

**Sunrise Communications AG**  
Regulatory  
Binzmühlestrasse 130  
8050 Zürich

Email matthias.amgwerd@sunrise.net  
Internet www.sunrise.ch  
Telefon 058 777 69 98  
Fax 058 777 69 99

**Sunrise**

**per E-Mail: tc@bakom.admin.ch**

Bundesamt für Kommunikation  
Zukunftstrasse 44  
2501 Biel

Zürich, 20. Juli 2011

## **Stellungnahme zur Änderung der Verordnung über Fernmeldedienste (FDV)**

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Rundschreiben vom 24. Mai 2011 eröffnete das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) die Anhörung der betroffenen Kreise zur Änderung der Verordnung über Fernmeldedienste. Wir nutzen hiermit fristgerecht die Möglichkeit zur Stellungnahme zu den vorgeschlagenen Änderungen (Ziffer I). Im Bereich des Netzzugangs schlägt Sunrise eine zusätzliche Änderung betreffend die kostenorientierte Preisgestaltung (Art. 54 FDV) vor (Ziffer II). Nachdem in weiten Kreisen die Meinung vorherrscht, dass die geltende Kostenrechnungsmethode in vielen Fällen nicht zu sachgerechten Ergebnissen führt, und das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 8. April 2011 dem Bundesrats die Kompetenz zur Änderung der Methode zuschreibt, ist eine Anpassung der massgeblichen Bestimmungen umgehend an die Hand zu nehmen.

### **I. Änderungsvorschläge UVEK**

#### **1. Grundversorgung**

Mit den vorgeschlagenen Änderungen im Bereich der Grundversorgung ist Sunrise einverstanden. Sie entsprechen den heutigen Marktverhältnissen.

#### **2. Jugendschutz**

Jugend- und Medienschutz ist für Sunrise ein wichtiges Anliegen. Die vier grössten Fernmelde-diensteanbieterinnen haben bereits im Juni 2008 eine Brancheninitiative für verbesserten Ju-

gendschutz in den Neuen Medien und zur Förderung der Medienkompetenz in der Gesellschaft ins Leben gerufen.<sup>1</sup> Darin verpflichten sich die Anbieterinnen zu Massnahmen, die über die gesetzlichen Minimalanforderungen hinausgehen. Ein wichtiges Augenmerk liegt weiter auch auf der Aufklärungs- und Präventionsarbeit zur Förderung der Medienkompetenz. Sunrise ist überzeugt, dass gesetzliche Vorschriften und technische Massnahmen allein oftmals keinen genügenden Schutz bieten und die Begleitung von Jugendlichen und Eltern im Umgang mit den Neuen Medien unentbehrlich bleibt.

Auch die nunmehr vorgeschlagene strengere Regulierung für die Nutzung von Mehrwertdiensten mit erotischem oder pornografischen Inhalt über Mobilfunkanschlüsse darf nicht darüber hinweg täuschen, dass Anbieterinnen letztlich keinen Einfluss darauf haben, welche Personen effektiv ein Mobilfunkgerät benutzen. Unabhängig von den in Art. 41 Abs. 2 E-FDV vorgesehenen neuen Schutzmechanismen können Inhaber von Mobilfunkanschlüssen jederzeit und ohne Wissen ihrer Anbieterin ihr Telefon einer dritten, allenfalls minderjährigen Person übergeben.

Sunrise hat jedoch Verständnis für eine moderate Verschärfung der Regulierung in diesem Bereich und kann sich damit einverstanden erklären, dass Anbieterinnen sich künftig *beim Abschluss eines Mobiltelefonievertrages* aktiv nach dem Alter der hauptsächlichen Benutzerin oder des hauptsächlichen Benutzers erkundigen müssen. Diese Massnahme dürfte eine gewisse Schutzwirkung entfalten.

Eine Ausdehnung dieser Erkundigungspflicht auf den *Bereich der Vertragsänderungen* ist nach unserer Ansicht jedoch unrealistisch und geht zu weit. Die Anzahl von möglichen kleineren oder grösseren Interaktionen die eine Vertragsänderung zur Folge haben, ist kaum überschaubar. Denn eine Anpassung des bestehenden Vertragsverhältnisses bewirken unter anderem folgende Geschäftsvorfälle: Wechsel des Abonnements, Verlängerung des Abonnements, Bestellung von Zusatzoptionen (z.B. security options, voice mail box), Anmeldung für Spar- oder Tarifooptionen, Aktivierung von Sperrsets etc. Weiter kommt hinzu, dass den Kundinnen und Kunden für Vertragsanpassungen mehr Kanäle zur Verfügung stehen als für reine Vertragsabschlüsse. So können beispielsweise Zusatzoptionen oder Abänderungen bei vielen Anbieterinnen auch über das Callcenter, Internet oder sogar mittels SMS abgewickelt werden.

Wie aus obigen Ausführungen hervorgeht, würde eine aktive Erkundigungspflicht für simple Vertragsanpassungen den Umsetzungsaufwand massiv erhöhen und die Anbieterinnen vor kaum lösbare Probleme stellen. Bei Änderungsanträgen (z.B. Freischalten für eine Sparoption) via SMS beispielsweise müssten die Anbieterinnen nach Erhalt des entsprechenden Kundenauftrages versuchen, den Kunden zu kontaktieren und sich bei diesem nach dem Alter der hauptsächlichen Benutzerin bzw. des hauptsächlichen Benutzers erkundigen. Ein solcher Prozess lässt sich in der Praxis mit vernünftigen Aufwand schlichtweg nicht realisieren.

---

<sup>1</sup> Vgl. [http://www.asut.ch/content/content\\_render.php?id=283&s=1&lan=1](http://www.asut.ch/content/content_render.php?id=283&s=1&lan=1).

Es ist weiter davon auszugehen, dass Endkunden es als belästigend empfinden würden, wenn sie im Rahmen der Abwicklung eines bestehenden Vertragsverhältnisses ständig aufs Neue mit der Frage konfrontiert werden, ob der Hauptnutzer gewechselt habe und ob dieser neu allenfalls unter 16 Jahre alt sei. Ohnehin wäre aber die Meldung eines solchen Benutzerwechsels während der Vertragszeit Sache des Kunden, welcher ganz grundsätzlich die Hauptverantwortung für die Benutzung seines Telefonanschlusses trägt. Wie erwähnt kann der effektive Nutzer eines Anschlusses jederzeit während der Vertragslaufzeit ändern, ohne dass die Anbieterin davon Kenntnis erhält, geschweige denn Einfluss nehmen könnte.

Aus den genannten Gründen sollte die aktive Erkundigungspflicht einzig auf den Geschäftsvorfall des Vertragsabschlusses begrenzt werden.

Art. 41 Abs. 2 lit. b E-FDV sieht ausserdem vor, dass Anbieterinnen im Zweifelsfall das Alter der hauptsächlichen Benutzerin oder des hauptsächlichen Benutzers an Hand eines behördlichen Ausweises überprüfen sollen. Ein solcher Zweifelsfall kann nach Ansicht von Sunrise nur bei Vorliegen von konkreten Anhaltspunkten gegeben sein. Grundsätzlich sollen sich Anbieterinnen auf die Angaben und Aussagen ihrer Kunden verlassen dürfen, ohne einen Zweifelsfall annehmen zu müssen. Dies gilt insbesondere in all jenen Fällen, wo die hauptsächliche Benutzerin bzw. der hauptsächliche Benutzer beim Vertragsabschluss physisch nicht anwesend ist (z.B. Online-Vertragsabschluss). Vor diesem Hintergrund regt Sunrise an, in Art. 41 Abs. 2 lit. b FDV eine Formulierung zu wählen, welche dieser einzig praktikablen Lösung noch etwas besser Rechnung trägt (z.B. "im *konkreten* Zweifelsfall überprüfen sie das Alter an Hand eines behördlichen Ausweises").

Zudem möchten wir Sie ersuchen, eine genügend lange Übergangsfrist zwischen der Publikation in der Amtlichen Sammlung des Bundesrechts (AS) und dem Inkrafttreten der Vorschriften vorzusehen. Die vorgesehenen Erkundigungs- und Registrierungspflichten erfordern insbesondere zeitaufwendige Anpassungen an IT-Systemen. Diese Anpassungen sind "releaseabhängig" und können von den betroffenen Anbieterinnen nur in ganz bestimmten Zeitfenstern umgesetzt werden.

Aus diesen Gründen stellt Sunrise den Antrag, **Art. 41 Abs. 2 E- FDV** wie folgt anzupassen:

<sup>2</sup> Um zu entscheiden, ob der Zugang gesperrt werden muss, tun die Anbieterinnen von mobilen Fernmeldediensten folgendes:

- a. sie registrieren beim Abschluss des Vertrages, ~~oder wenn die Kundin oder der Kunde eine Änderung des Vertrages verlangt~~, das Alter der hauptsächlichen Benutzerin oder des hauptsächlichen Benutzers, falls diese oder dieser unter 16 Jahre alt ist;
- b. im konkreten Zweifelsfall überprüfen sie das Alter an Hand eines behördlichen Ausweises.

## **II. Anpassung der Kostenrechnungsmethode beim regulierten Netzzugang**

### **1. Ausgangslage**

Wesentliche Voraussetzung für die Überführung der Telekommunikation vom Monopol zum Wettbewerb ist der diskriminierungsfreie Zugang neuer Wettbewerber zur Netzinfrastruktur der etablierten Anbieterin. Im Rahmen der Marktöffnung wurde auch das staatliche Netzmonopol per 1. Januar 1998 aufgehoben. Neuen Wettbewerbern soll es grundsätzlich möglich sein, eigene Infrastrukturen zu betreiben. Als marktbeherrschende Anbieterin wurde die historische Anbieterin Swisscom vom Gesetzgeber verpflichtet, ihr Netz mit der Infrastruktur anderer Anbieterinnen zu regulierten Bedingungen zusammenzuschalten. Dieser wettbewerbspolitisch motivierte Netzzugang wurde per 1. April 2007 von der reinen Netzzusammenschaltung (Interkonnektion) um weitere Zugangsarten erweitert, insbesondere um die Entbündelung des Teilnehmeranschlusses. Der Bundesrat erhoffte sich dadurch eine Belebung des Wettbewerbs: „Mit der Einführung von neuen Massnahmen, die den Wettbewerb wieder ankurbeln und fördern sollen, namentlich der Entbündelung des Teilnehmeranschlusses, dürfte sich die Vorzugsstellung der ehemaligen Monopolistin abschwächen“ (Botschaft zur Änderung des Fernmeldegesetzes vom 12. November 2003, BBl 2003 S. 7997).

Zentrales Steuerungselement des wettbewerbspolitisch motivierten Netzzugangs ist die Preisregulierung. Sie ist ausschlaggebend für die Konkurrenzfähigkeit der Wettbewerber auf den nachgelagerten Endkundenmärkten. Durch überbeuerte resp. diskriminierende Preise können nachgelagerte Märkte ebenso wirkungsvoll abgeschottet werden wie durch eine Zugangsverweigerung. Von der Preisregulierung gehen für alle Beteiligten – auch auf nachgelagerten Wertschöpfungsstufen – wesentliche Investitionssignale aus.

Die vorliegend relevante Preisregulierung beschlägt monopolistische Engpässe (bottlenecks). Es handelt sich dabei um für den Zugang zu nachgelagerten Infrastruktur- und Dienstleistungsmärkten wesentliche Infrastrukturen (essential facilities), welche die Eigenschaften natürlicher Monopole aufweisen und/oder aus politischen Gründen als rechtliche Monopole betrieben wurden. Kernanliegen der Preisregulierung ist zu verhindern, dass marktmächtige Anbieterinnen ihre (meist historisch bedingte) dominante Marktstellung auf dem Vorleistungsmarkt durch prohibitive Preise auf die nachgelagerten Infrastruktur- und Dienstleistungsmärkte übertragen (monopoly leveraging) bzw. dort Wettbewerbsverzerrungen bewirken.

Gemäss Bundesgericht geht es um „die Beseitigung des Wettbewerbsvorteils, über den die pflichtige Anbieterin nur deshalb verfügt, weil sie den fraglichen Bereich des Telekommunikationsmarkts beherrscht. Die entsprechende Interkonnektionspflicht stellt somit einen Ausgleich zur Marktbeherrschung dar. Bei der Swisscom Fixnet AG gründet diese faktische Marktbeherrschung, soweit sie (noch) besteht, auf den früheren Vorrechten ihrer Rechtsvorgängerin als Monopolistin im Fernmeldewesen [...]. Mit der Interkonnektionspflicht soll die marktbeherrschende Anbieterin nicht vom Wettbewerb ausgeschlossen oder ‚ausgeblutet‘ werden. Sie soll aber den aus ökonomischer und fernmelderechtlicher Sicht ungerechtfertigten Wettbewerbsvor-

teil, den sie aus der Marktbeherrschung zieht, im entsprechenden Umfang wieder verlieren und insoweit in die gleiche Lage wie ihre Konkurrentinnen versetzt werden. Gleichzeitig lässt sich dadurch – im umgekehrten Sinne – die erhebliche Marktzutrittsschranke für die Konkurrentinnen beseitigen [...]. Von dieser Wettbewerbssituation sollen am Ende der Telekommunikationsmarkt als Ganzes und insbesondere die Endkunden der Fernmeldediensteanbieterinnen profitieren“ (BGE 132 II 257 E. 3.3.1).

Gestützt auf diese wettbewerbspolitische Prämisse bzw. den Zweckartikel des Fernmeldegesetzes, welcher u.a. „wirksamen Wettbewerb beim Erbringen von Fernmeldediensten“ zum Ziel setzt, verlangt Art. 11 Abs. 1 FMG, dass die marktbeherrschende Anbieterin den Netzzugang auf transparente und nicht diskriminierende Weise sowie zu kostenorientierten Preisen zu gewähren hat.<sup>2</sup> Gemäss Bundesverwaltungsgericht ist „das Diskriminierungsverbot von Art. 11 Abs. 1 FMG als Gleichbehandlungsgebot zu verstehen, welches die alternativen FDA vor der historisch gewachsenen Marktbeherrschung von Swisscom zu schützen versucht“ (Urteil A-300/2010 vom 8. April 2010, E. 8.2.5, mit Verweis auf BVGE 2010/19 E. 9.3.6). Das seit dem 1. Januar 2007 im Bereich des Netzzugangs letztinstanzlich amtierende Gericht bestätigt, dass das Prinzip der Nichtdiskriminierung grundsätzlich auch für die Preisgestaltung Geltung beansprucht (a.a.O., E. 8.2.7). In diesem Sinn haben die Preise der marktbeherrschenden Anbieterin nicht nur kostenorientiert sondern auch nichtdiskriminierend zu sein. Ins Zentrum rückt damit die Frage, unter welchen Voraussetzungen sich eine Ungleichbehandlung der Konkurrenz bei der Preisgestaltung rechtfertigen lässt.<sup>3</sup>

Tatsächlich bestätigte das Bundesverwaltungsgericht bei der aktuellen Kostenrechnungsmethode, welche bei der Bestimmung der Kapitalkosten eine *vollständige Neubewertung* der Anlagen auf *aktueller* Kostenbasis zulässt, die monierte Ungleichbehandlung der Konkurrenz durch Swisscom (a.a.O., E. 3.8). Bei der Beantwortung der Frage, ob sich die Ungleichbehandlung rechtfertigen lässt, räumt das Gericht der ComCom als verfügende Behörde und auch dem Bundesrat als Verordnungsgeber weites Ermessen ein. Insbesondere liege es am Bundesrat, gestützt auf eine andere Gewichtung von Infrastruktur- und Dienstewettbewerb eine Anpassung des massgeblichen Art. 54 FDV vorzunehmen (a.a.O., E. 8.2.9).

Stete Aufgabe rechtsetzender Behörden ist die Evaluation ihrer Erlasse (so ausdrücklich Art. 170 BV für das Parlament). Dabei geht es insbesondere um die Überprüfung der Wirksamkeit

---

<sup>2</sup> Die Grundsätze der Nichtdiskriminierung, Transparenz und Kostenorientierung werden in Art. 52 ff. FDV konkretisiert. In Bezug auf das Diskriminierungsverbot wird insbesondere verlangt, dass keine andere Anbieterin schlechter gestellt werden darf, als Geschäftseinheiten, Tochterfirmen oder andere Partnerinnen der marktbeherrschenden Anbieterin (Art. 52 Abs. 2 FDV).

<sup>3</sup> Im rechtlichen Sinn stellt eine Diskriminierung eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung dar. Ungerechtfertigt ist die Ungleichbehandlung, wenn für die Differenzierung keine sachlichen bzw. vernünftigen Gründe vorliegen.

(Zielerreichungsgrad) und der Effizienz (Kosten-Nutzen-Vergleich) der Regulierung.<sup>4</sup> In seinem Bericht „Evaluation zum Fernmeldemarkt“<sup>5</sup> vom 17. September 2010 nahm der Bundesrat auch die Kostenrechnungsmethode beim Netzzugang unter die Lupe. Dabei ortet er Handlungsbedarf und sieht den Lösungsansatz in einer „differenzierteren Preisberechnung“ bzw. in einem „gemischten Regulierungsansatz“. An diese Erkenntnisse ist im laufenden Revisionsprozess zwingend anzuknüpfen, umso mehr die bestehende Praxis – wie nachfolgend gezeigt wird – nunmehr auf breiter Front kritisiert wird.<sup>6</sup>

## 2. Kritik an der aktuellen Kostenrechnungsmethode

Im Zentrum der Kritik an der geltenden Kostenrechnungsmethode gemäss Art. 54 FDV steht die Bewertung der Anlagen. Diese beeinflusst massgeblich die in Netzsektoren regelmässig hohen Kapitalkosten. Während Swisscom gestützt auf heutige Wiederbeschaffungskosten sämtliche Netzelemente Jahr für Jahr als neu bewertet (sog. Wiederbeschaffungsneuwert bzw. Brutto-Wiederbeschaffungskosten), wird von den Kritikern der aktuellen Praxis die Berücksichtigung getätigter Abschreibungen gefordert (sog. Wiederbeschaffungszeitwert bzw. Netto-Wiederbeschaffungskosten), sowie den Einbezug des Umstands, dass die vormalige Monopolistin ihre Netzinfrastruktur in der Vergangenheit zu weitaus günstigeren Konditionen bauen konnte, als dies heute der Fall wäre (historische statt aktuelle Kostenbasis).

---

<sup>4</sup> Die Fernmeldedienstverordnung enthielt für den Bereich des Netzzugangs sogar eine explizite Evaluationsnorm. Art. 59 aFDV lautete: „Das Bundesamt prüft alle zwei Jahre, ob eine Anpassung der Interkonnektionsregeln angezeigt ist. Es stellt dem Bundesrat gegebenenfalls Antrag auf Änderung der Verordnung.“ Zwar wurde diese Bestimmung per 1. April 2007 fallen gelassen, allerdings lediglich aus Gründen der Praktikabilität. So die Begründung im erläuternden Bericht des UVEK: „Gleichermaßen erweist sich der bestehende Artikel 59 FDV, der eine alle zwei Jahre durchzuführende Überprüfung der Interkonnektionsregeln vorsieht, als für das BAKOM zu umständlich. Da die Gesetzesevaluation eine ständige Aufgabe jedes Bundesamtes ist, wird das BAKOM nur im Bedarfsfall tätig.“ Dass der periodischen Evaluation der Regulierung gerade in dynamischen Sektoren wie der Telekommunikation eine wichtige Bedeutung zukommt, bleibt damit unbestritten.

<sup>5</sup> Vgl. <http://www.bakom.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00512/03498/index.html?lang=de>.

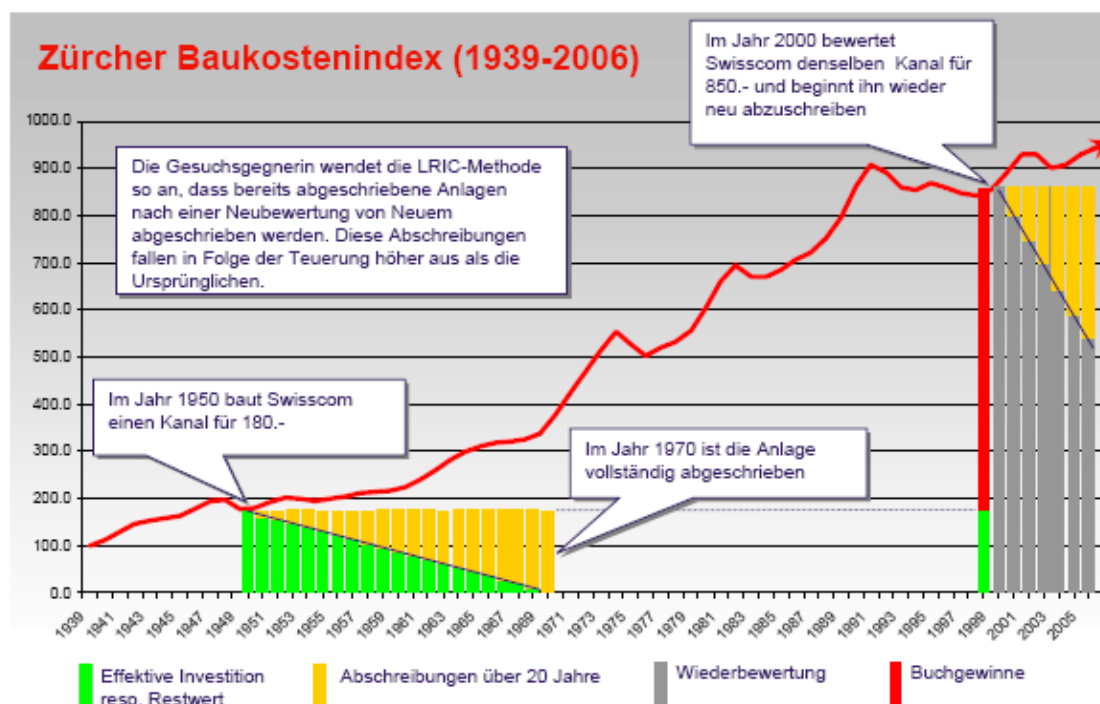
<sup>6</sup> Sunrise verlangte bereits im Rahmen der letzten FDV-Revision (Anhörung im Sommer 2009) eine Anpassung von Art. 54 FDV. Ebenso diverse andere Unternehmen und Organisationen. Vgl. <http://www.bakom.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00909/03153/index.html?lang=de>. Der Verordnungsgeber ging auf das Anliegen in jenem Zeitpunkt nicht näher ein, da er kurz zuvor vom Parlament mit einer Evaluation des Fernmeldemarktes und dabei explizit mit der Überprüfung der Kostenrechnungsmethode beim Netzzugang beauftragt wurde. Die Ergebnisse der Evaluation liegen seit dem September 2010 im erwähnten Bericht vor. Vgl. dazu auch Ziff. II.2.3.

## 2.1 Sunrise und weitere Anbieterinnen

Richtig fassbar wurde die Tragweite der Problematik für Sunrise mit der Erweiterung des Netzzugangsregimes per 1. April 2007 und damit mit der Öffnung der letzten Meile für alternative Anbieterinnen. Denn beim Anschlussnetz (meist unterirdisch verlegte Kupferkabel von den Ortszentralen zum Endkunden) fällt – im Gegensatz zur Interkonnektion – auf Kostenseite weniger die technische Ausrüstung (*aktive* Infrastruktur), die nach relativ kurzer Abschreibungsdauer auf Grund der technologischen Entwicklung regelmässig ersetzt wird, ins Gewicht. Kostentreiber ist vielmehr die *passive* Infrastruktur (Kabelkanäle, Schächte und Leitungen), welche – wenn einmal amortisiert – meist noch während Jahrzehnten in Gebrauch bleibt, ohne dass noch Abschreibungs- bzw. Kapitalkosten anfallen würden. Sunrise hat in verschiedenen Netzzugangsverfahren eine Anpassung der Bewertungspraxis im Rahmen des geltenden Art. 54 FDV verlangt. Konkret wurde gefordert, dass abgeschriebene Anlagen nicht neu bewertet werden dürfen. Leider ist Sunrise mit diesem Anliegen auf dem Rechtsweg nicht durchgedrungen. Wie erwähnt wurde sie vom Bundesverwaltungsgericht an den Verordnungsgeber verwiesen. Es liege am Bundesrat, den massgeblichen Art. 54 FDV anzupassen.

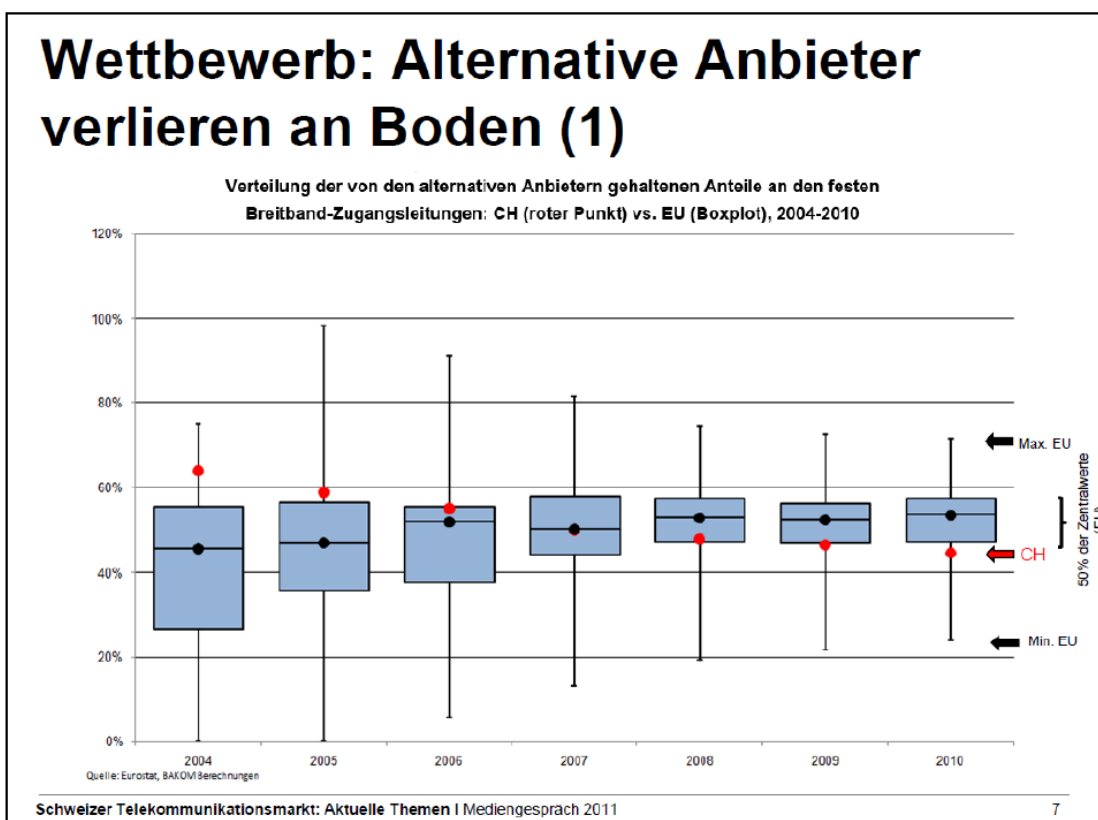
Im Weiteren kritisierte Sunrise regelmässig die Tatsache, dass Swisscom umfassend auf eine aktuelle Kostenbasis abstellt, somit auch bei Anlagen wie Kabelkanälen und Schächten, die nach ihrer Amortisation in aller Regel nicht ersetzt werden und überdies einer erheblichen Teuerung unterliegen. Dies im Wissen, dass es zur Behebung dieses Regulierungsfehlers einer Verordnungsrevision bedarf, da der geltende Art. 54 FDV die Berücksichtigung von historischen Kosten nicht vorsieht.

Die nachfolgende Darstellung veranschaulicht die beiden monierten kostentreibenden Effekte:



Grundsätzlich bewertet Swisscom ihre Anlagen bei den jährlich vorgenommenen Preiskalkulationen vollständig neu auf aktueller Kostenbasis. Dies verhilft der marktbeherrschenden Anbieterin zu erheblichen Übergewinnen (Monopolrente). Das führt nicht nur zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung der auf Netzzugang angewiesenen Konkurrenz, sondern auch zu einem generell hohen Preisniveau auf den Endkundenmärkten, wobei Swisscom hier – im Gegensatz zu ihrer Konkurrenz – ein weiteres Mal Übergewinne erzielen kann. Damit verliert der Grundsatz der Kostenorientierung vollends seine Funktion als „regulatorisches Korrektiv“. Die vom Verordnungsgeber in Art. 54 FDV vorgegebene Methode will insbesondere die Berücksichtigung von allfälligen, historisch bedingten Altlasten (Ineffizienzen) ausschliessen, welche die etablierte Anbieterin aus Monopolzeiten mit sich führt. Deshalb sind die Kosten einer „effizienten Anbieterin“ massgebend. Das Kostenmodell darf aber nicht dafür herhalten, Monopolrenten zu rechtfertigen. Das ist systemwidrig, da in hohem Masse wettbewerbsverzerrend, diskriminierend und letztlich wohlfahrtsmindernd.

Die vormalige Monopolistin Swisscom dominiert die Festnetzmärkte trotz der vor fünf Jahren vom Parlament beschlossenen Erweiterung des Netzzugangs nach Belieben. Insbesondere ihre Marktanteilsgewinne im Bereich der Breitbandanschlüsse sind alarmierend. Darauf wies bereits der Bundesrat in seinem Evaluationsbericht für den Zeitraum bis anfangs 2009 hin (a.a.O., S. 16 f. und 23). Das BAKOM bestätigte den Trend für das Jahr 2010 am diesjährigen Mediengespräch in Biel:





Sunrise geht davon aus, dass Swisscom ihren Breitband-Marktanteil seit anfangs 2007 trotz der Entbündelung der letzten Meile um ca. 10% erhöhen konnte. Umgekehrt war es Sunrise trotz enormen Investitionen in die Entbündelung nicht möglich, beim Breitband-Internet Marktanteile zu gewinnen.<sup>7</sup> Dies hängt offenkundig mit den überhöhten Netzzugangspreisen zusammen. Die ungleich langen Spiesse stellen für jede auf Netzzugang angewiesene Anbieterin ein erhebliches Risiko dar. Im Vergleich zu Swisscom erfahren diese auf Grund der übersteuerten Vorleistungsprodukte auf Kostenseite einen erheblichen Nachteil und sehen sich in extremis mit Kosten-Preis-Scheren konfrontiert. Das belegen nicht zuletzt die zahlreichen Marktaustritte, welche in den letzten Jahren zu verzeichnen waren. Umgekehrt generieren die aus dem Netzzugang erzielten Übergewinne zusätzliche Mittel, welche Swisscom zum Ausbau ihrer Dominanz auf benachbarten bzw. nachgelagerten Märkten verwenden kann. Nach Auffassung von Sunrise verhindert die gegenwärtige Preisregulierung die Verwirklichung der vom Fernmeldegesetz angestrebten Wettbewerbsordnung.<sup>8</sup>

Wie das gemeinsame Schreiben vom 23. Juni 2011 an Bundesrätin Doris Leuthard (**Beilage 1**) zeigt, wird die Kritik an der geltenden Kostenrechnungsmethode insbesondere von denjenigen Anbieterinnen mitgetragen, welche auf die Mitbenutzung des historischen Anschlussnetzes (letzte Meile) angewiesen sind. Ebenso setzen sich seit längerem diverse Konsumentenorganisationen für eine Änderung der Kostenrechnungsmethode ein.<sup>9</sup>

## 2.2 Preisüberwacher

Auch der Preisüberwacher kritisiert seit geraumer Zeit die geltende Kostenrechnungsmethode beim Netzzugang. In diversen Stellungnahmen verlangte er sowohl gegenüber der ComCom als auch gegenüber dem Bundesverwaltungsgericht eine Abkehr von der bisherigen Praxis. Stellvertretend für all diese Fachberichte wird vorliegend auf die Stellungnahme vom 9. September 2010 im erwähnten Rechtsmittelverfahren vor Bundesverwaltungsgericht betreffend die Kabelkanalisationen (**Beilage 2**) verwiesen. An dieser Stelle seien die folgenden Zitate angefügt:

---

<sup>7</sup> Bei den aktuell 250'000 entbündelten Endkunden handelt es sich grösstenteils um bestehende, d.h. ursprünglich auf dem Vorleistungsprodukt BBCS basierende Kunden.

<sup>8</sup> Zu diesem Schluss kommt auch das von Sunrise in verschiedenen Zugangsverfahren vorgelegte Gutachten von PROF. ROLF H. WEBER (Universität Zürich) vom 12. Januar 2010. Dass die aktuelle Kostenrechnungsmethode speziell beim Anschlussnetz zu einem sachlich nicht gerechtfertigten Ergebnis führt, bestätigte in einer ebenfalls aktenkundigen Stellungnahme vom 15. Januar 2010 auch der von der Instruktionsbehörde bereits in einem früheren Verfahren betreffend die Interkonnektion beigezogene Gutachter PROF. KLAUS SPREMANN (Universität St. Gallen).

<sup>9</sup> So etwa das Konsumentenforum im Rahmen der letzten FDV-Revision (vgl. [http://www.konsum.ch/\\_upl/files/Stellungnahme\\_Fernmeldegesetz.pdf](http://www.konsum.ch/_upl/files/Stellungnahme_Fernmeldegesetz.pdf), S. 17 f.).

„Die Preisüberwachung kritisiert, dass das LRIC-Kalkulationsmodell zulässt, kalkulatorische Abschreibungen und Zinsen für bereits amortisierte Anlagen zu berücksichtigen. Ist dies in grösserem Umfang möglich, können die den Zugangspreisen zugrunde gelegten Kosten, nicht den Kosten eines effizienten Anbieters entsprechen. Vorliegend findet zudem eine Bewertung von Kabelkanalisationen zu aktuellen Baukosten statt. Die Baukosten zur Erstellung von Kanälen und Schächten sind aber heute höher als zum Zeitpunkt der Erstellung des Grossteils der Anlagen. Zur Berechnung der Kapitalkosten (Zinsen und Abschreibungen) wird deshalb ein viel zu hohes Investitionsvolumen (Erstellung der Kanäle zu heutigen Baukosten) zu Grunde gelegt. Massgeblich sollten die Baukosten zum Zeitpunkt der Erstellung der Anlagen sein“ (a.a.O., S. 4 f.).

„Gesetz- und Verordnungsgeber wollten nach einer Übergangsfrist von zwei Jahren mit einer geeigneten Methode sicherstellen, dass die interkonnektions- bzw. netzzugangsnachfragenden Unternehmen keine Kosten für Altlasten und ineffiziente Strukturen der ehemaligen Monopolisten tragen müssen. Die seit dem Jahr 2000 eingesetzte LRIC-Methode stellt dies sicher. Dieser Ansatz hat aber auch einen grossen Nachteil. So wird komplett ignoriert, dass weite Teile des Netzes bereits vollumfänglich amortisiert wurden. Swisscom konnte und kann also auf ein Netz zurückgreifen, dessen Erstellungskosten durch die Konsumentinnen und Konsumenten teilweise längst finanziert wurde. Dies erlaubt der Swisscom, eine höhere Rentabilität als ihre Herausforderer zu erwirtschaften, die für die Mitbenutzung der Swisscom Kabelkanäle Zugangspreise bezahlen müssen, die auf einer anderen (höheren) Kostenbasis errechnet wurden. Das Modell führt deshalb nicht nur dazu, dass Konsumentinnen und Konsumenten für bereits abgeschriebene Elemente bezahlen, sondern verhindert auch einen Wettbewerb der gleichlangen Spiesse. Die Preisüberwachung ist der Auffassung, dass dieser Effekt insbesondere im Bereich der Kabelkanäle einen nicht zu unterschätzenden Einfluss auf die Zugangspreise und damit indirekt auch auf die Konsumentenpreise hat. Ein nichtdiskriminierender Netzzugang ist nur gewährleistet, wenn er die Voraussetzungen für einen Wettbewerb zu gleichlangen Spiessen bzw. für wirksamen Wettbewerb schafft. Es ist zu prüfen, ob die ComCom gemäss bisheriger Praxis den Berechnungen auch dann zwingend Wiederbeschaffungsneuwerte zu Grunde legen muss, wenn solch elementare Ziele des FMG verletzt werden“ (a.a.O., S. 7 f.).

„Die Preisüberwachung erachtet es deshalb nicht als zielführend, wenn bei der Bewertung von Netzteilen, die vor Jahrzehnten beschafft wurden, heutige Bau- und Beschaffungskosten unterstellt werden. Weder wird die Versorgung der Bevölkerung und Wirtschaft mit vielfältigen und preiswerten Diensten verbessert, noch wirksamer Wettbewerb ermöglicht“ (a.a.O., S. 8).

Nach dem abschlägigen Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts ersuchte Sunrise den Preisüberwacher mit Blick auf eine Verordnungsrevision um eine Einschätzung der Situation bzw. um mögliche Lösungsansätze. In seinem Schreiben vom 14. Juni 2011 (**Beilage 3**) hält der Preis-

überwacher an der bisher geäusserten Kritik fest. Aus seiner Sicht ist an der vom Bundesrat im Evaluationsbericht vorgeschlagenen „differenzierten Betrachtungsweise“ anzuknüpfen. Es solle ein Kalkulationsmodell zur Anwendung gelangen, „das die tatsächlichen Verhältnisse mitberücksichtigt und sicherstellt, dass die gesetzlichen Bedingungen der Zugangsregulierung gemäss Art. 11 FMG – namentlich die Kostenorientierung und Nichtdiskriminierung – *gleichzeitig* eingehalten werden.“ Nach Auffassung des Preisüberwachers müsste das Prinzip der Nichtdiskriminierung stärker gewichtet werden, da es für die Schaffung von Wettbewerb zentral sei. Konkret schlägt der Preisüberwacher vor, dass es der ComCom je nach Infrastrukturart auch möglich sein muss, auf die „tatsächlichen Betriebs- und Kapitalkosten“ abzustellen. Nicht anrechenbar dürften aber „Kapitalkosten (Zinsen und Abschreibungen) für *vollständig amortisierte Netzelemente*“ sein. Zusätzlich fordert der Preisüberwacher „für die der Zugangsregulierung unterstehenden Infrastruktur und Dienste eine *getrennte Rechnungslegung* oder Segmentsberichterstattung, die die Einhaltung der Prinzipien der Kostenorientierung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz garantiert“.

### **2.3 Bundesrat**

Wie erwähnt befasst sich auch der Bundesrat in seinem Bericht „Evaluation zum Fernmeldemarkt“ vom 17. September 2010 mit der Preisbestimmung beim Netzzugang, dies in Erfüllung des Postulats KVF-S vom 13. Januar 2009 (Gesch.-Nr. 09.3002). Konkret wollte die ständerätliche Kommission wissen, ob „die heute vorgesehenen und praktizierten Methoden der Preisberechnung bei der Zugangsregelung sachgerecht“ seien. In seiner Antwort hält der Bundesrat eine Anpassung der Kostenrechnungsmethode „in Richtung historische Kosten“ für „Infrastrukturelemente mit wenig Innovationspotential und langen Abschreibungsdauern (z.B. Kabelkanalisationen)“ für sinnvoll (a.a.O., S. 199 f.).

Der Bericht beschreibt die Grundlagen und Ziele der Preisregulierung (a.a.O., S. 72 ff.) und erklärt dabei Begrifflichkeiten wie Preisberechnungsmethode, Kostenbasis und Kostenallokation. So wird insbesondere zwischen der *historischen Kostenbasis* und *Wiederbeschaffungskosten (aktuelle Kostenbasis)* unterschieden. Bei Letzterer könne man sich je nach Anreizsetzung für *Brutto-* oder aber für *Nettowiederbeschaffungswerte* entscheiden (a.a.O., S. 74). Bei der Auswahl der Kostenbasis sollte nach Auffassung des Bundesrates vermieden werden, „dass die Preisregulierung von schwer reproduzierbaren Vorleistungsprodukten die Erwirtschaftung zusätzlicher Mittel ermöglicht, welche die etablierte Anbieterin in einem anderen Markt einsetzen kann und damit weitere Wettbewerbsvorteile erlangt“ (a.a.O., S. 75). In der Folge zeigt der Bundesrat auch für die Preisregulierung „Optimierungspotential“ bzw. „Anpassungsmöglichkeiten“ auf (a.a.O., S. 84 ff.). Gemäss Bundesrat „ergeben sich gewisse Zweifel, ob das gegenwärtige Preisberechnungsmodell tatsächlich überall zu den gewünschten Ergebnissen führt.“ Nicht immer sei es sinnvoll, Anreize für den Bau paralleler Infrastrukturen zu setzen. Das zeige sich namentlich bei den Kabelkanalisationen, bei welchen kein Innovationswettbewerb besteht und deren Bau mit grossen Emissionen für die Öffentlichkeit verbunden ist. Die Diskussion über

Anpassungen an einigen Elementen des Preisberechnungsmodells scheine deshalb – so der Bundesrat – durchaus angebracht, nicht zuletzt weil die gesamte Bevölkerung davon profitieren könnte. Eine Änderung der Kostenbasis von den Wiederbeschaffungskosten hin zu historischen Kosten sei nicht gleichbedeutend mit einer Änderung des gesamten Preisberechnungsmodells. Die Methode zur Zuordnung der Kosten (LRIC) sei grundsätzlich beizubehalten. Ebenso sei an der Ausrichtung an den Kosten einer effizienten Leistungserbringung festzuhalten (a.a.O., S. 86 und S. 186 f.).

Damit zeigt die bundesrätliche Evaluation nicht nur klaren Handlungsbedarf auf, sondern den ebenso klaren Lösungsansatz einer „differenzierten Preisberechnung“ (a.a.O., S. 186). Konkret sei bei Infrastrukturelementen mit geringer Innovationsdynamik und langen Abschreibungsdauern wie namentlich Kabelkanalisationen auf eine historische Kostenbasis abzustellen.

## **2.4 Parlamentarische Vorstösse**

Verschiedene Vorstösse aus dem Parlament haben die aktuelle Kostenrechnungsmethode beim Netzzugang kritisch hinterfragt. Zunächst eine einfache Frage von Nationalrat Hans Stöckli vom 22. September 2008 (Gesch.-Nr. 08.5239) unter Bezugnahme auf die erste Empfehlung des Preisüberwachers, später die Interpellation von Ständerat Filippo Lombardi vom 20. März 2009 (Gesch.-Nr. 09.3352, „Marktverzerrung beim Netzzugang“), welche der Bundesrat u.a. mit dem Verweis auf den nunmehr vorliegenden Evaluationsbericht beantwortete. Bereits erwähnt wurde das Postulat der zuständigen Ständeratskommission (KVF-S) vom 13. Januar 2009 (Gesch.-Nr. 09.3002), welches vom Bundesrat die Evaluation einforderte. Deutlich fällt auch das Votum der damaligen Ständerätin und heutigen Bundesrätin Simonetta Somaruga zum Postulat des Ständerats bzw. zu einer Motion von Ständerätin Erika Forster (Gesch.-Nr. 08.3639) aus:

„Schliesslich geht es [...] um Netze, die bereits abgeschrieben sind. Die Situation mit den Netzen im Fernmeldebereich ist mit jener im Bereich der Stromnetze eben vergleichbar, auch wenn das die Swisscom nicht gerne hört. Dafür habe ich natürlich Verständnis, aber es ist eine Tatsache, dass auch die Netze im Fernmeldebereich heute weitgehend abgeschrieben sind. Es gibt deshalb auch keinen Grund, den Netzzugang jetzt nicht diskriminierungsfrei und kostenbasiert zu regeln“ (AB 2009 S 60).

All diese Vorstösse und Voten belegen, dass auch im Parlament erhebliche Zweifel an der Richtigkeit der aktuellen Kostenrechnungsmethode bestehen.

## **2.5 Kritische Medienstimmen**

Die Auseinandersetzung um die sachgerechte Preisregulierung beim Netzzugang fand auch in den Medien Beachtung. Insbesondere der abschlägige Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts provozierte zahlreiche kritische Kommentare zur heutigen Praxis. Stellvertretend seien nachfolgend Beiträge der *Neuen Zürcher Zeitung* und des *Tages-Anzeigers* angeführt:

# Sunrise scheitert vor Gericht

## *Grundsatzurteil im Streit um Zugang zu Kabelschächten*

*Mue.* · Sunrise Communications ist vor dem Bundesverwaltungsgericht mit dem Ansinnen gescheitert, die Kostenkalkulation für den Zugang zu den Swisscom-Kabelschächten auf eine neue Grundlage zu stellen. Dabei geht es weniger um die («Lric»-)Methode zur Berechnung dieser Zugangspreise, die die Telekommunikationsbranche europaweit anwendet. Vielmehr bemängelt Sunrise, dass die Preiskalkulation auf Basis der Wiederbeschaffungswerte statt zu den bereits um die Abschreibungen reduzierten Wiederbeschaffungswerten erfolgt.

Swisscom werde dadurch eine erneute Abschreibung bereits amortisierter Investitionen ermöglicht und generiere eine Monopolrente zulasten der Konkurrenz und deren Kunden, kritisierte Sunrise. Der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts ist überraschend, weil bereits der Bundesrat in seiner Evaluation zum Fernmeldemarkt angeregt hatte, für die Kabelschächte eine Kosten-

basis zu wählen, die sich an historischen Werten orientieren sollte.

Dieses Grundsatzurteil wird Folgen für den Telekommunikationsmarkt haben. Zwar hat Sunrise weitere Beschwerden gegen diese Kostenkalkulation eingelegt, etwa bei der «letzten Meile», wo der Telekommunikationsanbieter Kupferleitungen zwischen der Swisscom-Telefonzentrale und den jeweiligen Hausanschlüssen für derzeit Fr. 16.70 monatlich mietet. Gemäss Angaben von Sunrise wäre dieser Preis auf Basis von Wiederbeschaffungsrestwerten um 50% tiefer, was bei 250 000 entbündelten Hausanschlüssen eine Nettoersparnis von 25 Mio. Fr. zur Folge hätte. Doch ist anzunehmen, dass das Gericht diesem Grundsatzurteil bei weiteren Entscheiden folgen wird: Es werden also weiterhin Wiederbeschaffungskosten für ein Kupferkabelnetz angesetzt, das seit vielen Jahrzehnten im Boden liegt, abgeschrieben ist und nicht mehr neu gebaut oder ersetzt wird.

*Neue Zürcher Zeitung* vom 21. April 2011, S. 31.

**Kommentar** Von Angela Barandun

## Nur die Politik kann etwas ändern

Das zweite Mal innert fünf Tagen entscheidet ein Gericht in letzter Instanz zugunsten der Swisscom. Beide Male argumentieren die Richter mit dem Buchstaben des Gesetzes - nicht ohne anzudeuten, dass im Markt dennoch nicht alles zum Besten stehe.

Im ersten Entscheid ging es um den Wert der Kabelschächte: Die Swisscom verlangt weit mehr für deren Vermietung, als ihr Bau je gekostet hat. Indirekt berappen das die Konsumenten. Das Gericht stellte klar, dass das Gesetz diese Berechnung verlangt. Es sagt aber auch, dass es Gründe für eine Alternative gäbe. Eine solche zu «erzwingen» sei aber Aufgabe des Bundesrats. Auch im aktuellen Fall räumt das Gericht ein, dass die

Interessen der Konsumenten nicht berücksichtigt wurden.

Es ist seit längerem offensichtlich, dass das aktuelle Gesetz nicht für genügend Wettbewerb im Telekommunikationsmarkt sorgt. Im letzten Herbst stellte ein 200-seitiger Expertenbericht die Probleme sogar detailliert dar. Trotzdem haben Parlament und Regierung es erst kürzlich abgelehnt, das Gesetz zu überarbeiten.

Ab sofort kann nicht einmal mehr die Wettbewerbskommission die Konsumenten vor zu hohen Preisen schützen. Der Spielraum der Behörden wird immer kleiner, der Marktanteil der Swisscom immer grösser. Daran kann nur die Politik etwas ändern. Wir warten.

*Tages-Anzeiger* vom 21. April 2011, S. 44.

Diese Medienberichte zeigen exemplarisch, dass die aktuelle Preisregulierung in weiten Kreisen auf Unverständnis stösst. Tatsächlich ist nicht einsichtig – wie es die *Neue Zürcher Zeitung* treffend formuliert –, „dass weiterhin Wiederbeschaffungskosten für ein Kupferkabelnetz angesetzt [werden], das seit vielen Jahrzehnten im Boden liegt, abgeschrieben ist und nicht mehr neu gebaut oder ersetzt wird.“

## 2.6 Diskussion im europäischen Umfeld

Tendenzen und Bestrebungen im europäischen Umfeld zeigen, dass es sich bei Netzelementen, deren Reproduktion nicht erwünscht bzw. unmöglich ist, als sachgerecht erweist, bei der Preisbestimmung auf historische Kosten abzustellen. Ins Rollen brachte dieses Umdenken nicht zuletzt das Urteil des EuGH vom 24. April 2008 (Rechtssache C-55/06), welches den nationalen Regulierungsbehörden die Berücksichtigung historischer Kosten im beschriebenen Sinn nahe legt.<sup>10</sup> Deutliche Worte fand insbesondere der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen vom 18. Juli 2007: „Geht es [...] um ein – nutzbares und in der Praxis genutztes – Ortsnetz, das noch erheblichen ‚deprival value‘ hat und (zumindest teilweise) bereits abgeschrieben ist, so wird bei Verwendung der auf die Bruttowiederbeschaffungskosten gestützten Berechnungsmethode prima facie dem Investitionsanreiz eine unverhältnismässige Bedeutung beigemessen.“ Und im Ergebnis: „Anhand dieser Erwägungen wird deutlich, dass die Verwendung einer auf die Bruttowiederbeschaffungskosten gestützten Methode nicht mit dem Gebot der Kostenorientierung und den Zielen der Verordnung vereinbar ist, wenn das Ortsnetz des gemeldeten Betreibers noch funktionsfähig und nutzbar ist.“

Wie die Vorgaben des EuGH umzusetzen sind, zeigt ein vom deutschen Branchenverband VATM bei PROF. JÜRGEN KÜHLING in Auftrag gegebenes Gutachten (**Beilage 4**). Im Ergebnis empfiehlt dieses eine Umsetzung, wie sie auch vom Bundesrat vorgeschlagen wird:

„In der Gesamtschau der Ausführungen des EuGH und der diesen zugrunde liegenden Normen ist somit zu konstatieren, dass der EuGH mit der Pflicht zur Berücksichtigung der ‚tatsächlichen Kosten‘ einen an den tatsächlichen Umständen orientierten Ansatz bei der Berechnung der Kosten vorgegeben hat, der eine Rückanbindung an den Kostenorientierungsmaassstab ermöglicht. Die zu berücksichtigenden ‚tatsächlichen Kosten‘ enthalten dabei nach hier vertretener Auslegung des EuGH-Urteils zwei Komponenten, nämlich die historischen und die voraussichtlichen Kosten. Die historische Betrachtungsweise greift bei den Anschaffungs- und Herstellungskosten des Netzes, während eine Kalkulation anhand von Wiederbeschaffungskosten lediglich im Rahmen der vor-

---

<sup>10</sup> Das Urteil EuGH erging in einem vom Verwaltungsgericht Köln angebehrten Vorabentscheidungsverfahren. Das sich darauf stützende Urteil des deutschen Gerichts wird auch vom Bundesrat in seinem Evaluationsbericht zitiert (a.a.O., S. 85).

aussichtlichen Kosten möglich ist. Diese Vorgaben des EuGH sind auch rechtspolitisch überzeugend. Eine Berechnung der Kosten grundsätzlich anhand der tatsächlich entstandenen Anschaffungs- und Herstellungskosten ist zumindest theoretisch einfacher zu überprüfen als die bisherige Entgeltgenehmigungspraxis rein anhand von hypothetischen Wiederbeschaffungskosten und wird auch dem Kostenorientierungsgrundsatz eher gerecht. Es wird damit vermieden, dass der Netzbetreiber – unter der Prämisse steigender Wiederbeschaffungskosten im Bereich der Kupfer-TAL – höhere Abschreibungen tätigen kann, obwohl er am Ende der ökonomischen Nutzungsdauer sein vollständig abgeschriebenes Netz weiter nutzt, aber gerade nicht neu investiert. Ein Wiederbeschaffungskostenansatz, welcher der Substanzerhaltung des Anlagegutes dient, ist insoweit verfehlt, da in Wirklichkeit keine Neubeschaffung erfolgt. In dieser Situation ist der Ansatz der historischen Kosten ausreichend, der die Kapitalerhaltung des Unternehmens gewährleistet“ (a.a.O., S. 38).

Die Empfehlung der Europäischen Kommission vom 20. September 2010 (2010/592/EU) über den regulierten Zugang zu Zugangsnetzen der nächsten Generation (NGA) übernimmt die vom EuGH vorgegebene differenzierende Sichtweise:

„Bei der Ermittlung der Kostengrundlage für die Festlegung von Kostenorientierungsverpflichtungen gemäß Artikel 13 Absatz 1 der Richtlinie 2002/19/EG sollten die NRB [Nationale Regulierungsbehörden] prüfen, ob eine Verdoppelung der einschlägigen NGA-Infrastruktur wirtschaftlich realisierbar und effizient ist. Ist dies nicht der Fall, sollte das übergeordnete Ziel darin bestehen, zwischen der nachgeordneten Sparte des Betreibers mit beträchtlicher Marktmacht und alternativen Netzbetreibern wirklich gleiche Wettbewerbsbedingungen zu schaffen. Ein einheitliches Regulierungskonzept könnte daher beinhalten, dass die NRB unterschiedliche Kostengrundlagen zur Berechnung kostenorientierter Preise für replizierbare und nicht replizierbare Anlagen verwenden oder im letzteren Fall zumindest die Parameter anpassen, die ihren Kostenrechnungsmethoden zugrunde liegen“ (ABl. L 251 vom 25.09.2010, S. 43).

Für den Zugang zur baulichen Infrastruktur (Kanäle und Schächte) fordert die Kommission:

„Der Zugang zur vorhandenen baulichen Infrastruktur des Betreibers mit beträchtlicher Marktmacht im Markt 4 [Vorleistungsmarkt für den (physischen) Zugang zu Netzinfrastrukturen (einschließlich des gemeinsamen oder vollständig entbündelten Zugangs) an festen Standorten] sollte zu kostenorientierten Preisen vorgeschrieben werden. Die NRB sollten die Preise für den Zugang zur baulichen Infrastruktur in Übereinstimmung mit der Methode für die Preisbildung beim entbündelten Zugang zum Kupferkabel-Teilnehmeranschluss regulieren. Die NRB sollten dafür sorgen, dass die Zugangspreise die tatsächlichen Kosten des Betreibers mit beträchtlicher Marktmacht widerspiegeln. Dabei sollten die NRB insbesondere die tatsächliche Lebensdauer der betreffenden Infrastruktur und mögliche Einsparungen des Betreibers mit beträchtlicher Marktmacht bei

deren Aufbau berücksichtigen. Die Zugangspreise sollten den richtigen Wert der betreffenden Infrastruktur einschließlich der Abschreibung abbilden" (a.a.O., S. 44).

Die von der europäischen Branchenorganisation ECTA beim deutschen Forschungs- und Beratungsinstituts WIK in Auftrag gegebene Studie „Wholesale Pricing, NGA take-up and competition“ vom 7. April 2011 (**Beilage 5**) kommt zum Schluss, dass die kritisierte Umsetzung der LRIC-Methode gerade in Märkten, die sich wie das Kupferanschlussnetz am Ende ihres Lebenszyklus befinden, zu Ineffizienzen, Wettbewerbsverzerrungen und im Ergebnis zu Wohlfahrtsverlusten führt. Zudem zeigt die Studie, dass hohe Kupfernetz Zugangspreise negative Anreize für Investitionen in den Glasfaserausbau (FTTH) zur Folge haben.

### **3. Dienstwettbewerb vs. Infrastrukturwettbewerb**

Gemäss den Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts in seinem Urteil A-300/2010 vom 8. April 2011 betreffend die Kabelkanalisationen liesse sich eine Ungleichbehandlung der Netzzugang nachfragenden Konkurrenz durch die vormalige Monopolistin mit einer starken Gewichtung des Infrastrukturwettbewerbs rechtfertigen. Allerdings nimmt das Gericht eine solche Gewichtung nicht selber vor, im Gegenteil stellt es gerade bei Kabelkanalisationen in Frage, ob Infrastrukturwettbewerb Sinn macht (a.a.O., E. 6.5 und E. 7.5). Es liege aber am Bundesrat, im Rahmen seines weiten Ermessens die Gewichtung zwischen Infrastruktur- und Dienstwettbewerb vorzunehmen bzw. anzupassen (a.a.O., E. 8.2.9). Dabei sei die Kritik des Preisüberwachers zur Kenntnis zu nehmen (a.a.O., E. 4.8). Interessant ist in diesem Zusammenhang auch, dass sich die ComCom als Vorinstanz nicht auf den Infrastrukturwettbewerb berufen hat. Vielmehr hat sie dargelegt, dass es ihr in Anbetracht der Tatsache, dass Art. 54 FDV auch bei Kabelkanalisationen zur Anwendung gelange, verwehrt sei, eine differenzierte Betrachtung vorzunehmen.

Selbst Nationalrat Adrian Amstutz, welcher sich in der parlamentarischen Beratung für Infrastrukturwettbewerb ausgesprochen hat, nimmt die Kabelkanalisationen explizit davon aus:

„Vielmehr soll ein Wettbewerb zwischen den Infrastrukturen, also intermodularer Wettbewerb, ausgelöst werden, und es sollen die entsprechenden Anreize für Investitionen geschaffen werden. Dies kann nur der vollständig entbündelte Zugang zur letzten Meile leisten [...]. Die dafür notwendigen Investitionen können als Bekenntnis zum Schweizer Telekommunikationsmarkt verstanden werden und garantieren ein langfristiges Engagement neuer Anbieterinnen in der Schweiz. Der Zugang zu den Kabelkanalisationen erscheint mir daher nur konsequent, natürlich nur, wenn die entsprechenden Kapazitäten vorhanden sind und keine neuen Schächte ausgehoben werden müssen. Damit verringert sich einerseits die Eintrittsschwelle für Bewerber, und andererseits wird der volkswirtschaftlich wenig sinnvolle Aufbau einer parallelen Infrastruktur vermieden“ (AB 2004 N 1695).



Der Bundesrat plädiert in seinem Evaluationsbericht dafür, den Infrastruktur- und den Dienstewettbewerb nicht gegeneinander auszuspielen (a.a.O., S. 85). Es seien beide Wettbewerbsformen nötig für einen funktionierenden Fernmeldemarkt. Die Regulierung solle so konzipiert sein, dass ein optimales Zusammenwirken zustande komme. Eine rein auf den infrastrukturbasierten Wettbewerb ausgerichtete Regulierung würde die Ziele des Fernmeldegesetzes auf Grund der Markteintrittsbarrieren verfehlen. Das gelte speziell für schwer reproduzierbare Netzelemente wie Kabelkanalisationen. Denkbar sei deshalb, bei unterschiedlichen Netzelementen auf verschiedene Kostenbasen abzustellen.

Der differenzierenden Sichtweise des Bundesrates kann grundsätzlich zugestimmt werden. Im Grunde fordert dieser, den Infrastrukturwettbewerb dort zu fördern, wo er volkswirtschaftlich bzw. wohlfahrtsökonomisch erwünscht bzw. auch realisierbar ist. Damit stellt sich die Frage, wo diese Grenze zu ziehen ist. Weitgehend anerkannt ist in der Wissenschaft, dass Versorgungsnetze regelmässig resistente natürliche Monopole darstellen. Dies gilt vor allem für den Anschlussbereich (Feinerschliessung der Kunden). Diese Netze sind über Jahrzehnte in Monopolstrukturen entstanden. Keine alternative Anbieterin könnte heute solche Investitionen stemmen. Andererseits ist im Bereich der Fernnetze und bei der technischen Ausrüstung der Zentralen Infrastrukturwettbewerb durchaus möglich und in der Regel auch erwünscht. Dieser wirkt sich auch positiv auf den nachgelagerten Dienstewettbewerb aus. Umgekehrt führt die Überbetonung von Infrastrukturwettbewerb, konkret die Erschwerung des Netzzugangs durch hohe Preise im Bereich natürlicher Monopole zwangsläufig zu einer Behinderung des Dienstewettbewerbs. Das gilt es zu verhindern. Da Bevölkerung und Wirtschaft letztlich an einem vielfältigen, preiswerten und qualitativ hoch stehenden Dienstleistungsangebot interessiert sind, kann aber durchaus vom Primat des Dienstewettbewerbs ausgegangen werden. Das bringt nicht zuletzt auch der Zweckartikel des Fernmeldegesetzes zum Ausdruck. Dort (Art. 1 FMG) ist ausschliesslich von „wirksamem Wettbewerb beim Erbringen von Fernmeldediensten“ die Rede. Mit anderen Worten soll der Infrastrukturwettbewerb nur soweit gefördert werden, als dies den Dienstewettbewerb nicht behindert.

Es wäre somit nicht korrekt zu argumentieren, das zentrale Anliegen der Fernmeldeordnung liege in der Förderung des Infrastrukturwettbewerbs. Zwar wurde per 1. Januar 1998 das Netzmonopol der Swisscom aufgehoben. Damit war es sämtlichen alternativen Anbietern möglich, in eigene Netzinfrastrukturen zu investieren. Allerdings war dem Gesetzgeber auch bewusst, dass die Beseitigung des gesetzlichen Monopols nicht automatisch zu Dienstewettbewerb führen würde, weshalb er den regulierten Netzzugang (zunächst in der Form der Interkonnektion) institutionalisierte. Der Netzzugang stellt damit per Definition eine Beschränkung von Wettbewerb auf der Infrastrukturebene dar. Infrastrukturbasierter Wettbewerb ist aus volkswirtschaftlicher Sicht vor allem im Bereich der passiven Netzinfrastrukturen wenig sinnvoll – geradezu unerwünscht bei den Kabelkanalisationen. Akzentuiert hat sich diese grundsätzliche Priorisierung des Dienstewettbewerbs durch die Erweiterung des Zugangsregimes per 1. April 2007, konkret durch die Einführung der Entbündelung der letzten Meile und den Zugang zu den

Kabelkanalisationen. Damit ist die Rolle des Infrastrukturwettbewerbs definiert. Der Wettbewerb zwischen den Netzen soll primär auf der Fernnetz-Ebene (Backbone) und bei der Ausrüstung der Zentralen (*aktive* Infrastruktur) spielen. Eine Duplizierung der *passiven* Festnetzinfrastruktur im Anschlussbereich ist weder wirtschaftlich realisierbar noch gesellschaftlich erwünscht.

Zu bedenken ist, dass eine Überbewertung des Infrastrukturwettbewerbs Investitionen sogar verhindern kann. So würde ein kostengünstigerer Zugang zur letzten Meile Sunrise insbesondere erlauben, weitere Anschlusszentralen zu entbündeln, d.h. mit eigener Infrastruktur zu erschliessen. Damit würden insbesondere die Randregionen profitieren, welche von Sunrise wegen der hohen Netzzugangspreise bzw. wegen der daraus resultierenden fehlenden Wirtschaftlichkeit bisher nicht erschlossen werden konnten. Daraus erhellt, dass überhöhte Netzzugangsentgelte einem *sinnvollen* Infrastrukturwettbewerb sogar entgegenstehen. Darüber hinaus wird der Dienstewettbewerb behindert. Die Leidtragenden sind nicht nur die Konkurrenten der vormaligen Monopolistin, sondern auch die Endkunden, welche überhöhte Preise zu bezahlen haben.

Die erwähnte WIK-Studie (**Beilage 5**) kommt zudem zum Schluss, dass die hohen Kupfernetz zugangspreise, welche aus der aktuellen LRIC-Praxis resultieren, negative Anreize für Investitionen in den Glasfaserausbau (FTTH) zur Folge haben. Denn auf Grund der anhaltend hohen Gewinne bei der Kupfertechnologie bestehen aus ökonomischer Sicht kaum Anreize, in FTTH zu investieren. Der Glasfaserausbau wird dadurch vor allem in ländlichen Gebieten verhindert.

#### **4. Anpassung von Art. 54 FDV – gemischter Regulierungsansatz**

Auf Grund der breit abgestützten Kritik an der geltenden Kostenrechnungsmethode drängt sich eine Anpassung von Art. 54 FDV auf. Dabei erscheint der auch vom Bundesrat propagierte „gemischte Regulierungsansatz“ durchaus als sachgerecht. Danach wäre neu auf die historische Kostenbasis abzustellen, wenn keine modernere funktionsäquivalente Technologie existiert oder eine Duplizierung der entsprechenden Netzelemente (z.B. Kabelkanalisationen) nicht im öffentlichen Interesse liegt. Ansonsten wären weiterhin die Wiederbeschaffungskosten (current cost accounting) massgeblich. Eine Neubewertung von vollständig amortisierten Anlagen wäre in beiden Fällen ausgeschlossen. Systematisch wird die Regelung der Kostenbasis sinnvollerweise in einem eigenen Absatz 2<sup>bis</sup> geregelt. Sunrise beantragt somit, **Art. 54 FDV** wie folgt anzupassen:

<sup>1</sup> Die Festsetzung der Preise für Dienstleistungen im Zugangsbereich beruht auf folgenden Elementen:

- a. den in einem kausalen Zusammenhang mit der Dienstleistung stehenden Kosten (relevante Kosten);

- b. den langfristigen Zusatzkosten der in Anspruch genommenen Netzkomponenten und denjenigen, die ausschliesslich durch Zugangsdienstleistungen hervorgerufen werden (long run incremental costs, LRIC);
- c. einem konstanten Zusatz, der auf einem verhältnismässigen Anteil an den relevanten gemeinsamen Kosten und den Gemeinkosten (joint and common costs) basiert (constant mark up);
- d. einem branchenüblichen Kapitalertrag für die eingesetzten Investitionen.

<sup>2</sup> Die Kosten entsprechen den Aufwendungen und Investitionen einer effizienten Anbieterin.

<sup>2bis</sup> Die Berechnung der Kosten beruht auf aktueller Basis (forward looking). Die Kosten des Netzes entsprechen den Wiederbeschaffungskosten einer modernen funktionsäquivalenten Technologie (modern equivalent assets). Falls keine solche Technologie existiert bzw. eine Duplizierung von Netzelementen nicht im öffentlichen Interesse liegt, ist auf die historischen Kosten abzustellen. Eine Neubewertung von abgeschriebenen Anlagen ist in jedem Fall ausgeschlossen.

<sup>3</sup> Die Zugangsdienstleistungen sind getrennt von den übrigen Diensten abzurechnen und in Rechnung zu stellen.

## 5. Wirtschaftliche Auswirkungen

Eine Anpassung der Kostenrechnungsmethode im geforderten Sinn würde den im Bereich der Breitbanddienste noch ungenügenden Wettbewerb stimulieren. Insbesondere könnte damit dem Besorgnis erregenden Trend, dass Swisscom unablässig Marktanteile gewinnt, Einhalt geboten werden. Speziell die Entbündelung der letzten Meile bzw. der Zugang zu den Kabelkanalisationen würde für alternative Anbieterinnen erheblich an Attraktivität gewinnen. Dadurch entstünden für diese höhere Investitionsanreize als dies heute der Fall ist. Davon werden im Besonderen die weniger dicht besiedelten Regionen unseres Landes profitieren. Vor allem aber lassen sich für Wettbewerber die Wertschöpfung und die Möglichkeiten bei der Produktgestaltung erhöhen. Das sind unabdingbare Voraussetzungen, um als alternativer Provider neben einer historischen Anbieterin längerfristig zu bestehen. Letztere würde auf Grund ihrer Dominanz und der damit verbundenen finanziellen Mittel die aus einer Preissenkung resultierenden Mindereinnahmen ohne Weiteres verkraften. Andererseits hätte Swisscom grössere Anreize, in den Glasfaserausbau zu investieren. Durch die Belebung des Wettbewerbs und die Weiterentwicklung der Netzinfrastrukturen werden vor allem aber die Endkunden profitieren, nicht nur von günstigeren Preisen sondern auch von innovativen und qualitativ hoch stehenden Dienstleistungen.

Mit einer Anpassung der Kostenrechnungsmethode würde also verwirklicht, was der Bundesrat mit dem Vorschlag zur Erweiterung des regulierten Netzzugangs in Aussicht stellte: „Der politische Wille, den Wettbewerb zu verschärfen und die Kompatibilität unseres Rechtsrahmens mit demjenigen der Europäischen Union zu erhöhen, wird nicht nur greifbare und gut erkennbare Auswirkungen auf die betroffenen Märkte haben. Er hat auch eine starke symbolische Kompo-

nente. Durch diese positive Signalwirkung wird die Bedeutung bekräftigt, welche die Schweiz Themen wie der Marktöffnung und dem Wettbewerb beimisst, was wiederum die Attraktivität des Wirtschaftsstandorts Schweiz fördert und neue Investoren anzieht" (Botschaft zur Änderung des Fernmeldegesetzes vom 12. November 2003, BBl 2003 S. 7999).

Schliesslich würde eine Umsetzung des Netzzugangs, welche den Grundsatz der Nichtdiskriminierung stärker gewichtet, auch den Verpflichtungen Rechnung tragen, welche die Schweiz im Rahmen der WTO eingegangen ist. Insbesondere das sog. *Reference Paper on Telecommunications* schreibt den transparenten und kostenorientierten Zugang zu den Netzen und Diensten des "major supplier" unter "non-discriminatory terms, conditions (including technical standards and specifications) and rates and of quality no less favourable than that provided for its own like services or for like services of non-affiliated service suppliers or for its subsidiaries or other affiliates" (Ziff. 2.2 [a]).

## **6. Kompetenz des Bundesrates zur Anpassung der Kostenrechnungsmethode**

Teilweise wurde angezweifelt, ob der Bundesrat überhaupt ermächtigt sei, die Kostenrechnungsmethode abzuändern. Diese Zweifel hat das Bundesverwaltungsgericht mit seinem Urteil A-300/2010 vom 8. April 2011 endgültig ausgeräumt. Das Gericht, welches in einem künftigen Zugangsverfahren letztinstanzlich darüber entscheiden müsste, ob der Bundesrat zu einer Anpassung der Kostenrechnungsmethode legitimiert ist, hat im erwähnten Urteil nämlich bereits deutlich gemacht, dass dies der Fall ist. Das kommt an verschiedenen Stellen klar zum Ausdruck:

„Die Regelungen der Einzelheiten [der Kostenorientierung] wurde dem Bundesrat übertragen (Art. 11 Abs. 3 FMG). Dies hat der Bundesrat mit Art. 54 FDV getan und die kostenorientierte Preisgestaltung konkretisiert" (a.a.O., E. 3.4).

„Für die Zweckmässigkeit der angeordneten Massnahme trägt der Bundesrat die Verantwortung; es ist nicht Aufgabe des Bundesverwaltungsgerichts, sich zu deren wirtschaftlicher oder politischer Sachgerechtigkeit zu äussern" (a.a.O., E. 3.5).

„Bei der Festlegung der kostenorientierten Preisgestaltung hat der Gesetzgeber dem Bundesrat mit Art. 11 Abs. 3 FMG einen weiten Bereich des Ermessens für die Regelung auf Verordnungsstufe eingeräumt. Dies ergibt sich mit genügender Deutlichkeit aus der Formulierung „regelt die Einzelheiten" (a.a.O., E. 3.6).

„Es ist unbestritten, dass der Bundesrat bei der Festlegung der Preisberechnungsregel den Infrastrukturwettbewerb weniger und den Dienstewettbewerb mehr hätte betonen können. [...] Angesichts des dem Bundesrat in diesem Bereich zukommenden weiten Ermessens ist es nicht die Aufgabe des Bundesverwaltungsgerichts, hier eine andere Lösung auf dem gerichtlichen Weg zu erzwingen, zumal deren Auswirkungen ungewiss

scheinen und überdies Gefahr liefern, dem zur Zeit sich im Gang befindlichen politischen Entscheidungsprozess vorzugreifen“ (a.a.O., E. 8.2.9).

Es steht somit fest, dass der Gesetzgeber in Art. 11 Abs. 1 FMG den Grundsatz der Kostenorientierung festlegt, in Art. 11 Abs. 3 FMG die Kompetenz zur Regelung der Einzelheiten an den Bundesrat delegiert, und dass letzterer im Rahmen seiner Verordnungskompetenz die Kostenrechnungsmethode regeln kann. Somit ist der Bundesrat auch zuständig, die Kostenrechnungsmethode anzupassen. Selbstverständlich hat dies im Rahmen des übergeordneten Rechts zu erfolgen. Das Fernmeldegesetz schreibt also vor, dass (in jedem Fall) auf eine aktuelle Kostenbasis abzustellen sei oder dass amortisierte Anlagen als neu bewertet werden müssten. Vielmehr kann dies der Bundesrat im Rahmen seines (weiten) Ermessens entscheiden.

## **7. Zeitliche Dringlichkeit**

Mit Blick auf die jüngsten Marktentwicklungen und damit insbesondere auf die stetig wachsenden Marktanteile der historischen Anbieterin Swisscom sowie in Anbetracht der Tatsachen, dass die aktuelle Kostenrechnungsmethode in breiten Kreisen auf Kritik stösst und der Verordnungsgeber mit dem Konzept der „differenzierten Preisregulierung“ bereits eine Lösung aufgezeigt hat, welche auch im europäischen Rechtsrahmen umgesetzt wird, wäre unverständlich, wenn eine Anpassung von Art. 54 FDV nicht im Rahmen der laufenden Revision an die Hand genommen würde. Gerade vorliegend ist die zeitliche Dringlichkeit klar ausgewiesen. Wie die erwähnte WIK-Studie aufzeigt, würde eine rasche Anpassung der Kostenrechnungsmethode auch den Glasfaserausbau und damit die Entwicklung der Kommunikationsnetze der nächsten Generation begünstigen. Damit tangiert die Frage nach der richtigen Kostenrechnungsmethode zweifellos auch den Wettbewerb, in welchem die Schweiz als Wirtschaftsstandort zu bestehen hat.

## **8. Getrennte Rechnungslegung als flankierende Massnahme – Anpassung Anhang 3 ComComV**

Um die Grundsätze der Kostenorientierung und der Nichtdiskriminierung bei der Preisregulierung wirkungsvoll umsetzen zu können, bedarf es auf Seiten der marktbeherrschenden Anbieterin einer getrennten Rechnungslegung für die der Regulierung unterliegenden Bereiche. Das ist unbestritten und wird insbesondere auch vom Preisüberwacher explizit gefordert. Es handelt sich dabei um eine Massnahme im Sinne des ebenfalls in Art. 11 FMG statuierten Grundsatzes der Transparenz. Gemäss Art. 11a Abs. 4 FMG regelt die ComCom die Art und die Form der Rechnungslegungs- und Finanzinformationen, die marktbeherrschende Anbieterinnen in Netzzugangsverfahren vorlegen müssen.<sup>11</sup> Damit liegt es an der ComCom im entsprechenden An-

---

<sup>11</sup> Die Botschaft des Bundesrats bezeichnet die Bestimmung explizit als „Delegation gesetzgeberischer Kompetenzen“ (BBl 2003 S. 8004).

hang 3 zu ihrer Verordnung zum Fernmeldegesetz (SR 784.101.112) entsprechende Pflichten zur getrennten Rechnungslegung aufzunehmen.

Wir bedanken uns für die Möglichkeit zur Stellungnahme und ersuchen Sie, den gestellten Anträgen zu entsprechen.

Freundliche Grüsse

Sunrise



Olivier Buchs  
Director Regulatory



Dr. Matthias Amgwerd  
Senior Legal Counsel

**Beilagen:**

- Schreiben vom 23. Juni 2011 an Bundesrätin Doris Leuthard **Beilage 1**
- Stellungnahme des Preisüberwachers vom 9. September 2010 **Beilage 2**
- Schreiben des Preisüberwachers vom 14. Juni 2011 **Beilage 3**
- Rechtsgutachten von Prof. Jürgen Kühling vom 21. September 2010 **Beilage 4**
- WIK-Studie vom 7. April 2011 **Beilage 5**