichen Grundsatz « Two is not enough ». Zum einen könne auch hier aufgrund der Marktanteile allein nicht auf eine marktbeherrschende Stellung geschlossen werden. Zum anderen entbehre der von der Vorinstanz angeführte Grundsatz einer wirtschaftstheoretischen und rechtlichen Grundlage. Nicht ersichtlich sei weiter, welchen Erkenntnisgewinn der Hirschmann-Herfindahl-Index bei der Beurteilung der Wettbewerbsintensität bringen solle.

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

19.2 Die Beschwerdegegnerin weist den Standpunkt der Beschwerdeführerin pauschal zurück und verweist auf die Ausführungen der Vorinstanz und der WEKO. Diese hätten den Sachverhalt ausreichend und mit genügender Sorgfalt abgeklärt.

19.3 Die Vorinstanz führt in der angefochtenen Verfügung aus, die WEKO unterscheide in ihrem Gutachten aufgrund der Wettbewerbsverhältnisse zwischen einem Fern- und einem Anschlussnetz, wobei Ersteres Mietleitungen zwischen den PoI (Points of Interconnection) und Letzteres die restlichen Mietleitungen umfasse. Aus der Nachbefragung werde indes deutlich, dass das Gutachten der WEKO in diesem Punkt zu präzisieren und zwischen einem Trunknetz beziehungsweise -segment und

einem terminierenden Netz beziehungsweise terminierenden Segment zu unterscheiden sei. Das Trunknetz umfasse alle Verbindungen zwischen PoP, die über eigene oder langfristig gemietete Infrastruktur angebundenen seien und bei denen funktionierender Wettbewerb angenommen werde. Die Abgrenzung folge den effektiv bestehenden Wettbewerbsverhältnissen und nicht – wie bei der WEKO – der Netztopologie. Das Trunknetz umfasse somit nicht Verbindungen zwischen einer Anzahl genau definierter PoI oder PoP, sondern zwischen einer Anzahl genau definierter Ortschaften (sog. Trunkortschaften). Diese zeichneten sich dadurch aus, dass aufgrund der vorhandenen PoP eine minimale Anzahl von Verbindungsmöglichkeiten über unterschiedliche Anbieterinnen in jede andere Trunkortschaft vorhanden sei. Es erscheine sachgerecht, diese minimale Anzahl bei drei festzulegen. So halte die WEKO etwa an anderer Stelle fest, ein Marktanteil von 40 bis 50 % genüge als Indiz für eine Marktbeherrschung. Diese Marktanteile würden sicherlich erreicht, wenn nur eine Anbieterin oder zwei Anbieterinnen vorhanden seien. Für dieses Vorgehen spreche auch die Regulierungspraxis in anderen Ländern Europas. So sei in den Ländern der EU derzeit eine Art « Minimumregel » im Sinn von « Two is not enough » festzustellen.

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

19.4 Die WEKO unterscheidet in ihrem Gutachten zwischen einem Markt für Mietleitungen im Fernnetz und einem Markt für Mietleitungen im Anschlussnetz. Das Fernnetz schliesse sämtliche Verbindungen zwischen den 18 PoI des Telefonnetzes der Beschwerdeführerin ein, während das Anschlussnetz die restlichen Mietleitungen, im Wesentlichen diejenigen zwischen den PoI und den Endkunden, umfasse. Diese Marktaufteilung sei – so die Darstellung der WEKO in ihrer Vernehmlassung vom 2. Juli 2010 – aufgrund der verfügbaren Informationen als eine pragmatische Annährung an die komplizierten Verhältnisse auf den Miet-

leitungsmärkten erschienen. Sie sehe sich trotz der Präzisierung durch die Vorinstanz nicht veranlasst, von ihr abzuweichen. Während die Vorinstanz bei der Definition des Trunknetzes darauf abstelle, ob funktionierender Wettbewerb bestehe, berücksichtige sie die Wettbewerbsverhältnisse bei der Marktabgrenzung grundsätzlich nicht und folge damit der von den höheren Instanzen vorgegebenen Praxis. Sie begründe zudem die Unterteilung des Markts nicht – wie die Beschwerdeführerin immer wieder vorgebracht habe – mit den technischen Gegebenheiten des Netzes, sondern mit der Nachfrage der Marktgegenseite.

19.5

19.5.1 Bei der Unterscheidung zwischen einem Markt für Mietleitungen im Trunknetz und einem Markt für Mietleitungen im terminierenden Netz stellen sich im Wesentlichen zwei Fragen. Zum einen ist zu klären, ob diese Unterscheidung abzulehnen ist, weil sie die Wettbewerbsverhältnisse berücksichtigt, und stattdessen auf die Marktabgrenzung der WEKO abzustellen ist (vgl. E. 19.5.2). Zum anderen ist zu prüfen, ob die Vorinstanz – wie die Beschwerdeführerin rügt – die Trunkortschaften falsch definiert oder zumindest indirekte Verbindungen und Netzzusammenschlüsse ausser Acht gelassen hat (vgl. E. 19.5.3).

19.5.2 Ist die Frage der Marktbeherrschung zu beurteilen, konsultiert die Instruktionsbehörde die WEKO (Art. 11*a* Abs. 2 FMG i.V.m. Art. 8 Abs. 1 Bst. f des Geschäftsreglements der Kommunikationskommission vom 6. November 1997 [SR 784.101.115]). Die Vorinstanz ist an deren Gutachten zwar nicht gebunden, zumal in Wettbewerbsfragen neben der WEKO auch ihr ein Expertenstatus zu attestieren (vgl. AMGWERD, a.a.O., Rz. 415) und sie ausserdem in Telekommunikationssachen die Fachbehörde ist. Ein Abweichen vom Gutachten ist indes nur aus triftigen Gründen gerechtfertigt (vgl. BGE 132 II 257 E. 4.4.2; Verfügung der Vorinstanz vom 10. Juni 2005 i.S. TDC Switzerland AG vs. Swisscom Fixnetz AG betreffend Interkonnektion, Ziff. II.B.1.2.2.2). Dies insbesondere, weil die Konsultation der WEKO sicherstellen soll, dass das fernmelderechtliche Zugangsregime in Einklang mit dem allgemeinen Wettbewerbsrecht steht (vgl. die vorgenannte Verfügung der Vorinstanz, Ziff. II.B.1.2.2.2; AMGWERD, a.a.O., Rz. 415). Sofern die Vorinstanz vom Gutachten der WEKO abweicht, hat sie ihren Entscheid daher entsprechend zu begründen (BGE 132 II 257 E. 5.2).

Die WEKO verweist in ihrem Gutachten für die Abgrenzung des sachlich relevanten Markts grundsätzlich auf ihr früheres Mietleitungsgutachten vom 11. Oktober 2004 (RPW 2004/4 S. 1248 ff.). Darin unterscheidet sie

zwischen einem Markt für Mietleitungen, die von einem PoP zu einem anderen PoP verlaufen (Verbindungen im Fernnetz, Backbone), und einem Markt für Mietleitungen, die die Endkunden mit dem nächstgelegenen PoP verbinden (Verbindungen im Anschlussnetz; zur Unterscheidung zwischen Mietleitungen im Fern- und Anschlussnetz vgl. bereits das Gutachten der WEKO vom 7. Februar 2000 i.S. Interkonnektionsverfahren Commcare AG vs. Swisscom AG, RPW 2000/1 S. 74 f. Rz. 24 ff.). Zur Begründung führt sie aus, die Mietleitungen auf den beiden Märkten unterschieden sich von den technischen Eigenschaften, den Preisen, der Nachfrage und auch vom Angebot her zum Teil fundamental. Einzig bei der Empfehlung, auf welcher Netzhierarchiestufe der PoI festgelegt werden sollte, stellt sie darauf ab, bis auf welche Stufe die Markbeherrschung der Beschwerdeführerin reicht. Sie kommt dabei zum Schluss, auf der Stufe Transitzentrale des jeweiligen Regionalnetzes (etwa 18 Standorte) sei eine marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführerin vermutlich zu verneinen, da verschiedene andere Anbieterinnen präsent seien (vgl. das Gutachten der WEKO vom 27. September 2004 betreffend den schnellen Bitstromzugang, RPW 2004/4 S. 1276 Rz. 57, auf welches das Mietleitungsgutachten verweist).

Für die Marktabgrenzung der WEKO ist somit in erster Linie die grundlegende Unterscheidung zwischen Mietleitungen im Backbone und Mietleitungen zum Endkunden massgeblich. Die Wettbewerbsverhältnisse dienen dagegen lediglich dazu, die aufgrund dieser Unterscheidung vorgenommene Marktabgrenzung zu präzisieren beziehungsweise konkretisieren respektive den Umfang des Fernnetzes zu bestimmen. Sowohl die Darstellung der WEKO, sie berücksichtige bei der Abgrenzung des sachlich relevanten Markts die Wettbewerbsverhältnisse grundsätzlich nicht, als auch die Darstellung der Vorinstanz, die WEKO habe den Markt nach homogenen Wettbewerbsverhältnissen abgegrenzt und wie sie auf die Anzahl möglicher Anbieterinnen abgestellt, erweist sich damit als zu absolut. Dies gilt in gleicher Weise auch für die Darstellung der Vorinstanz, sie stelle für ihre eigene Marktabgrenzung auf die Wettbewerbsverhältnisse ab, und den entsprechenden Vorwurf der WEKO. Zwar trifft es zu, dass die Vorinstanz für die Bestimmung des Umfangs des Trunknetzes auf die Wettbewerbsverhältnisse abstellt, diese mithin zur Präzisierung beziehungsweise Konkretisierung ihrer Marktabgrenzung heranzieht. Sie weist indes ausdrücklich darauf hin, sie rücke nicht in grundsätzlicher Weise vom Gutachten der WEKO ab, sondern beschränke sich darauf, das Fernnetz sachgerecht und zeitgemäss zu konkretisieren. Ihrer Marktabgrenzung liegt somit unausgesprochen ebenfalls die grundlegen-

de Unterscheidung zwischen Verbindungen im Backbone und Verbindungen zum Endkunden zugrunde. Ihr Trunknetz umfasst entsprechend nur Mietleitungen zwischen PoP. Ihr Vorgehen stimmt somit im Wesentlichen mit dem der WEKO überein.

Diese Feststellung gilt – jedenfalls gemäss der Darstellung der Vorinstanz im Beschwerdeverfahren – auch insofern, als diese die Wettbewerbsverhältnisse im Rahmen der Marktabgrenzung nicht umfassend und im Detail, sondern lediglich soweit berücksichtigt, als dies für die Marktabgrenzung erforderlich ist, das heisst als sie ein – aus ihrer Sicht – aussagekräftiges Indiz für funktionierenden Wettbewerb sind. Ob ein solcher Wettbewerb tatsächlich besteht, prüft sie im Rahmen der Marktabgrenzung dagegen nicht. Es kann deshalb nicht gesagt werden, sie nehme zu Unrecht eine Prüfung der Marktstellung vor, ohne vorgängig den sachlich relevanten Markt abzugrenzen (vgl. zum zweistufigen Vorgehen REINERT/BLOCH, a.a.O., N. 3 ff. zu Art. 4 Abs. 2 KG; RETO A. HEIZMANN, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, Zürich/Basel/Genf 2005, Rz. 180; BGE 129 II 18 E. 7.2; Entscheid FB/2004-4 der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen [REKO/WEF] vom 4. Mai 2006 E. 6.1.3; RPW 2006/2 S. 361 f.).

Soweit die Vorinstanz vom Vorgehen der WEKO abweicht, tut sie dies im Weiteren aus triftigen Gründen. So legt sie überzeugend dar, dass die Netzhierarchie im Mietleitungsmarkt aus technischer Sicht keine Relevanz hat und sich die Wettbewerbsbedingungen im Backbone wegen des Ausbaus der eigenen Infrastrukturen durch die alternativen Anbieterinnen markant verändert haben, die Fernnetzdefinition der WEKO mithin nicht mehr sachgerecht und zeitgemäss ist. Die WEKO erläutert denn – worauf die Vorinstanz zu Recht hinweist – auch nicht, wie ein Fernnetz unabhängig von den technischen Vorgaben der Beschwerdeführerin zu definieren wäre. Ebenso wenig trägt ihre Marktabgrenzung den Entwicklungen der Wettbewerbsbedingungen im Backbone in einer Weise Rechnung, wie dies das detaillierte und dynamische Konzept der Vorinstanz tut.

Im Ergebnis ziehen somit beide Fachbehörden bereits bei der Marktabgrenzung die Wettbewerbsverhältnisse präzisierend beziehungsweise konkretisierend zur Bestimmung des Umfangs des Fern- beziehungsweise Trunknetzes heran. Dieses Vorgehen erscheint nicht offensichtlich als fehlerhaft. Insbesondere kann – wie dargelegt (vgl. hiervor) – nicht gesagt werden, damit werde zu Unrecht die Marktstellung geprüft, ohne

vorgängig den relevanten Markt abzugrenzen. Bei der Abgrenzung des räumlich relevanten Markts ist es zudem methodisch zulässig, die Wettbewerbsverhältnisse beziehungsweise homogenitätsbezogenen Aspekte zu berücksichtigen (…). Die Vorinstanz begründet weiter ihr Abweichen vom Gutachten der WEKO überzeugend. Das Bundesverwaltungsgericht sieht sich entsprechend nicht veranlasst, wegen der Kritik der WEKO von der Marktabgrenzung der Vorinstanz abzuweichen oder dieser die Marktabgrenzung der WEKO vorzuziehen.

19.5.3 Die Kritik der Beschwerdeführerin an der Trunkortschafts-Definition der Vorinstanz macht deutlich, dass sie diese Definition im Wesentlichen deshalb ablehnt, weil die verlangte Mindestanzahl von drei Verbindungen unterschiedlicher Anbieterinnen in jede andere Trunkortschaft keine verlässliche Aussage darüber zulasse, ob funktionierender Wettbewerb vorliege. Diese Kritik verkennt, dass die Vorinstanz das beanstandete Kriterium – jedenfalls nach ihrer Darstellung im Beschwerdeverfahren – lediglich heranzieht, um eine nachvollziehbare Marktabgrenzung anhand eines Indizes vorzunehmen, das in hinreichendem Ausmass auf funktionierenden Wettbewerb hindeutet, nicht jedoch, um festzustellen, ob solcher Wettbewerb tatsächlich besteht. Es muss daher nicht geeignet sein, eine allfällige Marktbeherrschung im Trunknetz beziehungsweise funktionierenden Wettbewerb im terminierenden Netz mit Sicherheit auszuschliessen. Die Vorinstanz macht solches im Beschwerdeverfahren denn auch nicht geltend. Vielmehr bringt sie vor, die Frage der Marktbeherrschung sei erst im Anschluss an die Marktabgrenzung bei der Prüfung der Marktstellung konkret zu untersuchen. Dabei sei ohne Weiteres möglich, dass im Trunknetz Marktbeherrschung beziehungsweise im terminierenden Netz keine Marktbeherrschung festgestellt werde. Die Abgrenzung nach Wettbewerbsverhältnissen bedeute lediglich, dass im Trunknetz tendenziell mehr Wettbewerb herrsche.

Massgeblich ist somit einzig, ob sich das Kriterium der Vorinstanz für eine nachvollziehbare Marktabgrenzung insofern eignet, als es in hinreichendem Ausmass auf funktionierenden Wettbewerb hindeutet, und ob es dem Kriterium der Beschwerdeführerin vorzuziehen ist. Beides ist zu bejahen. Zum einen lässt eine Mindestanzahl von drei Verbindungen unterschiedlicher Anbieterinnen in jede andere Trunkortschaft tendenziell auf funktionierenden Wettbewerb schliessen. Zum anderen ist eine solche Mindestanzahl für einen derartigen Schluss auch erforderlich. Allein die Präsenz dreier Anbieterinnen in einer Ortschaft, wie sie die Beschwerdeführerin für die Bestimmung einer Trunkortschaft genügen lässt, reicht

daher nicht aus, da sie nicht ausschliesst, dass zwischen zwei Ortschaften weniger als die erforderlichen drei Verbindungen unterschiedlicher Anbieterinnen bestehen.

Richtig erscheint im Weiteren, dass die PoP im Trunknetz über eigene oder langfristig gemietete Infrastruktur angebunden sein müssen. Gemäss der Vorinstanz ist eine derartige Anbindung für die Wettbewerbsfähigkeit alternativer Anbieterinnen unerlässlich. Auch die WEKO betrachtet die Erschliessung als wettbewerbswirksam. Die verlangte Anbindung steht somit im Einklang mit dem Bestreben der Vorinstanz, den Markt für Mietleitungen im Trunknetz anhand von Indizien abzugrenzen, die auf funktionierenden Wettbewerb hindeuten, beziehungsweise Mietleitungen, bei denen nicht in hinreichendem Ausmass auf solchen Wettbewerb geschlossen werden kann, von diesem Markt auszuschliessen.

Die Vorinstanz hat schliesslich weder indirekte Verbindungen ausser Acht gelassen noch Netzzusammenschlüsse zu Unrecht nicht berücksichtigt. Zum einen müssen Mietleitungen zwischen Trunkortschaften – wie die Vorinstanz zutreffend ausführt – nicht zwingend direkte Verbindungen sein; massgeblich ist einzig, ob in zwei Trunkortschaften jeweils mindestens drei gleiche Anbieterinnen präsent sind. Zum anderen stellt der Ausschluss gemeinsam hergestellter Mietleitungen vom Markt für Mietleitungen im Trunknetz sicher, dass lediglich diejenigen Mietleitungen, bei denen in hinreichendem Ausmass auf funktionierenden Wettbewerb geschlossen werden kann, zu diesem Markt gezählt werden. Er steht somit – ungeachtet gewisser Angebote, die die vom Markt geforderten Qualitätsansprüche allenfalls erfüllen – im Einklang mit dem Bestreben der Vorinstanz, den Markt für Mietleitungen im Trunknetz anhand von Kriterien abzugrenzen, die auf funktionierenden Wettbewerb hindeuten. Es ist daher auch nicht von Belang, dass die Vorinstanz die Zahl der bestehenden Netzzusammenschlüsse nicht abgeklärt hat.

Das Bundesverwaltungsgericht sieht sich somit im Ergebnis auch aufgrund der Kritik der Beschwerdeführerin nicht veranlasst, von der Marktabgrenzung der Vorinstanz abzuweichen.

20.

20.1 Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, in räumlicher Hinsicht sei zwischen dem Markt für terminierende Segmente in den sechs Agglomerationen Bern, Basel, Genf, Lausanne, Lugano und Zürich und dem Markt für terminierende Segmente in der restlichen Schweiz zu differenzieren, da sich die jeweiligen Wettbewerbsverhältnisse deutlich unter-

schieden. In den Agglomerationen finde intensiver Wettbewerb statt, der durch zahlreiche Fakten belegt und von Mitbewerbern bestätigt werde; alternative Angebote seien in ausreichender Zahl vorhanden. Die angebliche schweizweite Homogenität der Wettbewerbsverhältnisse, auf die sich die Vorinstanz wie auch die WEKO beriefen, sei eine unbelegte Behauptung. Welcher Marktanteil auf sie entfalle, sei im Übrigen keine Frage der Marktabgrenzung, sondern der Marktstellung. Der Umstand, dass sie landesweit auf dem Mietleitungsmarkt tätig sei, stelle ebenfalls keinen Grund für eine schweizweite Marktabgrenzung dar. Im Weiteren müsse eine FDA nicht zwingend in der gesamten Schweiz Mietleitungen nachfragen beziehungsweise anbieten. Verschiedene Anbieterinnen beschränkten ihre Tätigkeit vielmehr auf die Agglomerationen und träten somit nur für diese Regionen auf der Wholesale-Stufe als Nachfragerinnen auf. Auch der europäische Trend, auf den sich die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung verschiedentlich berufe, gehe in Richtung einer geografisch differenzierten Marktabgrenzung. Schliesslich habe auch die WEKO im Schlussbericht vom 5. September 2011 i.S. Vorabklärung betreffend die Glasfaserprojekte in den Städten St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern und Basel regionale Märkte abgrenzt, dies im Unterschied zu ihrem Mietleitungsgutachten.

20.2 Die Beschwerdegegnerin lehnt eine räumliche Aufteilung des Markts für terminierende Segmente von Mietleitungen ab. Zwar sei nicht zu bestreiten, dass in den sechs Agglomerationen ein gewisser Wettbewerb herrsche. Dieser vermöge die Beschwerdeführerin aber nicht ausreichend zu disziplinieren. Dies gelte vor allem, wenn es um den Anschluss mehrerer überregional verteilter Geschäftsliegenschaften gehe und der Agglomerationsteil nur einen Teil der nachgefragten Mietleitungsinfrastruktur darstelle, was eine der Hauptanwendungen für Mietleitungen sei. Die Beschwerdeführerin sei als einzige Anbieterin in der Lage, schweizweit ein einheitliches Mietleitungsangebot mit einheitlichen SLA zu unterbreiten, während alternative FDA gezwungen seien, ein Flickwerk von verschiedenen Anbietern mit bestenfalls unterschiedlichen SLA anzubieten, das nicht kompetitiv sei.

20.3 Die Vorinstanz definiert einen schweizweiten Markt für terminierende Segmente von Mietleitungen und hält eine räumliche Unterteilung des Markts für den relevanten Untersuchungszeitraum nicht für erforderlich. Zur Begründung führt sie aus, die Wettbewerbsverhältnisse seien landesweit genügend homogen. Aus der Marktbefragung gehe hervor, dass mit einer Ausnahme alle Anbieterinnen in allen Bandbrei-

tenkategorien mehr als 50 % der Mietleitungen auf der Vorleistungsstufe von der Beschwerdeführerin bezögen, dies sowohl in den sechs Agglomerationen als auch in der übrigen Schweiz. Im Weiteren würden Mietleitungen von FDA und Endkunden schweizweit nachgefragt und von FDA – falls möglich – auch in der gesamten Schweiz angeboten. Obschon im Übrigen die Liberalisierung des Telekommunikationsmarkts in Europa weiter fortgeschritten sei als in der Schweiz, unterteilten von den EU-Ländern nur gerade Grossbritannien und Österreich, die beide über eine lange Liberalisierungs- und Regulierungstradition verfügten, seit kurzem die Märkte regional. Es könne deshalb nicht gesagt werden, dieser Schritt sei auch in der Schweiz vorzunehmen. Schliesslich sei zwar nicht ausgeschlossen, dass die Homogenität der Wettbewerbsverhältnisse mittelfristig verschwinden könnte, mithin eine regionale Marktabgrenzung in künftigen Marktanalysen methodisch denkbar sei; absehbar sei eine solche Entwicklung jedoch noch nicht.

20.4 Die WEKO befürwortet in ihrem Gutachten eine schweizweite Abgrenzung des Markts für Mietleitungen im Anschlussnetz ebenfalls mit der Begründung, solche Mietleitungen würden von FDA und Endkunden landesweit nachgefragt und von FDA – falls möglich – auch in der gesamten Schweiz angeboten. Im Übrigen treffe es teilweise zwar zu, dass in den sechs Agglomerationen tendenziell mehr Konkurrenz aktiv sei als in der übrigen Schweiz; selbst in städtischen Gebieten sei die Wettbewerbsintensität jedoch sehr heterogen.

Im Beschwerdeverfahren hält sie an ihrer Marktabgrenzung fest und begründet dies mit den homogenen Wettbewerbsverhältnissen. Wegen des rasanten Ausbaus eines leistungsstarken Glasfasernetzes sei allerdings damit zu rechnen, dass in Zukunft eine gesonderte Betrachtung einiger Agglomerationen und allenfalls eine differenzierte Abgrenzung des räumlich relevanten Markts aufgrund unterschiedlicher Wettbewerbsbedingungen angebracht sein werde.

20.5

20.5.1 Während der räumlich relevante Markt für Mietleitungen im Trunknetz unstreitig die gesamte Schweiz umfasst, stellt sich beim Markt für Mietleitungen im terminierenden Segment zunächst die Frage, auf welchem Gebiet die Marktgegenseite, hier also FDA und Endkunden, diese Mietleitungen nachfragt beziehungsweise anbietet (…). Massgeblich ist dabei die Nachfrage beziehungsweise das Angebot in ihrer beziehungsweise seiner Gesamtheit, nicht die Nachfrage nach beziehungsweise das Angebot von einzelnen Mietleitungen (vgl. Gutachten der WEKO

vom 7. Februar 2000 i.S. Interkonnektionsverfahren Commcare AG vs. Swisscom AG, RPW 2000/1 S. 76 f. Rz. 38 f.). Die diesbezügliche Darstellung der Vorinstanz wie auch der WEKO vernachlässigt zwar etwas, dass es auch FDA gibt, die lediglich regional auf dem Markt auftreten; sie vermag indes im Grundsatz zu überzeugen. Die Nachfrage beziehungsweise das Angebot der Marktgegenseite legt entsprechend einen schweizweiten Markt für Mietleitungen im terminierenden Segment nahe.

20.5.2 Das durch die Nachfrage beziehungsweise das Angebot der Marktgegenseite bestimmte Gebiet kann allerdings nur dann gesamthaft als räumlich relevanter Markt definiert werden, wenn die Wettbewerbsverhältnisse eine gewisse Homogenität aufweisen. Ist dies nicht der Fall, sind unterschiedliche Märkte abzugrenzen (vgl. Verfügung der WEKO vom 5. Februar 2007 i.S. Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend Terminierung Mobilfunk, RPW 2007/2 S. 261 Rz. 138).

Die Beschwerdeführerin nennt zwar verschiedene Indizien, um den von ihr geltend gemachten intensiven Wettbewerb in den Agglomerationen zu plausibilisieren. Sie vermag indes – worauf bei der Prüfung der Marktstellung genauer einzugehen sein wird (vgl. E. 24.1) – nicht in Zweifel zu ziehen, dass ihr Marktanteil bei den Mietleitungen im terminierenden Netz in der hier relevanten Zeitspanne in den sechs Agglomerationen und der übrigen Schweiz relativ einheitlich war. Dass die Vorinstanz und die WEKO aus diesem relativ einheitlichen Marktanteil folgern, in der massgeblichen Zeitspanne hätten trotz gewisser Unterschiede zwischen den sechs Agglomerationen und der restlichen Schweiz genügend homogene Wettbewerbsverhältnisse bestanden, um einen gesamtschweizerischen Markt für Mietleitungen im terminierenden Netz abzugrenzen, vermag zu überzeugen. Wäre der Wettbewerb in den sechs Agglomerationen tatsächlich so intensiv beziehungsweise wären die dortigen Wettbewerbsverhältnisse tatsächlich so verschieden gewesen, wie die Beschwerdeführerin geltend macht, wären regional differenzierte Marktanteile zu erwarten gewesen. Mit dem Abstellen auf den Marktanteil wird weiter nicht die Frage der Marktabgrenzung mit der Frage der Marktstellung verwechselt, interessiert doch im vorliegenden Zusammenhang lediglich, ob der Marktanteil darauf schliessen lässt, die Wettbewerbsverhältnisse seien in der gesamten Schweiz genügend homogen gewesen. Da der festgestellte Marktanteil auf einer umfangreichen Marktbefragung basiert, kann auch nicht gesagt werden, die homogenen Marktverhältnisse würden lediglich behauptet, jedoch nicht bewiesen. Gegen eine aus-

reichende geographische Ausdifferenzierung des Markts spricht im Übrigen auch die von der WEKO festgestellte heterogene Wettbewerbsintensität innerhalb der sechs Agglomerationen.

Die Definition eines schweizweiten Markts für Mietleitungen im terminierenden Segment erscheint somit für die hier massgebliche Zeitspanne als richtig. Daran ändert nichts, dass der räumlich relevante Markt in Grossbritannien und Österreich unterteilt wird, kann doch daraus nicht gefolgert werden, die Voraussetzungen für eine derartige Unterteilung lägen auch in der Schweiz vor. Inwiefern schliesslich aus dem Schlussbericht des Sekretariats der WEKO vom 5. September 2011 i.S. Vorabklärung betreffend die Glasfaserprojekte in den Städten St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern und Basel, der fünf regionale Märkte abgrenzt, die das jeweilige Gebiet der an der Kooperation beteiligten Partner umfassen, etwas für die hier massgebliche Frage abgeleitet werden soll, ist nicht ersichtlich. Das Bundesverwaltungsgericht hat im Ergebnis somit keinen Anlass, von der Marktabgrenzung der Vorinstanz abzuweichen. Ob die Wettbewerbsverhältnisse die Definition eines schweizweiten Markts für Mietleitungen im terminierenden Netz weiterhin zulassen, wird die Vorinstanz in künftigen Fällen allerdings sorgfältig zu prüfen haben.

Marktstellung

21. Wie dargelegt, unterscheidet die Vorinstanz zu Recht einzig zwischen einem schweizweiten Markt für Mietleitungen im Trunknetz und einem schweizweiten Markt für Mietleitungen im terminierenden Netz. Es stellt sich somit die Frage, ob die Beschwerdeführerin auf diesen beiden Märkten als marktbeherrschende FDA zu qualifizieren ist. Dies ist zu bejahen, wenn sie als Anbieterin der zum jeweiligen Markt gehörenden Mietleitungen in der Lage ist, sich von den andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 [KG, SR 251]; vgl. E. 13.1). Massgeblich ist eine Gesamtwürdigung der konkreten Umstände; die einzelnen Kriterien sind dagegen nur bedingt aussagekräftig (vgl. REINERT/BLOCH, a.a.O., N. 268 zu Art. 4 Abs. 2 KG; HEIZMANN, a.a.O., Rz. 305; Gutachten der WEKO vom 20. November 2006 i.S. Gutachten Interkonnektionsverfahren Mobilfunkterminierung, RPW 2006/4 S. 751 Rz. 108; Botschaft des Bundesrates vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz, KG], BBl 1995 I 548). Nachfolgend wird zunächst auf die Marktstellung der Beschwerdeführerin auf dem Markt für Mietleitungen im Trunknetz eingegangen

(vgl. E. 22), anschliessend auf ihre Marktstellung auf dem Markt für Mietleitungen im terminierenden Netz (vgl. E. 23 f.).

22.

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

22.2 Die Beschwerdegegnerin bestreitet die Darstellung der Beschwerdeführerin pauschal und verweist grundsätzlich auf die Ausführungen der Vorinstanz und der WEKO. Diese hätten den Sachverhalt ausreichend und mit genügender Sorgfalt abgeklärt.

22.3 Die Vorinstanz räumt ein, die Beschwerdeführerin könne die Herleitung der Trunkortschaften nicht im Detail nachvollziehen, da die Antworten aus der zusätzlichen Marktbefragung von ihr zu Recht als Geschäftsgeheimnisse bezeichnet worden seien. Ihr Vorgehen, das sie in der angefochtenen Verfügung so detailliert wie möglich beschrieben habe, sei für das Bundesverwaltungsgericht in Kenntnis dieser Antworten indes verständlich. Mit der zusätzlichen Marktbefragung seien alle notwendigen Informationen gesammelt worden, um einen sachgerechten

Entscheid über die Trunkortschaften fällen zu können. Zu den Ausführungen der Beschwerdeführerin sei anzumerken, dass FDA gerade in grösseren Ortschaften mehrere PoP hätten. Bei der Bestimmung der Trunkortschaften könne daher nicht einfach auf die Anzahl PoP abgestellt werden, da sich durch die Präsenz mehrerer PoP in einer Ortschaft die Zahl der Trunkortschaften reduziere. Die Anwesenheit von drei Anbieterinnen in einer Ortschaft allein reiche im Weiteren für die Bestimmung einer Trunkortschaft nicht aus. Überdies sei nicht ersichtlich, inwiefern die Beschwerdeführerin bei ihrer Auswertung berücksichtigt habe, dass die PoP über eigene oder langfristig gemietete Infrastruktur angeschlossen sein müssten.

22.4 Die WEKO hält – wie erwähnt (vgl. E. 19.4) – in ihren Stellungnahmen im Beschwerdeverfahren an ihrer Unterscheidung zwischen einem Markt für Mietleitungen im Fernnetz und einem Markt für Mietleitungen im Anschlussnetz fest und lehnt die davon abweichende Marktabgrenzung der Vorinstanz ab. Sie nimmt entsprechend zur hier relevanten Frage nicht Stellung.

22.5

22.5.1 Die Vorinstanz nimmt in ihren Stellungnahmen im Beschwerdeverfahren für sich in Anspruch, sie habe bei der Prüfung der Marktstellung – im Unterschied zu ihrem Vorgehen bei der Marktabgrenzung – die Wettbewerbsverhältnisse im Trunknetz detailliert und konkret analysiert. Eine derartige Untersuchung geht aus der angefochtenen Verfügung allerdings nicht hervor und wird dort auch nicht geltend gemacht. Vielmehr scheint die Vorinstanz das im Rahmen der Marktabgrenzung abstrakt definierte Trunknetz anhand der Antworten aus der ergänzenden Marktbefragung konkretisiert und funktionierenden Wettbewerb bejaht zu haben, ohne weiter abzuklären, ob der durch die Anzahl der Verbindungen zwischen zwei Trunkortschaften indizierte Wettbewerb tatsächlich besteht. Dieses Vorgehen erscheint in zweierlei Hinsicht als nicht richtig. Zum einen betrifft die konkrete Bestimmung der Trunkortschaften nicht die Marktstellung, sondern die Marktabgrenzung. Sie wäre daher systematisch dort vorzunehmen gewesen. Dies gilt ebenso für die Prüfung der hier streitigen Frage, ob die Vorinstanz die Trunkortschaften korrekt bestimmt hat. Der Klarheit wegen wird jedoch in diesem Urteil dem Aufbau der angefochtenen Verfügung gefolgt. Zum anderen widerspricht die unterlassene Untersuchung der Wettbewerbsverhältnisse der Darstellung der Vorinstanz, die Kriterien zur Bestimmung der Trunkortschaften dienten einzig dazu, eine nachvollziehbare Marktabgrenzung vorzunehmen,

nicht jedoch dazu, die Wettbewerbsverhältnisse im solchermassen bestimmten Trunknetz abschliessend zu beurteilen. Die auf diese Kriterien gestützte Feststellung der Vorinstanz, in dem für die Jahre 2007 bis 2009 jeweils definierten Trunknetz bestehe funktionierender Wettbewerb, ist indes nicht an sich streitig. Sie erscheint zudem plausibel, insbesondere auch deshalb, weil die WEKO in ihrem Mietleitungsgutachten vom 11. Oktober 2004 im Fernnetz bereits aufgrund des aktuellen Wettbewerbs eine marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführerin verneint hat und sich die Marktverhältnisse bei Mietleitungen im Backbone seither in Richtung mehr Wettbewerb entwickelt haben. Das Bundesverwaltungsgericht hat daher keinen Anlass für weitere Abklärungen zu den Wettbewerbsverhältnissen im Trunknetz, wie es die Vorinstanz für die Jahre 2007 bis 2009 bestimmt hat. Zu klären ist aber, ob die Vorinstanz dieses Netz korrekt bestimmt hat.

22.5.2 Die Vorinstanz erläutert in der angefochtenen Verfügung zwar detailliert ihre Methode zur konkreten Bestimmung der Trunkortschaften. Sie führt aber nicht im Einzelnen aus, welche PoP welcher FDA sie für welches Jahr berücksichtigt, sondern nennt lediglich das Resultat, indem sie für die Jahre 2007 und 2008 übereinstimmend 25 Trunkortschaften und für das Jahr 2009 41 Trunkortschaften auflistet (…). Ihr Vorgehen ist anhand ihrer Erläuterungen und der Antworten in der ergänzenden Marktbefragung grundsätzlich nachvollziehbar, kann jedoch nicht im Einzelnen überprüft werden. Eine derartige Überprüfung erscheint allerdings auch nicht als notwendig, bestehen doch keine Hinweise darauf, dass die Vorinstanz die Trunkortschaften nicht so bestimmt hätte, wie sie es beschreibt, oder diese falsch hergeleitet hätte. Damit ist freilich noch nichts darüber gesagt, ob sie weitere Ortschaften hätte bestimmen sollen. Dies ist jedoch zu verneinen. Zwar verfügt die Beschwerdeführerin unstreitig über Informationen über die Kollokationsstandorte alternativer Anbieterinnen. Ihre Herleitung der Trunkortschaften aus diesen Informationen vermag indes nicht zu überzeugen. Zum einen beruht sie nicht auf der Definition der Trunkortschaft, die die Vorinstanz verwendet. Diese Definition ist aber – wie bei der Marktabgrenzung dargelegt (vgl. E. 19.5.3) – zutreffend und daher auch von der Beschwerdeführerin zu beachten. Zum anderen ist unklar, ob die Beschwerdeführerin für die Bestimmung der Trunkortschaften richtigerweise lediglich diejenigen PoP der alternativen Anbieterinnen berücksichtigt, die über eigene oder langfristig gemietete Infrastruktur angeschlossen sind. Sollte sie dies nicht tun, wäre ihre Ansicht zurückzuweisen (vgl. auch E. 19.5.3). Nichts für sich abzuleiten vermag die Beschwerdeführerin schliesslich aus den

öffentlich verfügbaren Informationen über die Anzahl PoP ihrer Konkurrentinnen. Wie die Vorinstanz zutreffend darlegt, kann für die Bestimmung der Trunkortschaften nicht einfach auf die Anzahl PoP abgestellt werden, da diese auch in der gleichen Ortschaft liegen können.

22.5.3 Für das Jahr 2010 hat die Vorinstanz das Trunknetz in ihrem Grundsatzentscheid über die Angebotspflicht der Beschwerdeführerin nicht konkretisiert. Sie hat jedoch gestützt auf ihre Definition des Trunknetzes eine marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführerin in diesem Netz auch für dieses Jahr grundsätzlich verneint. Dieser Entscheid ist nicht streitig und aufgrund der vorinstanzlichen Definition des Trunknetzes plausibel; er ist daher nicht zu beanstanden. Sollten der konkrete Umfang des Trunknetzes oder die Wettbewerbsverhältnisse im konkretisierten Trunknetz zwischen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin streitig werden, hätte die Vorinstanz gegebenenfalls im Rahmen des fortgeführten Zugangsverfahrens für das Jahr 2010 darüber zu befinden.

23.

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

23.2 Die Beschwerdegegnerin ist der Ansicht, die WEKO und die Vorinstanz hätten der Beschwerdeführerin im Markt für Mietleitungen im terminierenden Netz zu Recht schweizweit und bei den Mietleitungen aller Bandbreiten eine marktbeherrschende Stellung zuerkannt. Zur Begründung verweist sie grundsätzlich auf die Ausführungen der beiden Behörden, die sie ergänzt.

23.3 Die Vorinstanz bejaht eine marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführerin auf dem Markt für Mietleitungen im terminierenden Netz bei den Mietleitungen sämtlicher Bandbreiten sowie in der gesamten Schweiz. Sie stützt sich dabei im Wesentlichen auf das Gutachten der WEKO, das zum gleichen Schluss kommt. Zur Begründung verweist sie in der angefochtenen Verfügung zunächst auf den enorm hohen Anteil der Beschwerdeführerin an der mietleitungsfähigen Infrastruktur in der Schweiz. Die Analyse der Marktbefragung zeige zudem, dass mit einer Ausnahme alle anderen Anbieterinnen in allen Bandbreitenkategorien mehr als 50 % der Mietleitungen auf Vorleistungsstufe von der Beschwerdeführerin bezögen, und zwar sowohl in den sechs Agglomerationen als auch in der übrigen Schweiz. Auch wenn ein hoher Marktanteil nicht zwangsläufig bedeute, es bestehe kein wirksamer Wettbewerb, sei er doch ein starkes Indiz dafür. Der Marktanteil der Beschwerdeführerin werde von den alternativen Anbieterinnen sogar auf 75 bis 95 % geschätzt. Anbieterinnen, die Mietleitungen auf der Basis von KKF und TAL anböten, seien im Weiteren zwar in die Analyse der Marktstellung einbezogen worden, hätten aber nichts an deren Ergebnis geändert. Zu berücksichtigen sei sodann, dass die Beschwerdeführerin über eine schweizweite Anschlussinfrastruktur verfüge und letztlich den Zugang zu dieser kontrolliere, was weiterhin ein starker Wettbewerbsvorteil sei, wenn es um nationale Angebote gehe. Auch könne sie schweizweit von signifikanten Verbund- und Grössenvorteilen profitieren, wenn sie Kupfer- durch Glasfaserkabel ersetze. Zudem sei sie das mit Abstand grösste Fernmeldeunternehmen in der Schweiz und verfüge gemäss der WEKO aufgrund der mehrheitlich staatlichen Beteiligung über einen leichten oder privilegierten Zugang zu Kapitalmärkten beziehungsweise finanziellen Ressourcen. Neben dem aktuellen spreche auch der potenzielle Wettbewerb für eine marktbeherrschende Stellung, da er nicht genüge, um die Beschwerdeführerin zu disziplinieren. In ihren Stellungnahmen im Beschwerdeverfahren hält sie grundsätzlich an ihrem Standpunkt fest und weist die Einwände der Beschwerdeführerin zurück. Dies tut auch die WEKO.

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

sämtlichen Mietleitungen in den sechs Agglomerationen behandelt (E. 24.7 f.).

24.

24.1

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

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

teil circa 53 % und ihr Marktanteil basierend auf der Anzahl Kundenstandorte circa 52 %. Die aufgrund des Vorleistungsmarktanteils getroffenen Schlussfolgerungen gälten entsprechend auch für den kombinierten Vorleistungs- und Endkundenmarkt. Eigenleistungen seien sodann nicht einzubeziehen. Mietleitungen, die eine Anbieterin für sich selber auf der Vorleistungsstufe erbringe, um sie auf dem Endkundenmarkt zu verkaufen, würden zwar nicht auf der Vorleistungsstufe (als Eigenleistung), jedoch auf der Endkundenstufe berücksichtigt. Der Einbezug von Eigenleistungen führte daher zu vielen Doppelzählungen; ausserdem erhöhte er den Marktanteil der Beschwerdeführerin. Die Marktanteilsschätzungen der Beschwerdeführerin wichen weiter von den Marktanteilen ab, die sie erhoben habe. Während diese auf den Daten der Marktbefragung und somit auf den verlässlichsten Daten beruhten, die ihr zur Verfügung stünden, stelle sich bei den Berechnungen der Beschwerdeführerin die Frage, ob die Basiswerte korrekt seien und ob sie dem definierten relevanten Markt entsprächen. Schliesslich habe sie sich keineswegs auf eine Analyse der Marktanteile beschränkt.

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

24.1.4 Bereits aus der angefochtenen Verfügung wird deutlich, dass die Vorinstanz ihre Berechnung des Marktanteils der Beschwerdeführerin auf der Vorleistungsstufe weder auf das theoretische Kundenpotential noch auf die Marktanteilsschätzungen alternativer Anbieterinnen stützt, sondern ihr die in der Marktbefragung und der ergänzenden Nachbefragung erhobenen einschlägigen Daten zugrunde legt. Die Vorinstanz hat ihr

Vorgehen im vorliegenden Beschwerdeverfahren weiter erläutert, ohne indes eine detaillierte Berechnung des Marktanteils vorzulegen. Ihr Vorgehen ist in Kenntnis der Antworten aus der Marktbefragung und der ergänzenden Nachbefragung grundsätzlich nachvollziehbar, kann aber nicht im Einzelnen überprüft werden. Das gilt gleichermassen für ihre Berechnung der beiden Marktanteile auf dem kombinierten Vorleistungs- und Endkundenmarkt (Umsatzmarktanteil und Marktanteil basierend auf der Anzahl Kundenstandorte), die ebenfalls auf den in der Marktbefragung und ergänzenden Nachbefragung erhobenen Daten basiert. Eine detaillierte Überprüfung erscheint jedoch auch nicht erforderlich, bestehen doch weder beachtliche Hinweise darauf, dass die Berechnungsmethode der Vorinstanz unzulässig, unangemessen oder fehlerhaft ist, noch darauf, dass diese die Marktanteile nicht wie angegeben oder falsch berechnet hat. Insbesondere vermag ihre Argumentation, der Einbezug der Eigenleistungen bei der Berechnung der Marktanteile auf dem kombinierten Vorleistungs- und Endkundenmarkt führte zu vielen Doppelzählungen und sei abzulehnen, zu überzeugen.

Die berechneten Marktanteile beruhen weiter nicht auf einer den Untersuchungsgrundsatz verletzenden, unzureichenden Abklärung des Sachverhalts. Die Vorinstanz führt zwar aus, bei den Daten aus der Marktbefragung handle es sich um die verlässlichsten, die ihr zur Verfügung stünden. Damit räumt sie aber nicht etwa ein, den Sachverhalt etwas ungenau abgeklärt zu haben. Vielmehr macht sie zu Recht geltend, diese Daten seien den nicht (gänzlich) einzuschätzenden Werten vorzuziehen, die die Beschwerdeführerin ihrer Marktanteilsberechnung beziehungsweise -schätzung zugrunde lege. Ausserdem bezieht sie sich auf die nicht zu bestreitende und von der Beschwerdeführerin auch nicht bestrittene Komplexität von Sachverhaltsermittlungen auf dem Mietleitungsmarkt. Auf diese weist auch die WEKO in ihrem Gutachten hin, wo sie erläutert, die Erhebung genauer Zahlen erweise sich als schwierig, da bei den meisten Grundlagen, auf denen der Marktanteil berechnet werden könnte, gewisse Verzerrungen unvermeidlich seien; im Übrigen sei der Markt intransparent und genaue Zahlen kaum erhältlich. Angesichts dieser Verhältnisse auf dem Mietleitungsmarkt dürfen an das Beweismass keine überspitzten Anforderungen gestellt werden (vgl. E. 13.3). Die Vorinstanz durfte deshalb für die Berechnung der Marktanteile ohne weitere Sachverhaltsabklärungen auf die Daten aus der aufwendigen Marktbefragung abstellen. Sie durfte überdies die solchermassen berechneten Marktanteile auch für die Marktanalyse betreffend das Jahr 2010 heranziehen, bestehen doch keine beachtlichen Hinweise darauf, dass die

Wettbewerbsverhältnisse in diesem Jahr von denen des Vorjahrs in massgeblicher Weise abwichen.

Unzutreffend ist schliesslich, dass die Vorinstanz einseitig auf den Marktanteil abgestellt habe. Bereits in der angefochtenen Verfügung weist sie darauf hin, ein hoher Marktanteil bedeute nicht zwangsläufig, es bestehe kein Wettbewerb, sondern sei lediglich ein starkes Indiz dafür. Sie berücksichtige entsprechend noch weitere Faktoren (vgl. E. 23.3). Diese Faktoren ermöglichen zusammen mit dem Marktanteil eine Gesamtbetrachtung der Marktstellung der Beschwerdeführerin, ohne dass sie ausführlich erläutert werden müssten. Es kann deshalb auch nicht gesagt werden, die Vorinstanz habe zu wenige Faktoren berücksichtigt beziehungsweise lediglich allgemein auf diese hingewiesen; vielmehr hat sie die Marktstellung der Beschwerdeführerin ausreichend analysiert. Sie durfte daher auf Preisanalysen verzichten, zumal diese – wie sie überzeugend ausführt – im komplexen Mietleitungsmarkt nur schwer durchführbar sind und ganz grundsätzlich an das Beweismass keine überspitzten Anforderungen gestellt werden dürfen.

24.2

24.2.1 Die Beschwerdeführerin rügt weiter, die Vorinstanz habe sich bei der Prüfung der Marktstellung nicht fundiert und nachvollziehbar mit der mietleitungsfähigen Infrastruktur der Cablecom und der anderen Kabelnetzbetreiber auseinandergesetzt. Nachdem sie in einem ersten Schritt die Koaxialkabel der Kabelnetzbetreiber vollständig vom relevanten Markt ausgenommen habe, stelle sie sich bei der Prüfung der Marktstellung auf den Standpunkt, selbst die Berücksichtigung des Glasfasernetzes der Cablecom – das 160'000 km umfasse und sich für Mietleitungen bestens eigne – ändere nichts an ihrer Marktstellung, da sie (die Beschwerdeführerin) sich in Bezug auf deren mietleitungsfähige Infrastruktur stark verschätze. Eine eingehende Prüfung der Marktwirkungen der mietleitungsfähigen Infrastruktur der Kabelnetzbetreiber, die namentlich im Zusammenhang mit IP-basierten und Ethernet-Diensten eine wichtige Rolle spiele, werde so von vornherein verunmöglicht. Zwar führe die Vorinstanz aus, sie habe die mietleitungsfähige Infrastruktur der Cablecom in ihre Beurteilung einbezogen, was im Ergebnis zu einer Erhöhung der Anzahl der Trunkortschaften geführt habe. Die Infrastruktur der Cablecom sei indes nicht nur bei der Ermittlung der Trunkortschaften zu berücksichtigen, da sie auch die Marktsituation bei den terminierenden Segmenten beeinflusse. Hier sei die Stellung der Cablecom analog ihrer Stellung. 85 % der Unternehmen – und damit der potenziellen Mietlei-

tungskunden – befänden sich weniger als 500 m von deren Glasfasernetz entfernt. Sie könne daher im Bedarfsfall problemlos Kunden an dieses Netz anschliessen. Ausserdem verfüge sie über 2'500 km Backbone-Kabelkanalisationen und 15'000 km Kabelkanalisationen, mit denen Kunden an den Backbone angeschlossen seien.

24.2.2 Die Vorinstanz führt in der angefochtenen Verfügung aus, die glasfaserbasierte und somit mietleitungsfähige Infrastruktur der Cablecom sei zwar zu berücksichtigen. Dies ändere jedoch nichts an der Beurteilung der Marktstellung der Beschwerdeführerin, da sich diese in Bezug auf die mietleitungsfähige Infrastruktur der Cablecom stark verschätze. Insgesamt kontrolliere die Beschwerdeführerin mit deutlichem Abstand die grösste Menge mietleitungsfähiger Infrastrukturen. Der Anteil der Kabelnetzbetreiberinnen an der mietleitungsfähigen Infrastruktur sei dagegen unbedeutend. Im Beschwerdeverfahren hält sie grundsätzlich an ihrem Standpunkt fest und führt ergänzend aus, der Einbezug der mietleitungsfähigen Infrastruktur der Cablecom sowie aller anderen Anbieterinnen habe dazu geführt, dass ein breiteres unreguliertes Trunknetz habe definiert werden müssen. Ausserdem hebt sie hervor, sie habe die Cablecom in der Marktuntersuchung zu ihrer mietleitungsfähigen Infrastruktur befragt und die Daten analysiert, mithin diese Daten konkret erhoben.

24.2.3 In der Marktuntersuchung wurden die Cablecom sowie weitere Kabelnetzbetreiberinnen zu ihrer mietleitungsfähigen Infrastruktur befragt. Die Vorinstanz zieht aus der Auswertung der so erhobenen konkreten Daten zutreffend den Schluss, der Anteil der Kabelnetzbetreiberinnen an der mietleitungsfähigen Infrastruktur sei unbedeutend. Dies gilt insbesondere für die entsprechende Infrastruktur der Cablecom, wird diese von der Beschwerdeführerin doch in der Tat erheblich überschätzt. Damit ist freilich noch nichts darüber gesagt, ob die Vorinstanz allein gestützt auf diese Feststellung einen Einfluss der mietleitungsfähigen Infrastruktur auf die Marktstellung der Beschwerdeführerin im terminierenden Netz verneinen durfte. Aus deren Ausführungen wird deutlich, dass sie im Wesentlichen beanstandet, die Vorinstanz habe die Möglichkeiten der Cablecom, Geschäftskunden an den Backbone anzuschliessen, und die Auswirkungen dieser Möglichkeiten auf ihre Marktstellung nicht ausreichend untersucht beziehungsweise gewürdigt. Dies ist jedoch nicht der Fall. Die Erschliessungsmöglichkeiten von Cablecom betreffen die Frage, ob die Wettbewerbssituation bei Produkten auf der Basis von Glasfaserleitungen anders ist als bei Produkten auf der Basis von Kupferleitun-

gen. Die Vorinstanz setzt sich im Beschwerdeverfahren mit dieser Frage – inklusive der Erschliessung von Kunden – bei der Prüfung der Marktstellung auseinander (vgl. E. 24.7). Es kann daher nicht gesagt werden, sie habe die marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführerin bei den Mietleitungen im terminierenden Netz bejaht, ohne die Erschliessungsmöglichkeiten von Cablecom – wie auch weiterer Anbieterinnen – zu berücksichtigen. Sie hat sich daher im Ergebnis in ausreichendem Mass mit der mietleitungsfähigen Infrastruktur der Cablecom und der anderen Kabelnetzbetreiberinnen auseinandergesetzt.

24.3

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

24.3.2 Die Vorinstanz führt in ihrer Stellungnahme vom 28. Juli 2010 aus, Telekommunikationsmärkte wiesen durchwegs hohe Fixkosten auf. In Verbindung mit dem Umstand, dass die Beschwerdeführerin auf dem Mietleitungsmarkt die höchsten Marktanteile habe, lasse dies ohne Weiteres den Schluss zu, die Beschwerdeführerin verfüge gegenüber anderen Anbieterinnen über Grössenvorteile. Im Übrigen verdeutlichten verschiedene Studien die Grössen- und Verbundvorteile beim Roll-out von Glasfaserkabel. In ihrer Duplik vom 9. Dezember 2010 führt sie aus, es sei zumindest tendenziell von Grössen- und Verbundvorteilen der Beschwerdeführerin bei der Erstellung eines Glasfasernetzes auszugehen. Die Aussage der Beschwerdeführerin, Grössenvorteile seien nicht als Markteintrittsschranken zu sehen, basiere im Weiteren auf einer einseitigen Inter-

pretation der ökonomischen Literatur. Im Unterschied zur Definition, die die Beschwerdeführerin heranziehe, anerkennten die meisten Autoren Grössenvorteile als Eintrittsbarrieren. Wichtiger als die Literatur sei indes die Fallpraxis. So stuften viele EU-Behörden Grössenvorteile in ständiger Praxis als Markteintrittsbarrieren ein; auch die Fallpraxis in der EU folge einer ähnlichen Logik. Grössenvorteile würden auch von der WEKO regelmässig bei der Beurteilung der Marktstellung herangezogen. Sie sehe entsprechend keinen Grund, von ihrer Einschätzung der Grössenvorteile als Markteintrittsschranke abzuweichen, zumal eine Neueintreterin auch nicht ohne Weiteres erwarten könne, nach dem Markteintritt rasch die gleiche Grösse wie die Beschwerdeführerin zu erreichen.

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

24.3.4 Die Ausführungen der beiden Fachbehörden sind grundsätzlich überzeugend. So gibt es insbesondere in industrieökonomischer Hinsicht keinen Konsens darüber, was als Marktzutrittsschranke anzusehen ist, und berücksichtigt die WEKO Grössenvorteile als eine derartige Schranke (vgl. REINERT/BLOCH, a.a.O., N. 312 ff. zu Art. 4 Abs. 2 KG; vgl. insbes. Gutachten der WEKO vom 20. November 2006 i.S. Gutachten Interkonnektionsverfahren Mobilfunkterminierung, RPW 2006/4 S. 747 Rz. 70). Es besteht daher kein Anlass, daran zu zweifeln, dass die Beschwerdeführerin beim Ersatz von Kupfer- durch Glasfaserkabel zumindest tendenziell Grössen- und Verbundvorteile und daraus resultierend Wettbewerbsvorteile hat. Ebenso wenig ist ein Grund erkennbar, wieso diese Grössenvorteile nicht als Marktzutrittsschranke qualifiziert und bei der Marktanalyse berücksichtigt werden sollten.

24.4

24.4.1 Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, es überzeuge nicht, dass die Vorinstanz in ihrer Stellungnahme vom 28. Juli 2010 den Gewinn auf dem Schweizer Markt als ausschlaggebendes Kriterium für

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

24.4.2 Die Vorinstanz führt aus, für internationale, in der Schweiz tätige Unternehmen gebe es nicht nur in der Schweiz Investitionsmöglichkeiten. Der Gruppengewinn solcher Unternehmen könne deshalb nicht dem von der Beschwerdeführerin weitgehend in der Schweiz erwirtschafteten Gewinn gegenübergestellt werden. Ausschlaggebend sei vielmehr die Finanzkraft auf dem Schweizer Markt, da der Mietleitungsmarkt national abgegrenzt worden sei. Zur Bestimmung dieser Finanzkraft könne auf den Gewinn auf dem Schweizer Markt abgestellt werden. Es sei davon auszugehen, dass dieser Gewinn bei anderen Telekomunternehmen signifikant tiefer sei als bei der Beschwerdeführerin.

24.4.3 Die WEKO verweist zum einen auf ihr Gutachten, wo sie stellvertretend für die finanziellen Ressourcen der Beschwerdeführerin deren Geschäftsergebnis im Jahr 2007 aufführt. Zum anderen zitiert sie den Geschäftsbericht der Beschwerdeführerin für das Jahr 2007, wo diese festhält, mit 5 Millionen Mobilfunkkunden, rund 3,7 Millionen Festnetzanschlüssen und 1,6 Millionen Breitbandanschlüssen sowie 19'844 Vollzeitstellen sei sie weiterhin das führende Telekomunternehmen in der Schweiz.

24.4.4 Die Ansicht der Vorinstanz vermag zu überzeugen. In der Tat erscheint es richtig, auf die Finanzkraft beziehungsweise den Gewinn auf dem Schweizer Markt abzustellen. Dabei kann nicht ernstlich bezweifelt werden, dass die Beschwerdeführerin das finanzstärkste Unternehmen auf dem Schweizer Mietleitungsmarkt ist. Dies zeigen etwa auch die von der Vorinstanz aufgeführten EBITDA-Zahlen (« earnings before interest, taxes, depreciation and amortization ») der Beschwerdeführerin und von Sunrise für das Jahr 2009. Nicht gefolgt werden kann der Beschwerde-

führerin zudem darin, die Finanzkraft spiele nur dann eine Rolle, wenn das allenfalls marktbeherrschende Unternehmen von günstigeren Konditionen bei der Kapitalbeschaffung profitieren könne (vgl. zum Kriterium der Finanzkraft HEIZMANN, a.a.O., Rz. 356 ff.; REINERT/BLOCH, a.a.O., N. 350 zu Art. 4 Abs. 2 KG; Gutachten der WEKO vom 3. September 2007 i.S. TDC Switzerland AG vs. Swisscom Fixnet AG betreffend schneller Bitstromzugang, RPW 2008/1 S. 226 Rz. 38 f. und 43; Stellungnahme der WEKO vom 6. März 2006 betreffend das Zusammenschlussvorhaben Swisscom Fixnet AG – Cybernet [Schweiz] AG, RPW 2006/2 S. 254 Rz. 57).

24.5

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

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

se Nachfrage auf sich zu vereinigen, dass sie gegenüber der Beschwerdeführerin eine starke Stellung erlangten.

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

24.5.4 Wie sowohl die Vorinstanz als auch die WEKO überzeugend darlegen, sind die Ausführungen der Beschwerdeführerin zu einer möglichen Mengenreduktion und einer gleichzeitigen Preiserhöhung aus ökonomischer Sicht nicht nachvollziehbar. Im Weiteren ist in der Tat nicht ersichtlich, wie Wholesale- oder Retailkunden eine derart grosse Nachfrage nach Mietleitungen auf sich zu vereinigen vermöchten, dass sie gegenüber der Beschwerdeführerin eine starke Position erlangten. Der Vorwurf der Beschwerdeführerin, die Stellung der Marktgegenseite sei nicht richtig gewürdigt worden, erweist sich somit als unzutreffend.

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

Die Vorinstanz macht geltend, die fragliche Studie stütze sich nicht auf eine Marktanalyse zur Beurteilung der Marktbeherrschung im Sinn von Art. 4 Abs. 2 KG. Weder grenze sie sachlich und räumlich relevante

Märkte ab noch untersuche sie Mietleitungsmärkte. Sie beziehe sich in erster Linie auf Breitbandprodukte im Endkundenmarkt und setze sich mit der Frage auseinander, wie eine allfällige zukünftige Regulierung auszugestalten wäre. Da es sich beim Breitbandmarkt um einen anderen Markt handle und ein gewisser Wettbewerb auf Infrastrukturebene in Form der regulierten TAL und KKF in der Marktanalyse bereits berücksichtigt werde, sei unklar, inwiefern die Studie neue Erkenntnisse liefern oder die Resultate der Marktanalyse beeinflussen oder relativieren könnte. Dieser Standpunkt ist nicht zu beanstanden.

24.7

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

schliessung von Kunden mit Mietleitungen auf der Basis von Glasfaserkabel gestalte sich für sie genau gleich wie für alle anderen FDA.

24.7.2 Die Beschwerdegegnerin führt aus, die Beschwerdeführerin verfüge selbst dann als einzige Anbieterin über eine eigene schweizweite flächendeckende Versorgung, wenn der Ausbau der Glasfasernetze zu den Endkunden flächendeckend fortgeschritten sei. Wolle sie die Beschwerdeführerin konkurrieren, sei sie darauf angewiesen, kommerzielle Angebote von einer Vielzahl von Anbietern für die Komplettierung ihres eigenen Netzes nachfragen zu können. Dies sei aber gerade im umkämpften Markt für Geschäftskunden in vielen Fällen nicht möglich, da alle Anbieter um dieselben Kunden buhlten. Im Weiteren habe die Beschwerdeführerin bereits alle wesentlichen Geschäftsliegenschaften mit Glas erschlossen. Ausserdem könne sie, falls eine Erschliessung tatsächlich notwendig werden sollte, Glasfaserkabel in die eigenen Kabelkanalisationen verlegen, und verfüge somit auch in zeitlicher Hinsicht über einen enormen Wettbewerbsvorteil.

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

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

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

24.7.5 Wie dargelegt (vgl. E. 24.1.4), beruht der von der Vorinstanz festgestellte schweizweit einheitliche Marktanteil auf der Vorleistungsstufe bei den Mietleitungen aller Bandbreitenkategorien auf einer aufwendigen Marktbefragung und besteht kein Anlass, die Methode zur Berechnung dieses Marktanteils oder das erzielte Ergebnis in Frage zu stellen; dieses ist zudem auf den kombinierten Vorleistungs- und End-

kundenmarkt übertragbar. Mit ihrem pauschalen Verweis auf die Infrastruktur und die Angebote beispielhaft aufgeführter alternativer Anbieterinnen sowie den geltend gemachten, nicht (gänzlich) einzuschätzenden Marktanteilen bringt die Beschwerdeführerin nichts vor, was dem gleichkäme oder Anlass böte, nicht auf den von der Vorinstanz berechneten Marktanteil abzustellen. Sie vermag entsprechend auch nicht deren auf diesen Marktanteil gestützte, überzeugende Schlussfolgerung in Frage zu stellen, sie habe bei Mietleitungen mit hohen Bandbreiten auch ohne flächendeckendes Glasfasernetz eine starke Marktstellung. Ihr Hinweis auf die angeblich sinkenden Preise für Wholesale-Mietleitungen mit Bandbreiten über 2 Mbit/s ändert daran nichts. Die Preisentwicklung für diese Mietleitungen wurde von der Vorinstanz nicht untersucht, was – wie dargelegt (vgl. E. 24.1.4) – auch nicht erforderlich war. Ob sich die Preise so entwickelten, wie die Beschwerdeführerin dies geltend macht, und ob – gegebenenfalls – diese Entwicklung auf den Wettbewerbsdruck zurückzuführen ist, kann und muss daher nicht beurteilt werden.

Nicht zu überzeugen vermag weiter, dass die Wettbewerbssituation bei Mietleitungen auf der Basis von Glasfaserleitungen, insbesondere wegen der Erschliessung von Neukunden, substantiell anders sein soll als bei Mietleitungen auf der Basis von Kupferleitungen. Wie die Vorinstanz zutreffend vorbringt, spricht gegen diese Darstellung zunächst der einheitliche Marktanteil der Beschwerdeführerin bei sämtlichen Bandbreitenkategorien, der gerade nicht auf einen substantiellen Unterschied hindeutet. Die Vorinstanz setzt sich sodann differenziert mit der Bedeutung des Markts für den physischen Zugang zur Endkundenschaft beziehungsweise der Verfügbarkeit der Vorleistungsprodukte für die Beurteilung der Marktzutrittsschranken auf dem Mietleitungsmarkt auseinander. Ihre Einschätzung, es sei tendenziell von Grössen- und Verbundvorteilen der Beschwerdeführerin bei der Erstellung eines Glasfasernetzes auszugehen, erscheint überzeugend, ebenso ihre Feststellung, bei den Teilnehmeranschlussleitungen auf der Basis von Glas könne selbst funktionierender Wettbewerb auf dem Vorleistungsmarkt oder dessen Regulierung höchstens mittelfristig zu mehr Wettbewerb bei Mietleitungen führen. Es spielt entsprechend für die Beurteilung der Wettbewerbssituation bei Mietleitungen auf der Basis von Glasfaserleitungen keine massgebliche Rolle, ob die Beschwerdeführerin bereits alle wesentlichen Geschäftsliegenschaften mit Glasfaserkabel erschlossen hat oder für ihre bestehenden Kunden im Bereich Mietleitungen mit hoher Bandbreite bereits über ein fein verästeltes Glasfasernetz verfügt.

Dass die Wettbewerbssituation bei Mietleitungen auf der Basis von Glasfaserleitungen substantiell anders ist, geht auch nicht aus der Aussage der Beschwerdegegnerin hervor, wonach der Markt für Geschäftskunden umkämpft sei. Diese Aussage bildet Bestandteil einer Passage, in der die Beschwerdegegnerin die Schwierigkeiten beziehungsweise Nachteile aufzeigt, die daraus resultieren, dass sie im Unterschied zur Beschwerdeführerin keine flächendeckende Versorgung mit eigener Infrastruktur anbieten kann, sondern auf die Komplettierung ihres Netzes durch andere Anbieterinnen und damit Konkurrentinnen angewiesen ist (vgl. E. 24.7.2). Die Aussage deutet somit auf Wettbewerb zwischen den alternativen Anbieterinnen hin, sagt indes nichts darüber aus, welcher Konkurrenz die Beschwerdeführerin auf dem Markt für Geschäftskunden ausgesetzt ist. Erst recht kann daraus nicht auf Wettbewerb auf dem gesamten Mietleitungsmarkt geschlossen werden.

Schliesslich sprechen auch die Angebote alternativer Anbieterinnen zur Erschliessung von Endkunden beziehungsweise die entsprechenden Erschliessungen nicht für eine substantiell andere Wettbewerbssituation bei Mietleitungen auf der Basis von Glasfaserleitungen, sind sie doch ohne Weiteres mit dem von der Vorinstanz festgestellten unzureichenden Wettbewerb auf dem Markt für terminierende Segmente von Mietleitungen vereinbar.

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

24.8.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, in den sechs Agglomerationen bestünden umfangreiche Telekommunikationsanlagen von Mitbewerbern, mit denen diese – sofern nicht bereits vorhanden – Direkterschliessungen zu Geschäftskunden erstellen könnten. Zum Beleg für den bestehenden Wettbewerb listet sie unter anderem die (wesentlichen) in diesen Agglomerationen aktiven Infrastrukturanbieter auf. Im Weiteren bringt sie vor, diverse FDA machten von der Möglichkeit, TAL mit SDSL als Mietleitungssubstitut einzusetzen, regen Gebrauch, und nennt einige ihr bekannte Zahlen. TAL mit SDSL sei in den sechs Agglomerationen gegenüber Mietleitungen mit einer Bandbreite von 2 Mbit/s die klar vorherrschende Technologie für symmetrische Datendienste und damit für die Anbindung von Mietleitungskunden. Die Annahme der Vorinstanz, diese Möglichkeit werde nur in Einzelfällen und in der Zukunft benutzt

werden, entspreche offensichtlich nicht der Realität. Ein weiteres Substitut für Mietleitungen im Anschlussnetz stellten die bestehenden Kabelkanalisationen verschiedenster Unternehmen dar. Zweifel an der Möglichkeit anderer FDA, Kunden mit eigener Infrastruktur anzuschliessen, seien heute – wie eigene Recherchen gezeigt hätten – nicht mehr angebracht. Starke Indizien für den Wettbewerbsdruck in den Agglomerationen seien weiter die von verschiedenen Kunden geforderten beziehungsweise von ihr gewährten Preisnachlässe und Rabatte, ihr nur begrenzter Erfolg bei Ausschreibungen von Mietleitungen und der Verzicht von Kunden, Mietleitungen bei ihr zu beziehen.

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

24.8.3 Die Beschwerdeführerin versucht zwar, mit eigenen Recherchen und Beispielen aus dem Marktgeschehen zu belegen, dass in den sechs Agglomerationen funktionierender Wettbewerb besteht. Sie macht indes nichts geltend, was der von der Vorinstanz festgestellten schweizweit einheitlichen Nachfrage nach den Mietleitungen aller Bandbreitenkategorien gleichkäme. Ebenso wenig vermag sie in Zweifel zu ziehen, dass die Wettbewerbsintensität in den sechs Agglomerationen heterogen ist. Die Vorinstanz legt im Weiteren überzeugend dar (vgl. E. 17.3), wieso sie

SDSL-Anschlüsse nicht zum Mietleitungsmarkt zählt. Sie schliesst daraus zu Recht, die von der Beschwerdeführerin genannten Zahlen zur Verwendung von TAL mit SDSL seien für die Beurteilung der Marktstellung der Beschwerdeführerin in den sechs Agglomerationen unerheblich. Der Vorwurf der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz gehe hinsichtlich TAL mit SDSL von realitätsfernen Annahmen aus, greift daher nicht.

Die Vorinstanz setzt sich weiter differenziert mit der Bedeutung des Markts für den physischen Zugang zur Endkundenschaft beziehungsweise der Verfügbarkeit der Vorleistungsprodukte für die Beurteilung der Marktzutrittsschranken auf dem Mietleitungsmarkt auseinander. Ihre Einschätzung, TAL auf der Basis von Kupfer werde mittelfristig den Wettbewerb bei auf Kupfer basierenden Mietleitungen positiv beeinflussen, habe sich jedoch in der hier relevanten Zeitspanne nicht massgeblich auf die Marktsituation ausgewirkt, erscheint überzeugend.

Schliesslich sprechen auch die von Beschwerdeführerin genannten Wettbewerbssymptome nicht gegen deren marktbeherrschende Stellung in den sechs Agglomerationen, sind sie doch ohne Weiteres mit dem von der Vorinstanz festgestellten unzureichenden Wettbewerb vereinbar.

24.9

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

24.9.2 Die Beschwerdegegnerin macht geltend, beim Ausbau der Glasfasernetze, mit denen die Endkunden flächendeckend angeschlossen werden sollen, handle es sich zum grössten Teil um Pilotprojekte. Im hier

massgeblichen Zeitraum habe es ausser kleinen, regional beschränkten Angeboten keine auch nur annähernd flächendeckende Glasfaserversorgung gegeben, was sich bis heute nicht geändert habe. Dies gehe ohne Weiteres auch aus der Beschwerde hervor, sei doch nach den dortigen Angaben mit einem teilweisen Ausbau der Glasfasernetze in Genf, Bern, St. Gallen und Luzern nicht vor dem Jahr 2014 und in den anderen Städten wie Zürich oder Basel nicht vor dem Jahr 2017 zu rechnen. Ob und inwieweit diese Projekte tatsächlich realisiert werden könnten, sei fraglich. Entscheidend sei indes, dass es sich selbst dann nicht um einen flächendeckenden, sondern um den Anschluss einer beschränkten Anzahl von Endkunden handeln würde; ausserdem sei der Ausbau zeitlich zu weit weg, um von einer disziplinierenden Wirkung im hier relevanten Zeitraum auszugehen.

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

24.9.4 Die WEKO ist ebenfalls der Ansicht, beim potenziellen Wettbewerb sei insbesondere der Ausbau des Glasfasernetzes bis zu den Endkunden (FTTH) zu beachten, den die Beschwerdeführerin in Kooperation mit verschiedenen Elektrizitätswerken in mehreren Städten und Regionen vornehme. Wie sich dieser auf den Wettbewerb im Mietleitungsmarkt in der Zukunft auswirken werde, sei heute noch höchst spekulativ. Für den hier relevanten Zeitraum habe er beziehungsweise die potenzielle Konkurrenz keinen Einfluss auf die Beurteilung der Marktstellung der Be-

schwerdeführerin, da er beziehungsweise sie diese nicht ausreichend zu disziplinieren vermöge.

24.9.5 Beim potenziellen Wettbewerb wird untersucht, ob andere Unternehmen als Wettbewerber neu in einen Markt eintreten oder als aktuelle Wettbewerber ihre Markstellung künftig verstärken könnten (vgl. HEIZMANN, a.a.O., Rz. 327; Verfügung der WEKO vom 18. Dezember 2000 i.S. Untersuchung gemäss Art. 27 KG gegen Intensiv SA, Grancia, RPW 2001/1 S. 102 Rz. 39). Eine disziplinierende Wirkung kommt der potenziellen Konkurrenz nur zu, wenn es im Fall von Wettbewerbsbeschränkungen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu Markteintritten kommt, die Zutritte rasch, das heisst innerhalb von zwei bis drei Jahren, erfolgen können und gross genug sind (vgl. REINERT/BLOCH, a.a.O., N. 342 ff. zu Art. 4 Abs. 2 KG; Verfügung der WEKO vom 5. Februar 2007 i.S. Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend Terminierung Mobilfunk, RPW 2007/2 S. 262 Rz. 145; Gutachten der WEKO vom 3. September 2007 i.S. TDC Switzerland AG vs. Swisscom Fixnet AG betreffend schneller Bitstromzugang, RPW 2008/1 S. 228 Rz. 57).

Wie die Vorinstanz, die WEKO und die Beschwerdegegnerin überzeugend darlegen, ist vorliegend nicht davon auszugehen, dass die Glasfaser-Ausbauprojekte den Wettbewerb im Mietleitungsmarkt im hier relevanten Zeitraum ausreichend zu beeinflussen vermochten, um die Beschwerdeführerin zu disziplinieren. Dies gilt gleichermassen für einzelne projektbezogene Ausbauvorhaben. Die gegenteiligen Ausführungen der Beschwerdeführerin ändern daran nichts. Zum einen beschränkt sich diese im Wesentlichen darauf, die angebliche disziplinierende Wirkung dieser Projekte zu behaupten, ohne sie ausreichend zu substantiieren. Zum anderen sind ihre Ausführungen widersprüchlich, macht sie doch in ihrer Beschwerdeschrift geltend, viele Projekte zum Ausbau der Glasfasernetze befänden sich noch in der Startphase. Dazu verweist sie auf eine Übersicht über die Glasfaser-Ausbauprojekte in mehreren grösseren Städten, darunter – mit Ausnahme von Lugano – auch Basel, Bern, Genf, Lausanne und Zürich, in denen sie einen besonders intensiven Wettbewerb auszumachen vermeint. Aus dieser Übersicht wird deutlich, dass – mit Ausnahme eines Pilotprojekts in Lausanne, bei dem kein Datum angegeben wird – bei keinem dieser Projekte ein Abschluss des Ausbaus vor dem Jahr 2014 geplant ist. Die geplanten Ausbaudaten liegen somit selbst nach den Angaben der Beschwerdeführerin ausserhalb der zwei bis drei Jahre, innerhalb derer die Markteintritte erfolgen müssten, um von der von ihr geltend gemachten disziplinierenden Wirkung der poten-

ziellen Konkurrenz ausgehen zu können. Die Beschwerdeführerin bestätigt im Übrigen, dass sie an den Ausbauprojekten beteiligt ist. Das Bundesverwaltungsgericht sieht sich entsprechend weder veranlasst, weitere Untersuchungen zum potenziellen Wettbewerb vorzunehmen oder anzuordnen, noch dazu, von der Einschätzung der Vorinstanz abzuweichen, wonach die Entstehung von Glasfasernetzen zwar mittelfristig einen Einfluss auf den Wettbewerb im Mietleitungsmarkt haben könnte, für den hier relevanten Zeitraum indes nicht massgeblich ist.

24.10 Als Ergebnis ist somit festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin die Marktanalyse der Vorinstanz nicht in Frage zu stellen vermag. Weder beruht deren Analyse auf einer unzureichenden Abklärung des Sachverhalts, zumal an das Beweismass angesichts der komplexen Verhältnisse auf dem Mietleitungsmarkt keine überspitzten Anforderungen gestellt werden dürfen, noch ist sie in methodischer Hinsicht zu beanstanden. Sie erscheint ausserdem inhaltlich überzeugend. Das Bundesverwaltungsgericht sieht sich entsprechend nicht veranlasst, von ihr abzuweichen. Es geht vielmehr wie die Vorinstanz davon aus, die Beschwerdeführerin habe in der hier relevanten Zeitspanne (Jahre 2007 bis 2010) auf dem Markt für Mietleitungen im terminierenden Netz in der gesamten Schweiz sowie bei den Mietleitungen sämtlicher Bandbreiten eine marktbeherrschende Stellung innegehabt.

Angebotspflicht

25.

25.1 Die Beschwerdeführerin ist wegen ihrer marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt für Mietleitungen im terminierenden Netz in den Jahren 2007 bis 2010 zwar grundsätzlich zur Gewährung des Zugangs verpflichtet (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. e FMG). Damit steht allerdings noch nicht abschliessend fest, ob die Vorinstanz die grundsätzlich bestehende Angebotspflicht korrekt bestimmt hat. Während die Beschwerdeführerin die verfügte Angebotspflicht für die Jahre 2007 bis 2009 – abgesehen von den bereits behandelten Rügen – nicht beanstandet, macht sie – über die bereits behandelten Rügen hinaus – geltend, es sei nicht einzusehen, wieso sie im Jahr 2010 sämtliche Servicequalitäten anbieten solle, die sie auch kommerziell anbiete. Die Vorinstanz führe diesbezüglich zwar aus, in Bezug auf Auswahl, Umfang und Qualität müssten alternative Anbieterinnen in der Lage sein, Vorleistungsprodukte zu beziehen, die es ihnen ermöglichten, auf den nachgelagerten Märkten Mietleitungen zu denselben Bedingungen anzubieten, wie es die marktbeherrschende Anbieterin könne. Nur so könnten sie in ein echtes Wettbewerbsverhältnis zu dieser

treten; andernfalls würden sie diskriminiert. Damit diese Ausführungen nicht eine blosse Annahme blieben, hätte die Vorinstanz aber prüfen müssen, ob die Mitbewerber höhere Servicequalitäten nicht auch in Form von Eigenleistungen erbringen könnten und ob sie (die Beschwerdeführerin) bei allen Servicequalitäten marktbeherrschend sei. In der angefochtenen Verfügung fänden sich jedoch keinerlei Hinweise auf eine solche Prüfung. Analoges gelte für ihre – ebenfalls abzulehnende – Verpflichtung, Schnittstellen beziehungsweise technische Spezifikationen auch dann anzubieten, wenn sie diese selber gar nicht verwende. Die Verfügung verschweige denn auch, dass es gerade nicht Sinn und Zweck der Zugangsregulierung sei, den blossen Wiederverkauf von fixfertig vorkonfigurierten Vorleistungen in jeder denkbaren, auch zukünftigen Ausprägung und damit das reine Trittbrettfahren zu begünstigen; vielmehr wolle die Zugangsregulierung den Dienste- und Infrastrukturwettbewerb basierend auf Eigenleistungen der Marktteilnehmer fördern.

Auch das Nichtdiskriminierungsgebot verpflichte sie nicht – so die Beschwerdeführerin im parallelen Mietleitungs-Zugangsverfahren zwischen ihr und Sunrise (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A–2970/2010 vom 22. März 2012) –, technische Spezifikationen und Schnittstellen bereitzustellen, die sie selber gar nicht nutze. Von seinem Sinngehalt und Zweck her verlange es nur, dass die marktbeherrschende Anbieterin anderen FDA mindestens diejenigen Schnittstellen anbiete, die sie für ihre eigenen Dienste verwende (sofern dem keine sachlichen Gründe entgegenstünden). Dies entspreche denn auch dem Wortlaut von Art. 55 Abs. 4 FDV. Ob die sehr weitgehende Angebotsverpflichtung von Art. 55 Abs. 2 FDV über eine ausreichende gesetzliche Grundlage verfüge, sei mehr als fraglich, müssten marktbeherrschende Anbieterinnen nach Art. 11 Abs. 1 FMG doch nur Zugang zu « ihren » Einrichtungen und « ihren » Diensten gewähren. Eine Verpflichtung, zusätzliche Einrichtungen und Dienste bereitzustellen, könne dieser Gesetzesbestimmung somit nicht entnommen werden.

25.2 Die Beschwerdegegnerin bringt hinsichtlich der Servicequalitäten vor, die Verpflichtung der Beschwerdeführerin, den Zugang diskriminierungsfrei zu gewähren, ergebe sich direkt aus Art. 11 Abs. 1 FMG, ebenso aus ihrem Antrag im Zugangsverfahren. Bezüglich der technischen Spezifikationen beziehungsweise Schnittstellen könne auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden. Es könne nicht sein, dass sie von der Beschwerdeführerin zur Anpassung ihres Netzes gezwungen werden, indem diese die Schnittstellen willkürlich definiere und die

Schnittstellen weglasse, die sie (die Beschwerdeführerin) nicht mehr benütze.

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

25.4

25.4.1 Nach Art. 11 Abs. 1 FMG müssen marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen auf transparente und nichtdiskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen in den abschliessend aufgezählten Formen Zugang zu ihren Einrichtungen und ihren Diensten gewähren. Bei Kabelkanalisationen besteht diese Verpflichtung nur, sofern diese über eine ausreichende Kapazität verfügen (Bst. f). Bei den übrigen Zugangsformen werden dagegen keine zusätzlichen Bedingungen genannt. Voraussetzung für die Pflicht zur Gewährung des Zugangs ist bei diesen Zugangsformen dem Wortlaut nach somit einzig die Marktbeherrschung.

Diese Interpretation wird durch die systematische Auslegung gestützt, macht doch die Zugangsregulierung generell die Pflicht zur Gewährung des Zugangs bei den übrigen Zugangsformen nicht von zusätzlichen Voraussetzungen abhängig. Sie steht zudem im Einklang mit der Entstehungsgeschichte und dem Zweck des Zugangsregimes (vgl. auch E. 11.4.3 f.). Dieses soll den Wettbewerbsvorteil beseitigen, über den die pflichtige Anbieterin nur deshalb verfügt, weil sie den fraglichen Bereich des Telekommunikationsmarkts beherrscht. Die Pflicht zur Gewährung des Zugangs 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 Pflicht zur Gewährung des Zugangs soll die marktbeherrschende Anbieterin 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 versetzt werden wie ihre Konkurrentinnen. Gleichzeitig sollen dadurch – im umgekehrten Sinn – die erheblichen Marktzutrittsschranken für die Konkurrentinnen beseitigt werden. 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 mit Hinweisen; BVGE 2011/13 E. 6.1).

Die Pflicht zur Gewährung des Zugangs zu den Mietleitungen im terminierenden Netz setzt somit einzig die Marktbeherrschung bei diesen Mietleitungen, mithin bei der Bereitstellung von transparenten Übertragungskapazitäten über Punkt-zu-Punkt-Verbindungen in diesem Netz, voraus. Sie hat zur Folge, dass die marktbeherrschende Anbieterin – hier also die Beschwerdeführerin – den Zugang zu ihren Datenübertragungsdiensten unabhängig von deren konkreter Ausgestaltung zu gewähren hat. Eine marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführerin bei den konkreten Servicequalitäten, Schnittstellen und technischen Spezifikationen ist daher nicht erforderlich. Ebenso wenig muss die um Zugang nachsuchende Anbieterin ausser Stande sein, Mietleitungen wie die von ihr nachgefragten, namentlich solche mit den gleichen Servicequalitäten, Schnittstellen und technischen Spezifikationen, selber zu produzieren. Dies widerspräche vielmehr gerade Sinn und Zweck des Zugangsregimes. Ob die Vorinstanz die von ihr genannten Servicequalitäten und

Schnittstellen beziehungsweise technischen Spezifikationen zu Recht der Angebotspflicht unterstellt hat, hängt deshalb nicht davon ab, ob die Beschwerdeführerin bei diesen marktbeherrschend war beziehungsweise die Beschwerdegegnerin ausser Stande, diese Servicequalitäten und Schnittstellen beziehungsweise technischen Spezifikationen selber zu produzieren. Der diesbezügliche Einwand der Beschwerdeführerin greift daher nicht.

25.4.2 Gemäss dem Wortlaut von Art. 11 Abs. 1 FMG müssen marktbeherrschende Anbieterinnen lediglich Zugang zu « ihren » Einrichtungen und « ihren » Diensten gewähren. Diese Formulierung legt nahe, dass die Pflicht zur Gewährung des Zugangs auf die jeweils bestehenden Einrichtungen und Dienste der marktbeherrschenden Anbieterin beschränkt ist. Es liesse sich zwar argumentieren, diese gewähre den alternativen Anbieterinnen auch dann Zugang, wenn sie ihnen zusätzliche Einrichtungen und Dienste bereitstelle. Diese Einrichtungen und Dienste müssten von ihr indes eigens für die alternativen Anbieterinnen produziert werden, weshalb nach dem üblichen Sprachgebrauch nicht gesagt werden kann, es handelte sich um « ihre » Einrichtungen und « ihre » Dienste.

Diese Interpretation wird durch die Entstehungsgeschichte und den Zweck des Zugangsregimes gestützt (vgl. E. 25.4.1; vgl. auch E. 11.4.3 f.), will dieses doch insbesondere die alternativen Anbieterinnen in die gleiche Lage versetzen wie die marktbeherrschende Anbieterin, jedoch nicht in eine bessere. Der Einwand der Vorinstanz, eine einschränkende Interpretation hemme in zweckwidriger Weise die Innovationskraft des Wettbewerbs, ändert daran nichts. Zwar war die Einführung des Zugangsregimes, insbesondere die Verankerung des vollständig entbündelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss, mit der Hoffnung verbunden, der Wettbewerb sowie die geschäftliche und technische Innovation würden gefördert (vgl. insbes. Botschaft zur Änderung des FMG, BBl 2003 7951 passim). Dies sollte jedoch gerade dadurch erreicht werden, dass den neuen beziehungsweise alternativen Anbieterinnen der Zugang zu bestimmten bestehenden Einrichtungen und Diensten der marktbeherrschenden Anbieterin eingeräumt wurde. Dass dieses Mittel bei den Mietleitungen allenfalls nicht die erhofften Wirkungen zeitigen könnte, ändert an der ursprünglichen Regulierungsabsicht nichts.

Eine weite Interpretation kann auch nicht daraus abgeleitet werden, dass der Zugang nach Art. 11 Abs. 1 FMG in nichtdiskriminierender Weise zu gewähren ist. Der namentlich in Art. 52 FDV konkretisierte Grundsatz

der Nichtdiskriminierung verlangt, dass die marktbeherrschende Anbieterin die Zugangsdienstleistungen allen nachfragenden Anbieterinnen zu den gleichen Konditionen anbietet. Insbesondere darf sie keine Anbieterin schlechter stellen als ihre eigenen Geschäftseinheiten, Tochterfirmen oder anderen Partnerinnen (vgl. Art. 52 Abs. 2 FDV). Das gilt nicht nur für die Preise, sondern für sämtliche relevanten Geschäftsbedingungen (vgl. zum Ganzen BGE 132 II 284 E. 6.4; BVGE 2010/19 E. 9.3.3.4 und 9.3.10, BVGE 2011/13 E. 8.2.5 f.; AMGWERD, a.a.O., Rz. 304). Der Grundsatz regelt somit – neben dem Grundsatz der Transparenz –, auf welche Weise die marktbeherrschende Anbieterin den Zugang zu ihren Einrichtungen und Diensten gewähren muss (vgl. auch BVGE 2011/13 E. 8.2.7). Die Frage, zu welchen Einrichtungen und Diensten sie den Zugang zu gewähren beziehungsweise welche Einrichtungen und Dienste sie bereitzustellen hat, betrifft er dagegen nicht. Er vermag deshalb keine weiter gehende Angebotspflicht der marktbeherrschenden Anbieterin zu begründen. Art. 55 Abs. 4 FDV, der den Grundsatz der Nichtdiskriminierung allgemein für die Schnittstellen konkretisiert (vgl. Erläuterungsbericht des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation UVEK zur FDV vom 9. März 2007 S. 20; AMGWERD, a.a.O., Rz. 307 3. Lemma), sieht denn auch keine derartige weiter gehende Angebotspflicht vor; vielmehr verpflichtet er die marktbeherrschende Anbieterin in Übereinstimmung mit dem bisherigen Auslegungsergebnis, den anderen Anbieterinnen mindestens die Schnittstellen anzubieten, die sie für ihre eigenen Dienste verwendet.

Schliesslich lässt auch die Zugangsregulierung als Ganzes nicht den Schluss zu, die marktbeherrschende Anbieterin sei in grundsätzlicher und allgemeiner Weise verpflichtet, über die bestehenden eigenen Einrichtungen und Dienste hinaus zusätzliche Einrichtungen und Dienste für die nachfragenden alternativen Anbieterinnen zu produzieren und bereitzustellen. Die systematische Auslegung stützt damit grundsätzlich das bisherige Auslegungsergebnis.

Die marktbeherrschende Anbieterin ist somit nach Art. 11 Abs. 1 FMG grundsätzlich nur verpflichtet, den Zugang zu den jeweils bestehenden eigenen Einrichtungen und Diensten zu gewähren; eine darüber hinaus gehende Pflicht besteht dagegen grundsätzlich nicht. Das gilt auch für den Zugang zu den Mietleitungen. Art. 62 FDV, der diesen Zugang näher regelt, steht damit im Einklang, hält er doch einzig fest, die marktbeherrschende Anbieterin habe in ihrem Basisangebot die technischen und kommerziellen Bedingungen für Mietleitungen, insbesondere die techni-

schen Spezifikationen der Mietleitungen, die technischen Spezifikationen für die Zugangs- und Terminierungspunkte und die Spezifikationen der Schnittstellen zu veröffentlichen. Ob Art. 55 Abs. 2 FDV allenfalls eine weiter gehende Regelung enthält und ob diese gegebenenfalls zulässig wäre, kann vorliegend offen bleiben. Die Bestimmung sieht vor, dass andere Anbieterinnen von der marktbeherrschenden Anbieterin unabhängig von den Empfehlungen des BAKOM (vgl. dazu Art. 55 Abs. 1 FDV) Schnittstellen verlangen können, sofern diese der internationalen Harmonisierung entsprechen, technisch realisierbar sind und für die geplante Einführung von Diensten einen beachtlichen wirtschaftlichen Vorteil darstellen. Bei der von der Vorinstanz für das Jahr 2010 verfügten weiter gehenden Angebotspflicht für die Schnittstellen beziehungsweise technischen Spezifikationen handelt es sich erkennbar nicht um einen Anwendungsfall dieser Bestimmung. Die Vorinstanz beruft sich denn auch nicht auf diese, ebenso wenig die Beschwerdegegnerin.

Die Anordnung der Vorinstanz, die Beschwerdeführerin habe in technischer Hinsicht ein Mietleitungsangebot zu machen, das den markt- und branchenüblichen Anforderungen entspricht, entbehrt somit insoweit einer rechtlichen Grundlage, als die Beschwerdeführerin damit zur Bereitstellung von Schnittstellen beziehungsweise technischen Spezifikationen verpflichtet wird, die sie bei den Mietleitungen im terminierenden Netz – kommerziell oder sonst wie – nicht anbietet beziehungsweise verwendet. Die von der Vorinstanz für das Jahr 2010 verfügte Angebotspflicht ist deshalb entsprechend zu korrigieren. Für die von der Beschwerdegegnerin im Jahr 2010 bezogenen, der korrigierten Angebotspflicht unterstehenden Mietleitungen ist die Beschwerdeführerin – wie dargelegt (vgl. E. 7.4.4 und 8.2.3) – zu einem Angebot im bereits erläuterten Sinn an die Beschwerdegegnerin zu verpflichten (vgl. zum Angebot E. 7.4.4). Dazu ist ihr eine angemessene Frist einzuräumen, wobei zu berücksichtigen ist, dass sie nicht ein vollumfängliches Mietleitungsangebot auszuarbeiten hat.

Preise

26. Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Vorinstanz habe in der angefochtenen Verfügung zu Unrecht den Kostennachweis in verschiedenen Punkten angepasst und beantrage im vorliegenden Beschwerdeverfahren ausserdem zu Unrecht weitere Anpassungen. Diese Anpassungen seien rückgängig zu machen beziehungsweise nicht gutzuheissen und die Preise seien auf der Grundlage des berichtigten Kostennachweises neu festzusetzen. Zur Begründung führt sie aus, die Vorinstanz sei bei der

Preisfestlegung in verschiedener Hinsicht methodisch falsch vorgegangen. Ihre Anpassungen stünden weiter im Widerspruch zur Preisfestlegung in früheren Zugangsverfahren. Ausserdem stütze sie sich bei den Kosten für Glasfaserspleissungen auf einen falschen Angebotspreis, alloziere die Kosten der Operating Support Systems und Business Support Systems (OSS/BSS) sowie die Kosten der Kanalisationsanlagen und die Schachtkosten proportional statt technologiespezifisch und stelle bei der Anzahl der Anschlussleitungen des Public Switched Telephone Network und des Integrated Services Digital Network (PSTN- und ISDN-Anschlussleitungen) auf eine falsche Prognose (« Forecast ») ab.

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

27. – 27.4 (…)

27.5

27.5.1 Gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG muss die marktbeherrschende Anbieterin von Fernmeldediensten den Zugang zu kostenorientierten Preisen gewähren. Damit wird die Preisberechnungsmethode in zweierlei Hinsicht spezifiziert: Zum einen sind die Zugangspreise unter Heranziehung der Kosten festzulegen, zum anderen müssen sie sich lediglich an diesen Kosten ausrichten beziehungsweise orientieren, nicht jedoch ihnen entsprechen, da Kostenorientierung nicht Kostengleichheit bedeutet (vgl. BGE 132 II 257 E. 3.3.2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A–300/2010 vom 8. April 2001 E. 3.3, teilweise publiziert in BVGE 2011/13).

Die in Art. 11 Abs. 1 FMG grundsätzlich vorgesehene Preisberechnungsmethode wird in Art. 54 FDV konkretisiert. Danach ist bei der Berechnung der Zugangspreise im Prinzip nicht auf die realen Kosten abzu-

stellen, die der den Zugang ermöglichenden Anbieterin entstehen. Vielmehr sind der Berechnung – dem Konzept der bestreitbaren Märkte folgend – die hypothetischen Kosten zugrunde zu legen, die einer Anbieterin entstünden, die neu in den Markt eintritt, auf Effizienz ausgerichtet ist und ein dem neuesten Stand der Technik entsprechendes Netz aufbaut. Auf diese Weise sollen Marktpreise simuliert werden, die sich in einer Wettbewerbssituation einstellen (vgl. zum Ganzen BGE 132 II 257 E. 3.3.2; Evaluationsbericht des Bundesrates vom 17. September 2010 zum Fernmeldemarkt, S. 61, nachfolgend: Evaluationsbericht; AMGWERD, a.a.O., Rz. 312 ff.). Der Bundesrat hat damit – abgeleitet aus der parlamentarischen Diskussion – einen Ansatz gewählt, der zwar auch preiswerte und qualitativ hochstehende Dienste anstrebt (vgl. BVGE 2011/13 E. 6.6; Evaluationsbericht, a.a.O., S. 73), in weiten Teilen aber die Idee des Infrastrukturwettbewerbs verkörpert. Insbesondere soll er « Trittbrettfahrerei » verhindern, das heisst, die alternativen FDA sollen nicht auf Kosten der Beschwerdeführerin die bestehende Infrastruktur zu ungerechtfertigt günstigen Konditionen nutzen können, sondern sich an den langfristigen Zusatzkosten der Netzkomponente, zu der sie Zugang erhalten, beteiligen. Art. 54 FDV gestattet es daher der marktbeherrschenden Anbieterin, die Zugangspreise so festzusetzen, dass es für die alternativen FDA preislich keinen Unterschied macht, ob sie die fehlende Infrastruktur selber erstellen (« make it ») oder eine Einrichtung beziehungsweise einen Dienst im Grosshandel erwerben (« buy it »; vgl. zum Ganzen BVGE 2011/13 E. 6.6).

Grundlage der kostenorientierten Preisberechnung bildet somit ein Kostenmodell (vgl. Evaluationsbericht, a.a.O., S. 61). Art. 54 FDV legt dessen wesentlichen Elemente fest, wobei er verschiedene unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet, die sich durch eine hohe technische Komplexität auszeichnen. Er überlässt es damit der Vorinstanz, das Kostenmodell beziehungsweise die kostenorientierte Preisgestaltung zu konkretisieren und die geeignetste Methode für deren Umsetzung zu bestimmen (vgl. BGE 132 II 257 E. 6.3; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A–300/2010 vom 8. April 2011 E. 3.7). Da anders als bei einer Buchhaltung keine verbindlichen Standards oder Usanzen existieren, wie die Modellkalkulation durchzuführen ist, obliegt ihr somit die Beurteilung zahlreicher Konkretisierungs- und Umsetzungsfragen. Dabei kommt ihr ein erheblicher Beurteilungsspielraum und ein grosses « technisches Ermessen » zu (vgl. BGE 132 II 257 E. 3.3.2 und E. 3.3.5; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A–300/2010 vom 8. April 2011 E. 3.7). Immerhin muss sie den vorgegebenen Rahmen einhalten, eine

taugliche und in sich konsistente Vorgehensweise wählen und diese Methode konsequent und in nachvollziehbarer Weise umsetzen. Sie hat dabei eine unabhängige, neutrale und möglichst objektive Haltung einzunehmen (vgl. BGE 132 II 257 E. 6.3). Die gerichtliche Kontrolle in diesem äusserst technischen Bereich hat in einer zurückhaltenden Weise zu erfolgen, die die speziellen Fachkenntnisse der zuständigen Behörden respektiert (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A–300/2010 vom 8. April 2011 E. 3.8).

27.5.2 Nach Art. 54 Abs. 1 FDV setzen sich die modellierten Kosten aus drei Komponenten zusammen (vgl. Evaluationsbericht, a.a.O., S. 61): den langfristigen Zusatzkosten der in Anspruch genommenen Netzkomponenten und den langfristigen Zusatzkosten, die ausschliesslich durch Zugangsdienstleistungen hervorgerufen werden (« long run incremental costs », LRIC), einem konstanten Zusatz, der auf einem verhältnismässigen Anteil an den relevanten gemeinsamen Kosten und Gemeinkosten basiert (« constant mark up »), und einem branchenüblichen Kapitalertrag für die eingesetzten Investitionen (Art. 54 Abs. 1 Bst. b–d FDV). Massgeblich sind dabei nur Kosten, die mit der Dienstleistung in einem kausalen Zusammenhang stehen (relevante Kosten, Art. 54 Abs. 1 Bst. a FDV).

Art. 54 Abs. 1 FDV sieht damit für die Verteilung der Kosten auf die einzelnen Produkte, das heisst für die sogenannte Kostenallokation, die LRIC-Methode vor. Bei dieser Methode wird die Kostenbasis grundsätzlich so auf die Produkte oder Inkremente verteilt, dass diese die langfristigen Zusatzkosten tragen, die anfallen, wenn das Inkrement zusätzlich produziert wird (vgl. Evaluationsbericht, a.a.O., S. 74; AMGWERD, a.a.O., Rz. 314 und 315 Bst. B). Die LRIC-Methode kann dabei unterschiedlich ausgestaltet werden (vgl. BVGE 2011/13 E. 4.6; Evaluationsbericht, a.a.O., S. 74). So kann zusätzlich zu den langfristigen Zusatzkosten ein Zuschlag für gemeinsame Kosten und Gemeinkosten sowie eine Verzinsung des eingesetzten Kapitals vorgesehen werden (vgl. Evaluationsbericht, a.a.O., S. 74). Wie soeben dargelegt, tut Art. 54 Abs. 1 FDV dem Wortlaut nach genau das. Dies stimmt mit der früheren Regelung (vgl. Art. 45 Abs. 1 FDV von 2001, AS 2001 2775) überein, an der Gesetz- und Verordnungsgeber festhalten wollten (vgl. BVGE 2011/13 E. 7.5). Es entspricht überdies dem Zweck der Preisberechnungsmethode, die modellierten Kosten möglichst den Kosten eines effizienten Markteintreters anzunähern, und wird auch durch die separate Auflistung der verschiede-

nen Kostenkomponenten, mithin durch die Systematik der Bestimmung gestützt.

Art. 54 Abs. 1 FDV legt somit für die Kostenallokation eine bestimmte Ausprägung der LRIC-Methode fest. Diese gestattet es der marktbeherrschenden Anbieterin – entsprechend dem Regulierungsziel, « Trittbrettfahrerei » zu ihren Lasten zu verhindern (vgl. E. 27.5.1) – namentlich, bei der Preisberechnung neben den langfristigen Zusatzkosten in einem gewissen Umfang auch gemeinsame und Gemeinkosten zu berücksichtigen. Ob sie von dieser Möglichkeit Gebrauch macht, ist dabei – vorbehältlich allfälliger wettbewerbswidriger Dumpingpraktiken – grundsätzlich ihr überlassen, bedarf sie doch keines weiter gehenden Schutzes (vgl. BVGE 2010/19 E. 13.6). Nicht in ihrem Belieben ist dagegen, ob sie über den in Art. 54 Abs. 1 Bst. c FDV vorgesehenen verhältnismässigen Anteil hinaus weitere gemeinsame und Gemeinkosten bis hin zu den Stand-alone-Kosten in die Preisberechnung einbeziehen will. Diese Bestimmung legt verbindlich fest, inwieweit gemeinsame und Gemeinkosten bei der Berechnung kostenorientierter Preise berücksichtigt werden dürfen; für einen weiter gehenden Einbezug solcher Kosten besteht deshalb kein Raum. Daran ändert nichts, dass sich Art. 54 FDV eng an die Theorie der bestreitbaren Märkte anlehnt. Hätte die Allokation zusätzlicher gemeinsamer und Gemeinkosten tatsächlich ins Belieben der marktbeherrschenden Anbieterin gestellt werden sollen, wäre Art. 54 Abs. 1 Bst. c FDV anders formuliert worden.

Aus Ziff. 3.2.4 Anhang 3 der Verordnung der Eidgenössischen Kommunikationskommission vom 17. November 1997 betreffend das Fernmeldegesetz (SR 784.101.112, nachfolgend: ComComV) ergibt sich nichts Anderes. Zwar sieht diese Bestimmung vor, für die Herleitung der Preisuntergrenze müssten die langfristigen Zusatzkosten des betroffenen Inkrements und für die Herleitung der Preisobergrenze die Stand-alone-Kosten, bestehend aus sämtlichen gemeinsamen und Gemeinkosten sowie den langfristigen Zusatzkosten der betroffenen Inkremente, ausgewiesen werden. Die Bestimmung unterscheidet jedoch bereits im Titel ausdrücklich zwischen der Preisobergrenze, der Preisuntergrenze und den kostenorientierten Preisen und hält zudem fest, auszuweisen seien auch die anteiligen gemeinsamen Kosten beziehungsweise die anteiligen Gemeinkosten, die zusammen mit den anteiligen Gemeinkosten beziehungsweise den anteiligen gemeinsamen Kosten und den langfristigen Zusatzkosten die kostenorientierten Preise ergäben. Ziff. 3.2.5 Anhang 3 ComComV verlangt entsprechend unter dem Titel « Kostenallokation »

insbesondere, bei der Zuschlüsselung der gemeinsamen und der Gemeinkosten müssten sachlich gerechtfertigte und nachprüfbare Kriterien angewendet und diese dokumentiert werden. Ziff. 3.2.4 Anhang 3 ComComV stellt somit Art. 54 Abs. 1 Bst. c FDV nicht in Frage.

Dass die marktbeherrschende Anbieterin nicht nach eigenem Gutdünken zusätzliche gemeinsame und Gemeinkosten allozieren darf, schliesst nicht aus, dass mehrere Möglichkeiten für die Verteilung dieser Kosten bestehen können. Ob in diesem Sinn eine Bandbreite kostenorientierter Preise existiert, ist jeweils aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls zu entscheiden.

27.5.3 Art. 54 Abs. 2 FDV enthält Vorgaben zur Bewertung der einzelnen Kostenkomponenten und damit zur konkreten Ausgestaltung der Kostenbasis (vgl. BVGE 2011/13 E. 5). Er hält fest, die Kosten hätten den Aufwendungen und Investitionen einer effizienten Anbieterin zu entsprechen (Satz 1). Weiter habe ihre Berechnung auf aktueller Basis (« forward looking ») zu beruhen (Satz 2). Schliesslich sollten die Netzkosten den Wiederbeschaffungskosten (« modern equivalent assets », Satz 3) entsprechen. Darunter sind – entgegen der Kritik der Beschwerdegegnerin und der PUE – Brutto-, nicht Netto-Wiederbeschaffungskosten zu verstehen (vgl. BVGE 2011/13 E. 5 ff. mit Hinweisen).

Wie die Kostenallokation hat der Verordnungsgeber somit auch die Bewertung der einzelnen Kostenkomponenten in allgemeiner Weise festgelegt. Daran ist die marktbeherrschende Anbieterin insoweit gebunden, als sie keine höhere Bewertung vornehmen darf. Dagegen ist es auch hier grundsätzlich, das heisst vorbehältlich wettbewerbswidriger Dumpingpraktiken, ihr überlassen, ob sie die Kostenkomponenten tiefer bewerten will (vgl. E. 27.5.2).

Dass die marktbeherrschende Anbieterin keine höhere Bewertung vornehmen darf, schliesst nicht aus, dass mehrere Bewertungsmöglichkeiten bestehen können, die mit den Vorgaben von Art. 54 Abs. 2 FDV vereinbar sind. Ob in diesem Sinn eine Bandbreite kostenorientierter Preise existiert, ist auch hier jeweils aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls zu entscheiden.

27.5.4 Als Fazit ist damit festzuhalten, dass die marktbeherrschende Anbieterin bei der Preisberechnung zwar grundsätzlich, das heisst vorbehältlich wettbewerbswidriger Dumpingpraktiken, gegen unten von den Vorgaben von Art. 54 FDV abweichen darf, nicht jedoch gegen oben (vgl. BVGE 2010/19 E. 13.6). Sofern und soweit ihre Preisberechnung

auf Abweichungen gegen oben beruht, darf und muss die Vorinstanz daher – bei gegebenen sonstigen Voraussetzungen – die Preisberechnung korrigieren und die Zugangspreise reduzieren. Dabei kommt ihr – wie erwähnt (vgl. E. 27.5.1) – ein erheblicher Beurteilungsspielraum und ein grosses « technisches Ermessen » zu. Der Einwand der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz dürfe die von ihr angebotenen Preise nur dann reduzieren, wenn sie über den Stand-alone-Kosten lägen, erweist sich somit als unzutreffend.

Damit ist noch nichts darüber gesagt, ob die Vorinstanz den Kostennachweis der Beschwerdeführerin ergebnisgetrieben und ohne sachliche Gründe, fundierte Analysen und Belege sowie zu Unrecht von früheren Verfahren abweichend angepasst hat; darauf wird bei der Prüfung der konkreten Rügen einzugehen sein (vgl. E. 28 und 29). An dieser Stelle zurückzuweisen ist hingegen, dass die Vorinstanz die Preise der Beschwerdeführerin auf ihre Marktkonformität hätte überprüfen sollen. Diese Forderung steht im Widerspruch zur Preisberechnungsmethode nach Art. 54 FDV, die – wie dargelegt (vgl. E. 27.5.1) – Marktpreise simulieren will, die sich in einer Wettbewerbssituation einstellen, und die sich entsprechend gerade nicht auf einen tatsächlichen Markt bezieht, auf dem wegen der Marktbeherrschung der marktbeherrschenden Anbieterin kein ausreichender Wettbewerb besteht.

Nicht zu überzeugen vermag weiter, dass sich die Vorinstanz nicht mit den Auswirkungen ihrer Preisverfügung auf andere Infrastrukturen auseinandergesetzt habe. Art. 54 FDV dient – wie erläutert (vgl. E. 27.5.1) – in weiten Teilen dem Infrastrukturwettbewerb und konkretisiert, wie und wie weit diesem beziehungsweise den Auswirkungen auf andere Infrastrukturen nach Art. 11*a* Abs. 1 Satz 2 FMG (vgl. dazu AMGWERD, a.a.O., Rz. 426) bei der Festsetzung der Zugangspreise Rechnung zu tragen ist. Hält sich die Vorinstanz an die Vorgaben von Art. 54 FDV, berücksichtigt sie das Regulierungsziel Infrastrukturwettbewerb somit in ausreichendem Mass. Soweit die Beschwerdeführerin nicht dartut, inwiefern die Vorinstanz bei ihrer Preisfestsetzung von diesen Vorgaben abgewichen ist, ist auf ihre Kritik deshalb nicht weiter einzugehen (zur Kritik im Zusammenhang mit der Prognose für PSTN- und ISDN-Anschlussleitungen vgl. E. 29.4).

Nicht ersichtlich ist schliesslich, wie die Vorinstanz einer Verhandlungslösung zwischen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin den Boden unter den Füssen entzogen haben soll, waren doch die Zu-

gangspreise zwischen den beiden FDA streitig und von der Vorinstanz nach Art. 11*a* Abs. 1 FMG festzulegen.

28.

28.1 Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, die Vorinstanz weiche von den Preisfestlegungen für die Jahre 2007 und 2008 in den Zugangsverfügungen vom 9. Oktober und 23. Dezember 2008 betreffend die Interkonnektion, den vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss, die Kollokation (KOL) und die Verrechnung des Teilnehmeranschlusses (VTA) ab, ohne dass die bundesgerichtlichen Voraussetzungen für eine Praxisänderung erfüllt seien. Wie auch die Preisanträge der Vorinstanz im vorliegenden Beschwerdeverfahren zeigten, würden durch immer neue Preiskorrekturen und -anpassungen gleiche Sachverhalte nicht nur zukünftig anders beurteilt, sondern auch rückwirkend. Auch wenn die nicht immer parallel ablaufenden Zugangsverfahren dazu führten, dass nicht alle Zugangsformen gleichzeitig beurteilt werden könnten – was der Gesamtkostennachweis eigentlich erfordern würde –, sei diese Praxis aus Gründen der Rechtssicherheit und des Gleichbehandlungsgrundsatzes nicht akzeptabel. Eine dermassen inkonsistente Beurteilungspraxis schliesse aus, dass für sie bei der Berechnung kostenorientierter Preise jemals Rechtssicherheit entstehe. Dies sei angesichts der unbestimmten Normen zur Kostenorientierung der Preise und des Ermessensspielraums, den der Vorinstanz von den Gerichten zugestanden werde, unhaltbar. Was für die Preise bei anderen Zugangsformen in den Jahren 2007 bis 2008 richtig und auch für Mietleitungen relevant sei, könne für die Mietleitungspreise in den Jahren 2007 bis 2009 nicht falsch sein. Die Anpassungen der Vorinstanz seien daher rückgängig zu machen. Nur so liessen sich Widersprüche im Gesamtkostennachweis vermeiden.

Dies gelte zunächst für den 10-prozentigen Abschlag auf den Kosten für das Tragwerk von Freileitungen für die Jahre 2007 bis 2009, mit dem die Vorinstanz Skaleneffekten Rechnung tragen wolle. Damit weiche sie von ihren Verfügungen vom 9. Oktober 2008 ab. Dort habe sie zwar die Kosten für Kabelkanalisationen mit der Begründung gesenkt, das Investitionsvolumen eines flächendeckenden Fernmeldenetzes rechtfertige die Annahme eines Mengenrabatts von 10 %; bei den Freileitungen habe sie jedoch keinen derartigen Abschlag verfügt. Die Abweichung von den früheren Verfügungen für denselben Zeitraum werde in der angefochtenen Verfügung nicht begründet, ebenso wenig die Höhe des Abschlags. Es gehe nicht an, dass die Vorinstanz gleiche Leistungen (Kostenkompo-

nenten) für die Jahre 2007 und 2008 bereits wieder anders beurteile als in den Verfügungen vom Herbst 2008. Sie bestimme sogar Skaleneffekte für reine Montagearbeiten, obwohl solche bei Stundenleistungen offensichtlich nicht gerechtfertigt seien.

Rückgängig zu machen sei weiter die Streichung der Logistikzuschläge für Glasfaserkabel und Freileitungen für die Jahre 2007 bis 2009, die die Vorinstanz damit begründe, in der « Modellwelt » würden Kabel direkt auf die Baustelle transportiert. In den TAL-Verfügungen vom Oktober 2008 habe die Vorinstanz bereits die Lagerungskosten für Kupferkabel gestrichen. Die zusätzliche Streichung der Logistikzuschläge für Glasfaserkabel und Freileitungen hätte bereits damals beurteilt werden können und müssen, sei sie doch bereits für die damaligen Preisfestlegungen relevant gewesen.

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

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

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

auch bei anderen Inputressourcen nicht hinnehmen. Der Kostennachweis umfasse eine immense Menge von Informationen, die von der Beschwerdeführerin aufbereitet würden, weshalb es durchaus möglich sei, dass sie bei dessen Überprüfung einzelne Aspekte übersehe. Erkenne sie bei einer erneuten Überprüfung ihren Irrtum, sei sie rechtlich gehalten, diesen zu korrigieren. Dies gelte ebenso, wenn ihr neue, bislang unbekannte Informationen vorlägen. Bei einem Gesamtkostennachweis im Rahmen der Ex-post-Regulierung mit zeitlich unterschiedlichen Verfahrensverläufen sei es weiter systemimmanent, dass sich Anpassungen in späteren Zugangsverfahren auch auf die Preise für Zugangsformen auswirkten, deren Bedingungen sie bereits früher verfügt habe. Die Anpassungen am Kostennachweis müssten dabei allerdings stets konsistent bleiben. Dieser Anforderung sei sie nachgekommen und habe in allen Punkten eine konsistente Beurteilungspraxis entwickelt und angewendet. Anzumerken sei schliesslich, dass auch die Beschwerdeführerin im Verlauf der Zeit zu neuen Erkenntnissen gelangt sei und ihrerseits den Kostennachweis angepasst habe. Dies sei normal und grundsätzlich nicht zu beanstanden, führe jedoch dazu, dass die Kostennachweise in den verschiedenen Zugangsverfahren jeweils nicht gänzlich miteinander vergleichbar seien, was deren Nachvollziehbarkeit erschwere.

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

28.4

28.4.1 Wie dargelegt (vgl. E. 27.5.1), kommt der Vorinstanz bei der Konkretisierung des Kostenmodells beziehungsweise der kostenorientierten Preisgestaltung und der Bestimmung der geeignetsten Methode für deren Umsetzung ein erheblicher Beurteilungsspielraum und ein grosses « technisches Ermessen » zu. Sie muss sich aber an den durch Gesetz und Verordnung vorgegebenen Rahmen halten, eine taugliche und in sich konsistente Vorgehensweise wählen und diese Methode konsequent und

in nachvollziehbarer Weise umsetzen. Einer konsistenten und konsequenten Praxis kommt dabei im geltenden Ex-post-Zugangsregime mit Gesamtkostennachweis eine besondere Bedeutung zu, bietet dieses doch keinerlei Gewähr, dass gleichzeitig über die Bedingungen der verschiedenen Zugangsformen für einen bestimmten Zeitraum entschieden wird, was die Gefahr sich widersprechender oder voneinander abweichender Zugangsverfügungen erhöht.

Aus den Ausführungen der Vorinstanz wie auch der PUE (…) wird deutlich, dass die Prüfung des Kostennachweises der Beschwerdeführerin, deren LRIC-Kalkulationsmodell ausserordentlich komplex ist, für die Vorinstanz – und die Instruktionsbehörde – mit einem sehr hohen Aufwand verbunden ist. Dies ist namentlich darauf zurückzuführen, dass der Kostennachweis eine sehr grosse Menge an Informationen umfasst, die von der Beschwerdeführerin aufbereitet werden, welche bezüglich ihres Kalkulationsmodells gegenüber der Vorinstanz über einen grossen Wissensvorsprung verfügt. Da von der Vorinstanz innert nützlicher Frist ein Entscheid über den Zugang erwartet wird (vgl. Art. 11*a* Abs. 3 FMG), kann von ihr unter diesen Umständen nicht verlangt werden, jeden einzelnen Aspekt des Kostenmodells beziehungsweise der Preisberechnungsmethode über längere Zeit hinweg vertieft zu prüfen. Vielmehr reicht es, wenn sie gestützt auf die innert nützlicher Frist verfügbaren Informationen und ihr Fachwissen nach ernsthafter und sachlicher Prüfung über diejenigen Faktoren entscheidet, bezüglich derer sie innert dieser Frist einen Entscheidungsbedarf festgestellt hat.

Dass die Vorinstanz im Rahmen der Zugangsverfügung über den Kostennachweis der marktbeherrschenden Anbieterin beziehungsweise deren Preisberechnung als Ganzes entscheidet, bedeutet somit nicht, es liege bezüglich des gesamten Kostennachweises beziehungsweise der gesamten Preisberechnung eine Praxis vor, von der nur unter Einhaltung der bundesgerichtlichen Voraussetzungen für eine Praxisänderung abgewichen werden darf; das heisst nur, wenn ernsthafte und sachliche Gründe bestehen, die Änderung in grundsätzlicher Weise erfolgt, das Interesse an der neuen, als richtig erkannten Rechtsanwendung die gegenläufigen Rechtssicherheitsinteressen überwiegt und die Praxisänderung nicht gegen Treu und Glauben verstösst (vgl. BGE 137 V 282 E. 4.2 mit Hinweisen; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 23 Rz. 14 ff.; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 509 ff.). Namentlich soweit

sich die Vorinstanz mit einem Element des Kostennachweises nicht auseinandergesetzt hat oder ihr Entscheid in einem Punkt erstmalig und lediglich vorläufig ist, ist eine derartige Praxis vielmehr zu verneinen. Die Vorinstanz ist entsprechend insoweit nicht an die Voraussetzungen für eine Praxisänderung gebunden und grundsätzlich ohne Weiteres befugt, ihre bisherige Praxis zu präzisieren, auszudehnen oder weiterzuentwickeln. Sie hat dabei allerdings die Grenzen ihres erheblichen Beurteilungs- und Ermessensspielraums sowie die vorstehend dargelegten Vorgaben für die Konkretisierung des Kostenmodells beziehungsweise der kostenorientierten Preisgestaltung und die Bestimmung der geeignetsten Methode für deren Umsetzung zu beachten (vgl. auch E. 29.1.4). Sie kann somit ihre sich im Lauf der Zeit durch weitere Zugangsverfahren vergrössernden und verfeinernden Kenntnisse in ihre Beurteilungspraxis einfliessen lassen. Dies erscheint angesichts der zahlreichen und komplexen Konkretisierungs- und Umsetzungsfragen, die sich im Zusammenhang mit dem von Gesetz- und Verordnungsgeber grundsätzlich vorgegebenen LRIC-Kostenmodell beziehungsweise der kostenorientierten Preisgestaltung stellen, nicht nur als sinnvoll, sondern auch als unvermeidlich und damit als systemgerecht. Daran ändert nichts, dass sich die späteren Entscheide auch auf Zugangsformen auswirken können, über die bereits früher entschieden wurde, ist dies doch als unumgängliche und damit systemimmanente Folge des geltenden Ex-post-Zugangsregimes mit Gesamtkostennachweis hinzunehmen. Soweit keine feststehende Praxis existiert, müssen die marktbeherrschende Anbieterin wie auch die weiteren Verfahrensbeteiligten deshalb grundsätzlich stets mit einem entsprechenden Vorgehen der Vorinstanz rechnen.

28.4.2 Den als unzulässige Praxisänderungen gerügten Anpassungen am Kostennachweis der Beschwerdeführerin ist gemeinsam, dass sie in den Zugangsverfügungen von Oktober und Dezember 2008 betreffend die Interkonnektion, den vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss, die Kollokation und die Verrechnung des Teilnehmeranschlusses, die jeweils (auch) die Zugangspreise für die Jahre 2007 und 2008 festlegen, nicht vorgenommen wurden. Es ist daher – wie dargelegt (vgl. E. 28.4.1) – zunächst zu prüfen, ob mit ihnen von einer bestehenden Praxis abgewichen wurde. Nur wenn dies zu bejahen sein sollte, wäre in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob die bundesgerichtlichen Voraussetzungen für eine Praxisänderung erfüllt sind.

Die Vorinstanz hat zwar in ihren Verfügungen vom 9. Oktober 2008 lediglich die Kosten für Kabelkanalisationen mit der Begründung ge-

senkt, das Investitionsvolumen eines flächendeckenden Fernmeldenetzes rechtfertige die Annahme eines Mengenrabatts von 10 %. Es ist indes nicht ersichtlich, dass sie die Berücksichtigung von Grössen- und Verbundvorteilen (Skaleneffekten) bei der Errichtung von Freileitungen ausschliessen wollte. Es kann daher nicht gesagt werden, sie sei mit der Übertragung ihrer damaligen Überlegungen auf die kabeltragende Infrastruktur von Freileitungen von einer entsprechenden Praxis abgewichen. Sie war deshalb, wie dargelegt (vgl. E. 28.4.1), grundsätzlich ohne Weiteres zu einer derartigen Übertragung befugt. Wieso und wie diese vorzunehmen ist, wird von ihr im Weiteren ausreichend erläutert. Inwiefern sie mit ihrem Vorgehen ihren erheblichen Beurteilungs- und Ermessensspielraum überschritten oder sich nicht an die Vorgaben für die Konkretisierung des Kostenmodells beziehungsweise der kostenorientierten Preisgestaltung und die Bestimmung der geeignetsten Methode für deren Umsetzung gehalten haben sollte (vgl. E. 28.4.1), ist nicht erkennbar. Es besteht deshalb kein Anlass, den 10-prozentigen Abschlag auf den Kosten für das Tragwerk von Freileitungen für die Jahre 2007 bis 2009 rückgängig zu machen.

Die Vorinstanz hat weiter in ihren TAL-Verfügungen vom Oktober 2008 zwar lediglich den Logistikzuschlag für die Lagerungskosten (Zwischenlagerung) von Kupferkabel mit der Begründung gestrichen, in der Modellwelt würden die Kupferkabel direkt auf die Baustelle transportiert, weshalb keine Logistikkosten anfielen. Dass sie die Streichung weiterer Logistikzuschläge ausschliessen wollte, ist allerdings nicht erkennbar. Sie ist daher mit der Übertragung ihrer Überlegungen auf die Lagerungskosten für Glasfaserkabel und Freileitungen nicht von einer entsprechenden Praxis abgewichen. Ihr Vorgehen war deshalb auch hier grundsätzlich ohne Weiteres zulässig. Inwiefern sie mit diesem ihren erheblichen Beurteilungs- und Ermessensspielraum überschritten oder sich nicht an die dargelegten Vorgaben für die Konkretisierung des Kostenmodells beziehungsweise der kostenorientierten Preisgestaltung und die Bestimmung der geeignetsten Methode für deren Umsetzung gehalten haben sollte, ist nicht auszumachen (vgl. E. 28.4.1). Es besteht deshalb kein Grund, die Streichung der Logistikzuschläge für Glasfaserkabel und Freileitungen für die Jahre 2007 bis 2009 rückgängig zu machen.

Nicht ersichtlich ist schliesslich, inwiefern die Vorinstanz mit der Anpassung der Preise für Glasfaserspleissungen für die Jahre 2007 bis 2009 und der Erhöhung der Mengenprognosen für PSTN- und ISDN-Anschlussleitungen für das Jahr 2009 von einer bestehenden Praxis ab-

gewichen sein sollte. Eine solche wäre nur zu bejahen, wenn sie sich in ihren früheren Verfügungen mit der Methode der Beschwerdeführerin zur Berechnung der Preise für Glasfaserspleissungen sowie deren Methode für die Mengenprognosen für PSTN- und ISDN-Anschlussleitungen auseinandergesetzt und auf die nunmehr vorgenommenen Anpassungen verzichtet hätte. Das ist jedoch nicht der Fall. Die Vorinstanz war deshalb auch hier grundsätzlich ohne Weiteres zu ihrem Vorgehen befugt. Damit ist zwar noch nichts darüber gesagt, ob sie mit diesem Vorgehen ihren erheblichen Beurteilungs- und Ermessensspielraum überschritten oder von den Vorgaben für die Konkretisierung des Kostenmodells beziehungsweise der kostenorientierten Preisgestaltung und die Bestimmung der geeignetsten Methode für deren Umsetzung abgewichen ist (vgl. E. 29.1 und 29.4). Der Vorwurf der unzulässigen Praxisänderung erweist sich jedoch hier genauso unzutreffend wie bei den beiden anderen Anpassungen.

Am dargelegten Ergebnis ändert nichts, dass drei der Anpassungen neben dem Jahr 2009 auch die Jahre 2007 und 2008 betreffen. Zwar basieren die Mietleitungspreise insofern für den gleichen Zeitraum auf einer anderen Grundlage als die Preise für die in den erwähnten früheren Zugangsverfügungen geregelten Zugangsformen. Das ist jedoch, wie dargelegt (vgl. E. 28.4.1), als unumgängliche und systemimmanente Folge des geltenden Ex-post-Zugangsregimes mit Gesamtkostennachweis hinzunehmen.

29.

29.1

29.1.1 Die Beschwerdeführerin beanstandet, die Vorinstanz habe den Kostennachweis für die Jahre 2007 bis 2009 zu Unrecht insofern korrigiert, als bei den Kosten für Glasfaserspleissungen nicht auf die Durchschnittspreise der regional günstigsten Anbieter, sondern auf die Preise des schweizweit günstigsten Anbieters abzustellen sei. Ein regionaler Anbieter – auch der von der Vorinstanz ausgewählte – sei gar nicht in der Lage, die offerierten Preise schweizweit anzubieten. Zwar gehe die Vorinstanz davon aus, mit der hypothetischen Markteintreterin würde sich auch die Ausgangslage für Zulieferer ändern; diese würden ihre Kapazitäten so ausbauen, dass sie einen schweizweiten Auftrag erfüllen könnten, weshalb – aufgrund des grossen Auftragsvolumens – mit Mengenrabatten in Form von Skaleneffekten zu rechnen wäre. Die angenommenen Skaleneffekte beziehungsweise Kosteneinsparungen von 10 % seien jedoch spekulativ, unbelegt und realitätsfremd. Ebenso sei unbegründet,

dass sie die von der Vorinstanz zugestandene Erhöhung der Transportkosten um 10 % kompensierten. Mit ihrem Vorgehen übertrage die Vorinstanz die Anforderungen des LRIC-Kostenmassstabs an eine effiziente FDA auf alle anderen Marktteilnehmer wie Lieferanten oder Installateure und abstrahiere in unzulässiger Weise von den tatsächlichen Verhältnissen auf den Märkten, auf denen (auch) die hypothetische Anbieterin beziehungsweise Markteintreterin einkaufen beziehungsweise ihre Leistungen erbringen müsste. Ein solches Vorgehen, das sich über die wirtschaftlichen Gegebenheiten hinwegsetze und nicht berücksichtige, ob eine hypothetische, effiziente Markteintreterin die angenommenen Kosteneinsparungen auch effektiv erzielen könnte, widerspreche Art. 54 Abs. 2 FDV.

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

TAL und KOL, wo sie ausführe, sie beabsichtige in Abweichung von der bisherigen Praxis der Vorinstanz die Herleitung der Preise für Glasfaserspleissungen nach Massgabe von Mittelpreisen zu beantragen. Solche würden in vielen anderen Bereichen des Kostennachweises verwendet und stellten insgesamt, das heisst bezüglich sämtlicher Preise, einen geeigneten Massstab für die Kosten einer hypothetischen Markteintreterin dar.

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

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

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

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

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

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

29.1.4 Wie dargelegt (vgl. E. 27.5.1), überlässt es Art. 54 FDV der Vorinstanz, das Kostenmodell beziehungsweise die kostenorientierte Preisgestaltung zu konkretisieren und die geeignetste Methode für deren Umsetzung zu bestimmen, wobei ihr ein erheblicher Beurteilungsspielraum und ein grosses « technisches » Ermessen zukommt. Daraus kann allerdings nicht gefolgert werden, es stehe in ihrem Belieben, den Kostennachweis der Beschwerdeführerin beziehungsweise die von dieser gewählte Vorgehensweise nach eigenem Gutdünken zu korrigieren. Das gesetzliche Modell geht grundsätzlich von einer Preisfestsetzung durch die Parteien aus; es gibt der Vorinstanz also nicht eine bestimmende, sondern lediglich eine korrigierende Rolle. Eine Korrektur des Kostennachweises ist deshalb nur dann angebracht, wenn die Vorinstanz dafür hinreichende Gründe darzutun vermag; etwa, dass sich die Beschwerdeführerin nicht an den von Gesetz- und Verordnungsgeber vorgegebenen Rahmen hält, ihre Vorgehensweise untauglich oder in sich nicht konsistent ist oder ihre Methode nicht konsequent und nachvollziehbar umgesetzt wird. Sie hat sich dabei einer unabhängigen, neutralen und möglichst objektiven Haltung zu bemüssigen und insbesondere auf ihr wünschbar erscheinende Anpassungen zu verzichten, wenn für diese keine hinreichenden Gründe vorliegen. Ihre Korrektur muss ausserdem den rechtlichen Rahmen einhalten, tauglich und in sich konsistent sein sowie konsequent und nachvollziehbar umgesetzt werden (vgl. E. 27.5.1).

Vorliegend ist es zwar richtig, dass ein gesamtschweizerischer Anbieter, auch wenn es ihn zurzeit nicht geben mag, zumindest theoretisch denkbar ist. Ebenso liegt es grundsätzlich nahe, bei einem derartigen Anbieter wegen des hohen Auftragsvolumens von Skaleneffekten beziehungsweise Mengenrabatten auszugehen und diese den höheren Transportkosten gegenüberzustellen. Offen bleibt jedoch, ob die von der Vorinstanz gel-

tend gemachten Skaleneffekte von 10 % und ihre Annahme, diese kompensierten die mit einem schweizweiten Angebot verbundene Erhöhung der Transportkosten, realistisch sind. Selbst wenn dies bejaht würde, hiesse dies im Weiteren nicht, der Ansatz der Vorinstanz verdiene den Vorzug gegenüber dem der Beschwerdeführerin. Diese verwendet Mittelwerte in vielen anderen Bereichen ihres Kostennachweises, wo sie als geeigneter Massstab für die Kosten einer hypothetischen Markteintreterin betrachtet werden. Wieso dies bei den Kosten für Glasfaserspleissungen anders sein sollte, ist nicht ersichtlich. Wie die Beschwerdeführerin zutreffend ausführt, ermöglicht die Verwendung von Durchschnittswerten hier, regionale Preisunterschiede auszugleichen. Damit können repräsentative und nicht bloss zufällige oder sogar willkürliche Preise ermittelt und der Kostenberechnung zugrunde gelegt werden. Der erhebliche Preisunterschied zwischen der günstigsten und der teuersten regionalen Offerte steht dem nicht entgegen. Zum einen müssen auch die übrigen regionalen Offerten in die Beurteilung einbezogen werden, was das Ausmass der regionalen Preisunterschiede relativiert. Zum anderen basieren die berücksichtigten regionalen Preise auf real durchgeführten Ausschreibungen und widerspiegeln somit zumindest teilweise die gegenwärtigen wirtschaftlichen Gegebenheiten. Die Beschwerdeführerin trägt damit der Frage, wie tief die minimalen, unter realistischen Bedingungen zu erwartenden Kosten für Glasfaserspleissungen einer hypothetischen Markteintreterin wären, auf mindestens so überzeugende Weise Rechnung wie die Vorinstanz.

Insgesamt vermag die Vorinstanz somit weder darzutun, dass ihr Ansatz eine überzeugende Alternative zur Vorgehensweise der Beschwerdeführerin ist, noch dass deren Ansatz sich nicht an den rechtlich vorgegebenen Rahmen hält, untauglich oder in sich nicht konsistent ist, von ihr nicht konsequent und nachvollziehbar umgesetzt wird oder aus sonstigen Gründen abzulehnen ist. Damit sind die Voraussetzungen für eine Anpassung des Kostennachweises nicht erfüllt. Dieser Ansicht ist neben der Instruktionsbehörde mittlerweile auch die Vorinstanz. In ihrer Verfügung vom 7. Dezember 2011 im bereits erwähnten Zugangsverfahren betreffend IC, TAL und KOL zwischen der Beschwerdeführerin und Sunrise hält sie fest, die Annahme eines Mittelpreises weise nicht zwingend eine höhere Unschärfe aus als das Abstellen auf einen vermeintlichen Tiefstpreis. Auch sollte die Herleitung der Preise für Glasfaserspleissungen nicht isoliert, sondern im Kontext des Gesamtnachweises beurteilt werden. Abweichend von ihren bisherigen Kostenüberlegungen sei deshalb im Interesse eines konsistenten Vorgehens im gesamten Kostennachweis

bei Glasfaserspleissungen neu auf Mittelpreise abzustellen. Die Beschwerde ist somit in diesem Punkt gutzuheissen und die Anpassung des Kostennachweises rückgängig zu machen. Dispositivziffer 1 der angefochtenen Teilverfügung ist entsprechend aufzuheben und die Angelegenheit zur Neufestsetzung der monatlich wiederkehrenden Mietleitungspreise für die Jahre 2007 bis 2009 auf der Basis von Mittelpreisen für Glasfaserspleissungen an die Vorinstanz zurückzuweisen (vgl. ausserdem E. 29.2.4 und 29.3.4).

29.2

29.2.1 Die Beschwerdeführerin rügt weiter, die Vorinstanz habe in der angefochtenen Verfügung für die Jahre 2007 bis 2009 zu Unrecht angeordnet, die Kosten für die Supportsysteme « Informationssystem Linienkartei » (ISLK) und « Planning Tool for the Access Network » (PTA) seien nicht technologiespezifisch, sondern proportional auf die aktiven Kupfer- und Glasfaseranschlüsse zu verteilen. Zunächst sei sie fälschlicherweise und ohne Abklärung des Sachverhalts davon ausgegangen, die beiden Systeme ergänzten sich und dienten der Inventarisierung der Linientechnik. PTA enthalte indes Vermessungsdaten und diene als Planungstool der Projektierung und dem Bau bestehender und neu zu erstellender Kanalisationen, während mit ISLK die Netzressourcen, das heisst die einzelnen Teilnehmerleitungen verwaltet würden. Weiter habe sie nicht berücksichtigt, dass die beiden Systeme bei Glasfasern stärker belastet würden beziehungsweise im Zusammenhang mit den Supportsystemen für Kupferleitungen und Glasfaserkabel ganz unterschiedliche Kosten anfielen. Dieser Umstand habe jedoch zur Folge, dass die Glasfaseranschlüsse einen grösseren Kostenteil als die Kupferanschlüsse tragen, die Kosten mithin technologiespezifisch – und nicht proportional – alloziert werden müssten. Der in diesem Zusammenhang von der Vorinstanz erhobene Vorwurf, sie habe es unterlassen, die Supportsysteme und Allokationsschlüssel detailliert und nachvollziehbar zu beschreiben, sei unbegründet. Nicht nachvollziehbar sei sodann, wieso die Vorinstanz lediglich die Kosten für ISLK und PTA, nicht aber für sämtliche OSS/BSS, die sowohl für Kupfer- als auch Glasfaseranschlüsse relevant seien, proportional verteilt habe. Zwar korrigiere sie mit ihrem entsprechenden Antrag im Beschwerdeverfahren diesen Mangel. Damit würden die effektiven Kostenunterschiede zwischen Kupfer und Glas indes nur noch stärker verzerrt. Auch führe es zu einem leichten Preisanstieg für eine Kupfer-TAL, im Jahr 2009 etwa zu einem Anstieg von zwei Rappen pro Monat. Dies scheine zu bestätigen, dass die Vorinstanz

die Anpassungen ergebnisgetrieben nur so weit vorgenommen habe, als sich ein möglichst tiefer Preis für Mietleitungen ohne allzu starke Erhöhung des TAL-Preises habe erzielen lassen.

29.2.2 Die Vorinstanz führt in der angefochtenen Verfügung aus, die Systeme ISLK und PTA würden in der einen oder anderen Form zur Verwaltung der Linientechnik verwendet, die wiederum dazu diene, über Kanalisationen und Kabel Endkundenstandorte an- und untereinander zusammenzuschliessen. Die Kosten seien somit auf die Anbindung von Endkundenstandorten und damit auf das Vorhandensein von aktiven Leitungen zurückzuführen. Beim Neubau des Netzes im Rahmen des Modellansatzes fielen somit alle Leitungen im gleichen Mass ins Gewicht, weshalb die auf das Anschlussnetz entfallenden Kosten proportional auf aktive Kupferdoppeladern und Glasfasern beziehungsweise die aktiven Kuper- und Glasfaseranschlüsse zu verteilen seien. Für eine solche Verteilung spreche namentlich, dass die Kosten für die beiden Supportsysteme ähnlich hoch wären, wenn ein reines Kupfer- beziehungsweise Glasfasernetz gebaut würde. Es sei daher auch bei der Modellierung eines Netzes, das beide Anschlussarten enthalte, von ähnlich hohen Kosten pro Anschluss auszugehen.

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

zuführen, einen allzu starken Anstieg des TAL-Preises zu verhindern. Die Kosten für die übrigen Supportsysteme machten denn auch nur knapp 7 % der Investitionen aus, während gut 93 % auf die Systeme ISLK und PTA entfielen. Ein proportionaler Allokationsschlüssel für alle relevanten Supportsysteme führe deshalb auch nur zu moderaten Preiserhöhungen bei Kupfer-TAL. Richtig sei allerdings, dass sich durch die Anpassung des Kostenverteilungsschlüssels die Kosten der Glasfaserleitungen den Kosten von Kupferleitungen annäherten. Dies entspreche jedoch den theoretischen Erwartungen für den Fall, dass ein reines Kupferdoppelader- beziehungsweise Glasfasernetz neu gebaut würde.

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

29.2.4 Wie dargelegt (vgl. E. 29.1.4), ist eine Korrektur des Kostennachweises nur angebracht und zulässig, wenn sie auf hinreichenden, von der Vorinstanz dargelegten Gründen beruht. Ausserdem muss sie den rechtlichen Rahmen einhalten, tauglich und in sich konsistent sein sowie konsequent und nachvollziehbar umgesetzt werden. Diese Voraussetzungen sind sowohl für die bereits verfügte Anpassung des Allokationsschlüssels für die Kosten der Supportsysteme ISLK und PTA als auch für die im Beschwerdeverfahren zusätzlich beantragte Anpassung des Allokationsschlüssels für die Kosten der übrigen Supportsysteme, die sowohl für Kupfer- als auch Glasfaseranschlüsse relevant sind, erfüllt. Wie die Vorinstanz überzeugend darlegt, sind diese Kosten auf die Anbindung von Endkundenstandorten und damit auf das Vorhandensein von aktiven Leitungen zurückzuführen. Da somit beim Neubau des Netzes im Rahmen des Modellansatzes alle Leitungen im gleichen Mass ins Gewicht fallen, erscheint es grundsätzlich sachgerecht, die auf das Anschlussnetz entfallenden Kosten proportional auf aktive Kupferdoppeladern und Glasfasern beziehungsweise die aktiven Kupfer- und Glasfaseranschlüsse zu verteilen. Für eine derartige Verteilung spricht namentlich, dass beim Bau eines reinen Kupfer- oder Glasfasernetzes ähnlich hohe Kosten anfielen, weshalb auch bei der Modellierung eines Netzes, das beide Anschlussarten enthält, von ähnlich hohen Kosten auszugehen ist. Eine proportionale Kostenverteilung erscheint weiter auch aus Transparenz-

gründen als angezeigt. Eine technologiespezifische Kostenverteilung käme allenfalls in Frage, wenn die technologiespezifischen Kostenunterschiede klar und die Allokationsschlüssel nachvollziehbar wären. Dies wird von der Vorinstanz indes gerade verneint. Das Bundesverwaltungsgericht hat keinen Anlass, an dieser Einschätzung der Vorinstanz als Fachbehörde zu zweifeln oder davon abzuweichen.

Die Vorinstanz setzt sich weiter ausreichend mit den Vorbringen und Einwänden der Beschwerdeführerin auseinander und weist diese mit überzeugenden Argumenten zurück. So erscheint die von ihr verfügte beziehungsweise beantragte Anpassung des Kostennachweises weder ergebnisgetrieben noch entbehrt sie sachlicher Gründe oder fundierter Analysen und Belege. Mit der beantragten Korrektur auch des Allokationsschlüssels für die Kosten der übrigen Supportsysteme ist ihr Vorgehen nunmehr auch konsequent. Die verfügte beziehungsweise beantragte Anpassung erfüllt ausserdem die weiteren Voraussetzungen für eine Korrektur des Kostennachweises. Schliesslich hat auch die PUE keine Einwände dagegen. Die Anpassung des Allokationsschlüssels für die Kosten der Supportsysteme ISLK und PTA ist somit ebenso wenig zu beanstanden wie die zusätzliche Anpassung des Allokationsschlüssels für die Kosten der übrigen Supportsysteme, die sowohl für Kupfer- als auch Glasfaseranschlüsse relevant sind. Eine reformatorische Neufestsetzung der Mietleitungspreise durch das Bundesverwaltungsgericht kommt allerdings nicht in Frage, da die Angelegenheit ohnehin zur Neufestsetzung dieser Preise auf der Basis von Mittelpreisen für Glasfaserspleissungen an die Vorinstanz zurückzuweisen ist (vgl. E. 29.1.4). Diese hat bei dieser Gelegenheit auch die hier von ihr beantragte Preisanpassung zu berücksichtigen (vgl. ausserdem E. 29.3.4).

29.3

29.3.1 Die Beschwerdeführerin bringt ausserdem vor, die Vorinstanz habe für die Jahre 2007 bis 2009 zu Unrecht angeordnet, die gemeinsamen Kosten der Kanalisationsanlagen im Anschlussnetz seien nicht technologiespezifisch anhand der für Kupfer- und Glasfaserkabel verlegten Rohre, sondern proportional auf die aktiven Kupfer- und Glasfaseranschlüsse zu verteilen. Inwiefern eine technologiespezifische Verteilung gegen Art. 54 FDV oder gegen Anhang 3 ComComV verstosse, sei nicht ersichtlich. Netzbautechnisch seien die verlegten Rohre ein sachgerechter und auch international üblicher Schlüssel für die Kostenallokation, ökonomisch sei es sachgerecht, wenn Glasfaserleitungen höhere Deckungsbeiträge an die gemeinsam genutzten Kanalisationen leisten müssten als

Kupferkabel. Die Vorinstanz habe dagegen ihren technologieneutralen Ansatz in der angefochtenen Verfügung nur sehr selektiv verfolgt und lediglich die eigentlichen Kanalisationskosten proportional verteilt. Aufgrund der Beschwerde sei sie nunmehr zwar von ihrem inkonsistenten und ergebnisgetriebenen Vorgehen abgerückt und beantrage, auch die Schachtkosten proportional zu verlegen. Die Kosten für Betrieb und Unterhalt – mithin der grösste Kostenblock in diesem Zusammenhang – wolle sie aber weiterhin von dieser Logik ausnehmen. Wieso diese Kosten im genau gleichen sachlichen Kontext technologiespezifische Unterschiede aufweisen sollten, leuchte indes nicht ein. Zumindest hätte die Vorinstanz eine solche Differenzierung näher und damit nachvollziehbar begründen müssen. Im Weiteren wäre deren Vorgehen nur dann sachgerecht, wenn Glasfaseranschlüsse flächendeckend vorhanden wären und eine annähernd gleich grosse Verbreitung wie die Kupferanschlüsse aufweisen würden. Dies sei aber nicht der Fall; vielmehr liege der Anteil der Glasfaserleitungen deutlich unter 1 %. Indem sich die Vorinstanz über die der technologiespezifischen Verteilung zugrunde liegenden Tatsachen hinwegsetze, missachte sie auch die von Art. 54 FDV vorgeschriebene kausale Kostenzuordnung. Überdies werde sie mit ihrem erneuten uneinheitlichen Vorgehen ihrem Anspruch, eine konsistente Beurteilungspraxis zu entwickeln und anzuwenden, nicht gerecht.

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

Im Beschwerdeverfahren hält sie an diesem Standpunkt fest. Ausserdem beantragt sie, es seien auch die Schachtkosten proportional zu verteilen und die verfügten Mietleitungspreise für die Jahre 2007 bis 2009 entsprechend zu korrigieren. Nicht proportional zu verteilen seien dagegen die Kosten für den Betrieb und Unterhalt, da hier durchaus technologiespezifische Unterschiede bestünden. Die proportionale Verteilung auch

der Schachtkosten habe sie in der angefochtenen Verfügung unbeabsichtigt unterlassen. Da sie sich kaum auf den Preis der Kupfer-TAL auswirke, könne ihr indes nicht vorgeworfen werden, sie habe in der angefochtenen Verfügung den Kostennachweis ergebnisorientiert und insbesondere nur so angepasst, dass Mietleitungen mit hohen Bandbreiten massiv günstiger würden, ohne dass der Preis für eine Kupfer-TAL allzu stark steige. Vielmehr habe sie Anpassungen dort gemacht, wo sich ein deutlicher Einfluss auf die Kosten der Kupfer-TAL ergebe.

Der von der Beschwerdeführerin gewählte Allokationsschlüssel sei nicht verursachergerecht, da die Kanalisations- und Schachtkosten nicht durch die Technologie, sondern durch die Teilnehmenden verursacht würden. Um Kundinnen und Kunden mit einer kabelgebundenen Technologie an ein Fernmeldenetz anzubinden, stelle die Kanalisation eine Leistung (Kapazität) bereit, die sowohl von Kupferdoppelader- als auch von Glasfaserkabeln in Anspruch genommen werde. Eine verursachergerechte Verteilung der Kanalisations- und Schachtkosten lasse deshalb nur eine gleichmässige Verteilung auf alle durch sie realisierten Leitungen zu. Der von ihr gewählte Verteilungsschlüssel werde damit den Anforderungen von Art. 54 FDV gerecht, was für den von der Beschwerdeführerin favorisierten nicht zutreffe.

29.3.3 Die PUE führt aus, es sei nicht auszuschliessen, dass im Einzelfall allenfalls verschiedene Möglichkeiten der Aufteilung gemeinsamer Kosten als verhältnismässig im Sinn von Art. 54 FDV akzeptiert werden könnten. Ihre Aussage, es sei betriebswirtschaftlich nicht a priori falsch, wenn eine Glasfaserleitung einen höheren Deckungsbeitrag an den gemeinsam genutzten Kabelkanal tragen müsse als eine Kupferleitung, sei indes nicht dahingehend zu verstehen, dies müsse so sein. Sie habe keine Einwände gegen die von der Vorinstanz verlangten Korrekturen an der Kalkulation der Beschwerdeführerin, da der Interpretations- und Umsetzungsspielraum bei theoretischen Modellen naturgemäss gross sei (vgl. auch E. 27.4).

29.3.4 Ob die Vorinstanz den Kostennachweis zu Recht angepasst hat, hängt auch hier davon ab, ob sie dafür hinreichende Gründe dartut. Ausserdem muss ihre Korrektur den rechtlichen Rahmen einhalten, tauglich und in sich konsistent sowie konsequent und nachvollziehbar umgesetzt sein. Diese Voraussetzungen sind sowohl für die bereits verfügte Anpassung des Allokationsschlüssels für die Kanalisationskosten als auch für die im Beschwerdeverfahren zusätzlich beantragte Anpassung des Allokationsschlüssels für die Schachtkosten erfüllt. Wie die Vorinstanz über-

zeugend darlegt, werden diese Kosten nicht durch die Technologie, sondern durch die Teilnehmenden beziehungsweise die Gesamtnachfrage verursacht. Um Kundinnen und Kunden mit einer kabelgebundenen Technologie an ein Fernmeldenetz anzubinden, stellt die Kanalisation eine Leistung (Kapazität) bereit, die sowohl von Kupferdoppelader- als auch von Glasfaserkabeln in Anspruch genommen wird. Eine verursacher- und sachgerechte Verteilung der Kanalisations- und Schachtkosten lässt deshalb nur eine gleichmässige, das heisst proportionale Verteilung auf alle durch sie realisierten Leitungen zu. Für eine derartige Verteilung spricht auch, dass die Kanalisationskosten pro aktive Leitung praktisch gleich hoch wären, würden alle Teilnehmenden entweder nur mit Kupferdoppeladern oder nur mit Glasfaserkabeln erschlossen. Sachgerecht erscheint im Weiteren, dass die Vorinstanz die Kosten für Betrieb und Unterhalt nicht proportional, sondern technologiespezifisch verteilt. In der Tat ist hier – im Unterschied zu den Kosten für die Bereitstellung der Kanalisationen und Schächte – von technologiespezifischen Kostenunterschieden auszugehen. Das Bundesverwaltungsgericht hat deshalb keinen Grund, an der entsprechenden Feststellung der Vorinstanz als Fachbehörde zu zweifeln oder davon abzuweichen.

Die Vorinstanz setzt sich weiter ausreichend mit den Vorbringen und Einwänden der Beschwerdeführerin auseinander und weist diese mit überzeugenden Argumenten zurück. So erscheint die von ihr verfügte beziehungsweise beantragte Anpassung weder ergebnisgetrieben noch entbehrt sie sachlicher Gründe oder fundierter Analysen und Belege. Sie ist überdies nicht inkonsequent, besteht doch – wie soeben dargelegt – kein Anlass, an den technologiespezifischen Unterschieden bei den Kosten für Betrieb und Unterhalt zu zweifeln. Die verfügte beziehungsweise beantragte Anpassung erfüllt ausserdem die weiteren Voraussetzungen für eine Korrektur des Kostennachweises. Schliesslich hat auch die PUE keine Einwände dagegen. Die Anpassung des Allokationsschlüssels für die Kanalisationskosten ist somit ebenso wenig zu beanstanden wie die zusätzliche Anpassung des Allokationsschlüssels für die Schachtkosten. Eine reformatorische Neufestsetzung der Mietleitungspreise durch das Bundesverwaltungsgericht kommt allerdings nicht in Frage, da die Angelegenheit ohnehin zur Neufestsetzung dieser Preise auf der Basis von Mittelpreisen für Glasfaserspleissungen an die Vorinstanz zurückzuweisen ist (vgl. E. 29.1.4). Diese hat bei dieser Gelegenheit auch die hier von ihr beantragte Preisanpassung zu berücksichtigen, ausserdem die im Zusammenhang mit den Kosten der übrigen Supportsysteme beantragte (vgl. E. 29.2.4).

29.4

29.4.1 Die Beschwerdeführerin macht schliesslich geltend, die Vorinstanz habe für das Jahr 2009 zu Unrecht ihre Prognosemethode für PSTN- und ISDN-Anschlussleitungen durch eine eigene Vorgehensweise ersetzt. Diese werde jedoch den tatsächlichen Verhältnissen nicht gerecht. Zum einen führe sie bei den Basisanschlüssen zu einer Zunahme gegenüber dem Vorjahr, obschon sich aufgrund der Substitution durch Breitbandanschlüsse ein starker Rückgang ergeben habe. Zum anderen basiere sie auf den Wachstumsraten, die sich aus dem geometrischen Mittel der Veränderungen der Zahlen der amtlichen Fernmeldestatistik in den letzten fünf Jahre ergäben, ohne die zukünftigen Marktentwicklungen zu antizipieren. Schliesslich beruhe sie auf dem Jahresmaximalwert zu Beginn des Jahres 2009 und nicht auf dem Jahresmittelwert. Werde bei sinkender Nachfrage wie hier auf den Jahresanfangswert und bei steigender Nachfrage auf den Jahresendwert abgestellt, könne zwar jederzeit die gesamte Nachfrage bedient werden. Gleichzeitig würden dadurch aber über das ganze Jahr gesehen künstliche Überkapazitäten erzeugt, denen keine entsprechende Nachfrage gegenüberstehe. Obschon es deshalb sachgerecht wäre, die methodisch bedingten Überkapazitäten bei der Durchschnittspreisberechnung zu berücksichtigen, damit die Investitionen amortisiert werden könnten, habe die Vorinstanz dies unterlassen. Dem Kostenmodell würden dadurch in jedem Fall maximale, das heisst zu hohe Mengen zugrunde gelegt, wodurch die durchschnittlichen Stückpreise zu tief ausfielen. Die verpflichtete Anbieterin müsse aus diesem Grund massive Kostenunterdeckungen in Kauf nehmen, was mit Art. 54 FDV nicht vereinbar sei. Auch führe es zu einer Benachteiligung konkurrierender Netze und stehe somit im Widerspruch zu Art. 11*a* Abs. 1 Satz 2 FMG. Ihre eigene Prognose, die sie bereits Mitte des Jahres 2008 habe erstellen müssen, präsentiere sich schliesslich nicht in einem derart ungünstigen Licht, wie es die Vorinstanz darzustellen versuche. Auch erstaune es nicht, dass diese mit einer Methode, die sie in einem Zeitpunkt gewählt habe, als die effektiven Zahlen für das Jahr 2009 bereits bekannt oder zumindest gut absehbar gewesen seien, den effektiven Zahlen näher gekommen sei. Dies heisse aber noch nicht, dieser Methode sei der Vorzug zu geben, habe doch ihre eigene Prognosemethode in den bisherigen Zugangsverfahren nie Anlass zu Beanstandungen gegeben, weil sie zu keinen systematischen Unter- oder Überbewertungen geführt habe.

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

Im Beschwerdeverfahren hält sie an ihrem Standpunkt fest. Ergänzend führt sie aus, sie berücksichtige sehr wohl einen Rückgang der Basisanschlüsse, liege doch die per Anfang 2009 prognostizierte Anzahl dieser Anschlüsse gegenüber ihrer Anzahl in der Realität Anfang 2008 um 2,2 % tiefer. Für den Kostennachweis und insbesondere die Kosten von regulierten Produkten, die auf Teilnehmeranschlussleitungen basierten, sei jedoch sowieso in erster Linie die Gesamtanzahl Teilnehmeranschlussleitungen relevant; nur beschränkt von Bedeutung sei dagegen, ob eine Teilnehmeranschlussleitung als Analog-, Basis- oder Primäranschlussleitung realisiert werde. Mit ihrer Methode ergebe sich insgesamt ein Ergebnis, das genauer sei als die ungenaue Prognose der Beschwerdeführerin. Daran ändere nichts, dass sie ihre Prognose zu einem späte-

ren Zeitpunkt erstellt habe als die Beschwerdeführerin, habe dieser doch dieselbe Datengrundlage zur Verfügung gestanden, wie sie sie verwendet habe. Schliesslich sei die Berücksichtigung künftiger Marktentwicklungen zwar grundsätzlich zu begrüssen. Mit dieser könne aber auch in erheblichem Ausmass auf das Ergebnis der Modellrechnungen Einfluss genommen werden. Es sei deshalb umso wichtiger, dass die Prognosemethodik und deren konkrete Anwendung transparent dargestellt würden. Dies habe die Beschwerdeführerin jedoch auch nach entsprechender Aufforderung durch die Instruktionsbehörde unterlassen.

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

29.4.4 Ob die Vorinstanz den Kostennachweis zu Recht angepasst hat, hängt auch hier davon ab, ob sie dafür hinreichende Gründe dartut. Ausserdem muss ihre Korrektur den rechtlichen Rahmen einhalten, tauglich und in sich konsistent sowie konsequent und nachvollziehbar umgesetzt sein. Diese Voraussetzungen sind erfüllt. Zunächst geht es nicht an, dass die Beschwerdeführerin in einer Prognose, die für den Kostennachweis zentral ist, einfach auf das Wissen eigener Experten abstellt und bloss Werte angibt, ohne diese nachvollziehbar herzuleiten beziehungsweise ohne die Prognosemethode und deren konkrete Anwendung transparent darzustellen. Tut sie dies – wie hier – dennoch, ist es nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz nicht auf ihre Prognose abstellt, sondern eine eigene Prognose erstellt. Dies gilt umso mehr, wenn die Beschwerdeführerin – wie im vorliegenden Fall – in ihrer Prognose von einem fast doppelt so hohen Rückgang der Teilnehmeranschlussleitungen als bisher ausgeht. Die Vorinstanz erläutert im Weiteren detailliert, wie sie ihre Prognose erstellt hat und wieso ihr Vorgehen sachgerecht ist. Ihre Ausführungen vermögen zu überzeugen. Daran ändert nichts, dass sie auf den Jahresmaximalwert der Nachfrage zu Beginn des Jahres 2009 abstellt. Zum einen trägt sie damit, anders als die Beschwerdeführerin, zu Recht dem Umstand Rechnung, dass die Modellanbieterin diese Nachfrage zu bedienen, mithin diese Kapazität bereitzustellen hat. Zum anderen bestimmt die Beschwerdeführerin Kapazität und durchschnittliche Stückpreise ebenfalls anhand des gleichen Prognosewerts, auch wenn sie anstelle des Jahresmaximalwerts auf den Jahresmittelwert der Nachfrage

abstellt. Wieso das grundsätzlich übereinstimmende Vorgehen von Vorinstanz und Beschwerdeführerin grundlegend unterschiedliche durchschnittliche Stückpreise zur Folge haben soll beziehungsweise wieso bei der Vorinstanz zu tiefe durchschnittliche Stückpreise beziehungsweise massive Kostenunterdeckungen resultieren sollen, bei der Beschwerdeführerin dagegen nicht, ist nicht einsichtig. Die Korrektur des Kostennachweises durch die Vorinstanz hält somit den rechtlichen Rahmen ein. Sie erscheint überdies tauglich und in sich konsistent sowie konsequent und nachvollziehbar umgesetzt. Die Beschwerde ist deshalb in diesem Punkt abzuweisen.