



Urteil vom 28. Februar 2012

Besetzung

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

Parteien

Swisscom (Schweiz) AG, 3050 Bern,
vertreten durch Fürsprecher lic. iur. Urs Prestinari,
Swisscom AG, Legal Services & Regulatory Affairs,
3050 Bern,
Beschwerdeführerin,

gegen

COLT Telecom Services AG, Mürtschenstrasse 27,
8048 Zürich,
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. David Känzig,
Thouvenin Rechtsanwälte, Klausstrasse 33, 8034 Zürich,
Beschwerdegegnerin,

und

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

Gegenstand

Bedingungen des Zugangs zu den Mietleitungen (MLF).

Sachverhalt:

A.

Am 28. September 2007 reichte COLT Telecom Services AG (vormals COLT Telecom AG, nachfolgend: COLT) bei der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom) ein Gesuch um Erlass einer Zugangsverfügung gegen Swisscom (Schweiz) AG (vormals Swisscom Fixnet AG, nachfolgend: Swisscom) für verschiedene gesetzlich vorgesehene Zugangsformen ein. Hinsichtlich des Mietleitungszugangs stellte sie folgende materielle Anträge:

1. Feststellung der Preise für Zugang

Es seien im Verhältnis zwischen der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin mit Wirkung ab dem 1. April 2007 bis zur Rechtskraft des Entscheides für die in der nachfolgenden Liste aufgeführten Zugangsdienste und -einrichtungen der Gesuchsgegnerin, wie sie in den entsprechenden Swisscom Fixnet Wholesale Vertragsurkunden, Handbuch Preise Version 1.0 enthalten sind, nicht diskriminierende und kostenorientierte Preise (LRIC) im Sinne von Art. 11 Abs. 1 FMG in Verbindung mit Art. 52 ff. FDV festzulegen.

(...)

1.2.4. Mietleitungen FMG

Ziff. 2: Wiederkehrende Preise

Ziff. 2.1: Beide Leitungsendpunkte im gleichen Anschlussnetz

- MLF Basic (Übergabe innerhalb AZ von Swisscom Fixnet)
- MLF Premium (Übergabe innerhalb AZ von Swisscom Fixnet)
- MLF Basic (Fixpreis für Übergabe ausserhalb AZ von Swisscom Fixnet)
- MLF Premium (Fixpreis für Übergabe ausserhalb AZ von Swisscom Fixnet)

Ziff. 2.2: Leitungsendpunkte in unterschiedlichen Anschlussnetzen

- MLF Basic (Fixpreis für Übergabe innerhalb AZ von Swisscom Fixnet)
- MLF Premium (Fixpreis für Übergabe innerhalb AZ von Swisscom Fixnet)

- MLF Basic (Übergabe ausserhalb AZ von Swisscom Fixnet)
- MLF Premium (Übergabe ausserhalb AZ von Swisscom Fixnet)

Ziff. 3: Einmalige Preise

Ziff. 3.2: Offerte

- Pauschalbetrag pro Leitung

Ziff. 3.3: Bereitstellung

- Bereitstellung mit vorgängiger Offerte
- Bereitstellung bei direkter Bestellung (ohne vorgängige Offerte)

Ziff. 3.4: Dienstanpassung

- Änderung Übertragungskapazität
- Änderung Dienstqualität
- Standortverlegung

Ziff. 4.1: Fehlerbehebung

- Fehlerbehebungsaufwand für Fehler, die sich nicht im Verantwortungsbereich von Swisscom Fixnet befinden
- Fehlerbehebung behindert [wohl bedingt] durch das Verhalten der FDA oder deren Kunden

Ziff. 4.2: Fehlerbehebung ausserhalb der Arbeitszeit (MLF Basic)

- Fehlerbehebung ausserhalb der Arbeitszeit

(...)

2.4 Mietleitungen FMG

2.4.1 Reziprozität

Ziff. 6.3 der Vertragsurkunde, wonach die FDA verpflichtet ist, bei Vorliegen der Voraussetzungen den Dienst MLF zu den gleichen Konditionen wie diejenigen von Swisscom Fixnet AG zu gewähren, sei zu streichen.

2.4.2 Einschränkung auf 2 Mbit/s Leitungen

Ziffer 5, Tabelle 1 Leistungsbeschreibung sei wie folgt zu verfügen:

Die Bandbreiten und Schnittstellen seien gemäss dem jeweiligen Stand der Technik anzubieten und haben mindestens die folgenden Bandbreiten zu enthalten:

– 2 Mbit/s	G.703/120 Ω
– 34 Mbit/s	G.703/75 Ω
– 45 Mbit/s	G.703/75 Ω
– 155 Mbit/s (STM-1)	G.703/75 Ω, G.957/optical
– 622 Mbit/s (STM-4)	G.957/optical

2.4.3 MLF Gebiete

Ziffer 4.5 der Vertragsurkunde sei zu streichen und wie folgt zu ersetzen:

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

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

B.

Swisscom nahm zum Gesuch am 16. November 2007 Stellung. Sie stellte

hinsichtlich des beantragten Mietleitungszugangs folgende materielle Anträge:

4. Mietleitungen FMG
- 4.1. Für die Mietleitungen FMG seien ab 1. Juli 2007 die Preise gemäss Beilage 13 zu verfügen.
- 4.2. Die zwischen den Parteien strittigen Bedingungen des Vertrags Mietleitungen FMG seien wie folgt zu verfügen:

a) Klausel 4.5 des Vertrags (MLF Gebiete):

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

b) Klausel 6.3 des Vertrags (Reziprozität):

"Die FDA gewährt Swisscom Fixnet bei Vorliegen der Voraussetzungen (insbesondere der Marktbeherrschung) den Dienst FML zu den gleichen Konditionen wie diejenigen von Swisscom Fixnet."

c) Ziffer 5, Tabelle 1 der Leistungsbeschreibung (Angebotene Bandbreiten):

Tabelle 1: Bandbreiten und Schnittstellen.

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

(...)

- 6.1. Anderslautende oder weitergehende Begehren der Gesuchstellerin seien abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist.

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

In formeller Hinsicht beantragte Swisscom u.a., das Zugangsverfahren sei bezüglich der Angebotspflicht für Mietleitungen im Fernnetzbereich der gesamten Schweiz, für Mietleitungen mit einer Kapazität von mehr als 2 Mbit/s im Anschlussnetzbereich der gesamten Schweiz und für Mietleitungen mit einer Kapazität von 2 Mbit/s oder weniger im Anschlussnetzbereich der sechs Agglomerationen Basel, Bern, Genf, Lausanne, Lugano und Zürich auf die Frage der Marktbeherrschung zu beschränken.

C.

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

D.

Am 10. Juli 2008 wiederholte Swisscom den Antrag, es sei das Zugangsverfahren bezüglich der Angebotspflicht für Mietleitungen vorerst auf die Frage der Marktbeherrschung zu beschränken. Die ComCom wies den Antrag mit Zwischenverfügung vom 29. August 2008 ab.

E.

Am 16. Januar 2009 forderte das BAKOM im Zugangsverfahren zwischen COLT und Swisscom sowie im weiteren, mit Gesuch vom 30. September 2008 anhängig gemachten Mietleitungs-Zugangsverfahren zwischen Sunrise Communications AG (nachfolgend: Sunrise) und Swisscom verschiedene FDA auf, die anlässlich der Marktbefragung vom Frühling 2008 gemachten Angaben zu ergänzen bzw. zu präzisieren.

F.

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

G.

Mit Teilverfügung vom 10. März 2010 entschied die ComCom über einen Teil des Zugangsgesuchs von COLT. Sie setzte mit Wirkung ab 1. April 2007 für die Jahre 2007 bis 2009 die monatlich wiederkehrenden Preise für Mietleitungen mit den Servicequalitäten "Basic" und "Silver" innerhalb des gleichen Anschlussnetzes bzw. innerhalb der gleichen Trunkregion mit einer Bandbreite bis 622 Mbit/s (Servicequalität Basic) bzw. 155 Mbit/s (Servicequalität Silver), inklusive solcher mit elektrischer oder optischer Anbindung, fest (Dispositivziffer 1). Im Weiteren verpflichtete sie Swisscom, bis spätestens 31. Mai 2010 ein gesetzeskonformes Mietleitungsangebot zu veröffentlichen (Dispositivziffer 2), und strich Ziffer 6.3 (Reziprozität) der Vertragsurkunde Mietleitungen FMG vom 12./19. Juli 2007 zwischen COLT und Swisscom (Dispositivziffer 3; nachfolgend MLF-Vertrag). Schliesslich auferlegte sie Swisscom die Verfahrenskosten von Fr. 221'640.– (Dispositivziffer 4).

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

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

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

H.

Am 26. April 2010 erhebt Swisscom (nachfolgend: Beschwerdeführerin) Beschwerde gegen die Teilverfügung der ComCom (nachfolgend: Vorinstanz) vom 10. März 2010. Sie beantragt, es sei Dispositivziffer 1 der angefochtenen Verfügung aufzuheben und es seien die monatlich wieder-

kehrenden Preise für Mietleitungen innerhalb des gleichen Anschlussnetzes bzw. innerhalb der gleichen Trunkregion mit einer Bandbreite von 2 Mbit/s und den Servicequalitäten Basic bzw. Premium/Silver, inklusive solcher mit elektrischer oder optischer Anbindung, für die Jahre 2007 bis 2009 wie von ihr beantragt zu verfügen (Ziffer 1.a Rechtsbegehren). Eventualiter sei die Angelegenheit zur Neufestlegung dieser Preise an die Vorinstanz zurückzuweisen (Ziffer 1.b Rechtsbegehren). Subeventualiter sei Dispositivziffer 1 aufzuheben und es seien die Preise für Mietleitungen für die Jahre 2007 bis 2009 vom Bundesverwaltungsgericht neu festzulegen oder es sei die Angelegenheit zur Neufestlegung dieser Preise an die Vorinstanz zurückzuweisen (Ziffer 1.c Rechtsbegehren).

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

Ziffer 4.5 der Vertragsurkunde Mietleitungen FMG:

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

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

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

Ziffer 4.6 der Vertragsurkunde Mietleitungen FMG:

Anfangs- bzw. Endpunkte einer MLF können sich in einer Anschlusszentrale von Swisscom, in einem Standort der FDA oder beim Endkunden der FDA befinden. Sofern sich ein Anfangs- oder ein Endpunkt in einer Anschlusszentrale von Swisscom befindet, muss die FDA entweder mit Swisscom bereits einen Vertrag Kollokation FDV abgeschlossen haben

oder eine Machbarkeit zur Kollokation FDV mit positivem Ergebnis aufweisen. Verbindliche Angaben zum Bezug von Kollokation FDV sind im Rahmen des Vertrages Kollokation FDV erhältlich.

Ziffer 5.9 der Vertragsurkunde Mietleitungen FMG:

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

Ziffer 5 der Leistungsbeschreibung Mietleitungen FMG:

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

² Die Einzelheiten sind im Handbuch Technik nachzulesen.

Tabelle 1: Bandbreiten und Schnittstellen

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

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

Zur Begründung bringt die Beschwerdeführerin vor, entgegen der Ansicht der Vorinstanz sei zwischen dem Markt für Mietleitungen mit einer Bandbreite von 2 Mbit/s und dem Markt für Mietleitungen mit grösserer Band-

breite sowie – in räumlicher Hinsicht – zwischen dem Markt für Mietleitungen in den Agglomerationen Basel, Bern, Genf, Lausanne, Lugano und Zürich und dem Markt für Mietleitungen in der restlichen Schweiz zu unterscheiden. Weder auf dem Markt in den sechs Agglomerationen noch auf dem Markt für Mietleitungen mit einer Bandbreite über 2 Mbit/s komme ihr eine marktbeherrschende Stellung zu. Gleiches gelte hinsichtlich der Mietleitungen im Trunknetz, was auch die Vorinstanz anerkenne. Entgegen deren Ansicht sei die Zahl der Trunkortschaften zumindest in den Jahren 2008 und 2009 jedoch deutlich höher. Eine Angebotspflicht bestehe somit nur für Mietleitungen mit einer Bandbreite von 2 Mbit/s, deren Anfangs- und Endpunkte in der gleichen Trunkregion, aber nicht in einer der vorerwähnten Agglomerationen lägen. Die Preise für diese Mietleitungen seien deshalb neu festzusetzen, weil die von der Vorinstanz vorgenommenen Preisanpassungen auf einer unvollständigen Abklärung des relevanten Sachverhalts und einer Verletzung von Bundesrecht beruhten und daher rückgängig zu machen seien. Die weiteren strittigen Bedingungen des MLF-Vertrags seien wegen der Unvollständigkeit des Verfügungsdispositivs zu verfügen.

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

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

I.

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

Damit weiche die Vorinstanz von ihrem Vorgehen (dem Vorgehen der WEKO) ab, da sie (die WEKO) bei der Marktabgrenzung die Wettbewerbsverhältnisse grundsätzlich nicht beachte und dabei der von den höheren Instanzen vorgegebenen Praxis folge.

J.

Am 9. Juli 2010 äussert sich auch die Preisüberwachung zur Beschwerde. Sie macht geltend, es stelle sich in erster Linie die Frage, ob mit dem verwendeten Kalkulationsmodell der nichtdiskriminierende Netzzugang gewährleistet sei. Ausserdem sei zu beachten, dass eine Kalkulation, die sich stärker an den historischen Herstellkosten und den getätigten Abschreibungen der Beschwerdeführerin orientiere, den wirksamen Wettbewerb zwischen den Anbietern fördern und damit zu tieferen Konsumentenpreisen führen würde. Rechtlich bestünden deshalb verschiedene Fragen betreffend Nichtdiskriminierung, Kostenorientierung und Transparenz.

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

K.

Die Beschwerdegegnerin beantragt in ihrer Beschwerdeantwort vom 27. Juli 2010 die Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung führt sie aus, der Gesetzgeber habe das Mietleitungsangebot nicht auf die am 1. April 2007 bestehende Infrastruktur beschränken wollen. Der Mietleitungsbegriff sei sowohl in Bezug auf das Transportmedium als auch die angewandte Technologie neutral zu verstehen. Das bedeute, dass auch Übertragungstechniken wie die sog. "Carrier Optical Services" (COS) und

"Carrier Ethernet Services" (CES) der Beschwerdeführerin nicht aus dem Mietleitungsmarkt ausschieden. Die Vorinstanz wie auch die WEKO hätten im Weiteren die Frage der Marktbeherrschung sorgfältig abgeklärt und die marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführerin zu Recht bejaht. So habe die Vorinstanz die bestehenden Wettbewerbsverhältnisse sehr wohl berücksichtigt, was sich insbesondere in den von ihr festgelegten Trunkregionen niedergeschlagen habe. Sie habe sich überdies auch bei der Preisfestlegung an die gesetzlichen Vorgaben gehalten. Nicht zu beanstanden sei schliesslich die Verpflichtung der Beschwerdeführerin, innert der angesetzten Frist ein gesetzeskonformes Mietleitungsangebot zu veröffentlichen. Insbesondere sei die Beschwerdeführerin bereits seit dem 1. April 2007 verpflichtet gewesen, ein entsprechendes Angebot vorzulegen, und habe im Vorfeld ausreichend Zeit gehabt, sich darauf vorzubereiten.

L.

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

M.

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

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

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

N.

Auf Einladung der Instruktionsrichterin reicht die WEKO am 17. bzw. 29. November 2010 eine weitere Vernehmlassung ein. Sie hält grundsätzlich an der Markteinschätzung gemäss ihrem Gutachten vom 23. Juni 2008 fest und unterstreicht, dies gelte auch dort, wo die Vorinstanz nicht dem Gutachten folge. Ausserdem äussert sie sich zu einer Reihe von Vorbringen der Beschwerdeführerin in der Replik.

O.

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

P.

Die Beschwerdegegnerin beantragt in ihrer Duplik vom 13. Dezember 2010, es sei die Beschwerde abzuweisen und der Entscheid der Vorinstanz mit den von dieser in ihrer Stellungnahme vom 28. Juli 2010 beantragten Änderungen zu bestätigen. Im Weiteren bekräftigt sie grundsätzlich ihren Standpunkt und nimmt ergänzend zur Replik der Beschwerdeführerin Stellung.

Q.

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

R.

Mit Eingabe vom 26. Januar 2011 verzichtet die Beschwerdegegnerin auf

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

S.

Mit Verfügung vom 8. Juli 2011 werden die Vorinstanz und die WEKO darauf hingewiesen, dass der Anteil der Koaxial-Mietleitungsanschlüsse auf dem Mietleitungsmarkt gemäss der Amtlichen Fernmeldestatistik 2009 per Ende 2009 mehr als 12 % ausgemacht habe. Sie werden aufgefordert, dazu Stellung zu nehmen, welche Bedeutung diesem Umstand für die Abgrenzung und die Analyse des Mietleitungsmarkts in dem von der angefochtenen Verfügung umfassten Zeitraum zukomme. Am 10. August 2011 nimmt die WEKO, am 25. August 2011 die Vorinstanz Stellung. Beide halten grundsätzlich an ihrem Standpunkt fest. Die Beschwerdegegnerin schliesst sich in ihrer Eingabe vom 8. September 2011 den Ausführungen der Vorinstanz vom 25. August 2011 an. Die Beschwerdeführerin äussert sich am 21. September 2011 und macht u.a. geltend, es sei unerlässlich, die Frage der Marktbeherrschung neu zu beurteilen, sofern das Bundesverwaltungsgericht nicht zum Schluss komme, ihre Angebotspflicht umfasse nur Mietleitungen mit einer Bandbreite von 2 Mbit/s ausserhalb der grossen Agglomerationen.

T.

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

Die Vorinstanz erklärt am 9. November 2011, sie habe zurzeit keine näheren Kenntnisse über die Gründe, die aus Sicht des BAKOM eine Abkehr

von der bisherigen Berechnung rechtfertigten. Es müsse daher offen bleiben, ob sie eine Änderung bei der Kostenberechnung für Glasfaser-spleissungen beschliessen werde. Bevor sie über eine allfällige Änderung ihrer Praxis im Drittverfahren entschieden habe, könne sie zu den Ausführungen der Beschwerdeführerin nicht materiell Stellung nehmen.

Die Preisüberwachung führt in ihrer Stellungnahme vom 14. November 2011 aus, sie habe sich in ihrer Empfehlung an die Vorinstanz aus Prioritätsüberlegungen nicht zu den Modellanpassungen am Kostennachweis der Beschwerdeführerin und somit weder positiv noch negativ zur vorgeschlagenen Praxisänderung geäußert. Sie erachte die bisherige Praxis weiterhin als korrekt, modellkonform und damit unter Berücksichtigung des Ermessensspielraums der Vorinstanz problemlos vertretbar. In formeller Hinsicht stelle sich die Frage, ob Erwägungen des BAKOM bezüglich der Tarife für das Jahr 2011 für das vorliegende Verfahren relevant sein könnten.

U.

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

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

Prozessvoraussetzungen

1.

1.1. Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), sofern sie von einer Vorinstanz nach Art. 33 VGG stammen und keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Während End- und Teilverfügungen ohne weitere Voraussetzungen anfechtbar sind (Art. 44 VwVG), ist bei selbständig eröffneten Zwischenverfügungen zu differenzieren. Stets zulässig ist eine Beschwerde gegen Zwischenverfügungen über die Zuständigkeit und über Ausstandsbegehren (Art. 45 Abs. 1 VwVG). Gegen andere Zwischenverfügungen ist eine Beschwerde dagegen nur zulässig, wenn sie entweder einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können – wobei ein tatsächlicher

Nachteil genügt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_86/2008 vom 23. April 2008 E. 3.2; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-515/2008 vom 4. Juni 2008 E. 1.2, B-5168/2007 vom 18. Oktober 2007 E. 1.2.1 und B-1907/2007 vom 14. Mai 2007 E. 1.1) – oder die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Art. 46 Abs. 1 Bst. a und b VwVG). Obschon Art. 45 und 46 VwVG – abweichend von Art. 92 und Art. 93 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110), wo von Vor- und Zwischenentscheiden die Rede ist – den Begriff der Vorverfügung nicht erwähnen, ist davon auszugehen, der Begriff der Zwischenverfügung umfasse auch Vorverfügungen, mithin also Entscheide über materiellrechtliche Vorfragen, die das Verfahren vor einer Behörde nicht im Sinn einer Endverfügung abschliessen (vgl. FELIX UHLMANN/SIMONE WÄLLEBÄR, in: Praxiskommentar VwVG, Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Zürich 2009, Art. 44 N. 22, Art. 45 N. 4 f.; FELIX UHLMANN, in: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar BGG, 2. Aufl., Basel 2011, Art. 92 N. 2 f., Art. 93 N. 1; RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS/DANIELA THURNHERR/DENISE BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht, 2. Aufl., Basel 2010, Rz. 1870 [zum BGG]; BGE 136 II 165 E. 1.1, BGE 135 II 30 E. 1.3.1 und BGE 134 II 137 E. 1.3.2).

1.1.1. Dispositivziffer 1 legt mit Wirkung ab 1. April 2007 die monatlich wiederkehrenden Preise für die Mietleitungen fest, die von der Beschwerdegegnerin in den Jahren 2007 bis 2009 bezogen wurden. Sie schliesst das Zugangsverfahren für die Jahre 2007 bis 2009 ab und kann inhaltlich als Teilverfügung qualifiziert werden. Sie ist daher ohne weitere Voraussetzungen anfechtbar. Dies gilt auch für Dispositivziffer 4, mit der der Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten von Fr. 221'640.– auferlegt werden.

1.1.2. Dispositivziffer 2 verpflichtet die Beschwerdeführerin zur Veröffentlichung eines gesetzeskonformen Mietleitungsangebots bis spätestens 31. Mai 2010. Ob sie angefochten werden kann, hängt zunächst davon ab, ob die Eckpunkte des zu veröffentlichenden Angebots in rechtsgenügender Form verfügt wurden. Die Beschwerdeführerin bestreitet dies mit dem Argument, die konkreten Eckpunkte würden im Verfügungsdispositiv nicht genannt. Die Beschwerdegegnerin ist demgegenüber der Ansicht, aus den Verfügungserwägungen (Ziff. II.2.3.4) gehe klar hervor, wie das gesetzeskonforme Mietleitungsangebot auszusehen habe. Auch die Vorinstanz macht geltend, die grundsätzlichen Aspekte des zu veröf-

fentlichenden Mietleitungsangebots würden in den Erwägungen der Verfügung festgehalten.

Das Dispositiv einer Verfügung muss die Rechte und Pflichten des Adressaten in der Sache bestimmen oder – bei Feststellungsverfügungen – klarmachen, worin dessen Rechte und Pflichten bestehen. Die Behörde soll dabei ihre Worte so wählen, dass der Adressat nicht lange nach dem Sinn suchen muss. Bedarf die Verfügungsformel gleichwohl der Auslegung, kann auf die Begründung der Verfügung zurückgegriffen werden (BGE 110 V 222). Das Dispositiv ist so zu deuten, wie es vom Adressaten in guten Treuen verstanden werden konnte und musste (BGE 114 Ia 332, BGE 96 I 282 E. 4; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 29 Rz. 16).

Dispositivziffer 2 umschreibt nicht, was unter einem gesetzeskonformen Mietleitungsangebot zu verstehen ist. Sie bedarf daher der Auslegung, bei der auf die Verfügungsbegründung zurückzugreifen ist. Diese hält in Ziff. II.2.2.4 insbesondere fest, die CES der Beschwerdeführerin seien als Mietleitungen im Sinn von Art. 3 Bst. e^{bis} FMG zu qualifizieren, weshalb sie grundsätzlich Gegenstand der Regulierung nach Art. 11 Abs. 1 Bst. e FMG bildeten. In Ziff. II.2.3.4 wird weiter das zu veröffentlichende Mietleitungsangebot zusammenfassend umschrieben. Danach ist die Beschwerdeführerin verpflichtet, Mietleitungen zu nicht diskriminierenden Bedingungen und kostenorientierten Preisen anzubieten. Das Angebot sei national einheitlich, technologieneutral und über sämtliche Bandbreiten auszugestalten. Weiter habe es mindestens dem Leistungsumfang sowie den Bedingungen zu entsprechen, die die Beschwerdeführerin auch kommerziell anbiete. Dies gelte insbesondere bezüglich der Servicequalitäten. In technischer Hinsicht habe das Angebot darüber hinaus auch den markt- und branchenüblichen Anforderungen zu entsprechen.

Aus der Verfügungsbegründung geht somit mit ausreichender Deutlichkeit hervor, wie das zu veröffentlichende Mietleitungsangebot in den Grundzügen auszugestalten ist. Ebenso ergibt sich daraus, dass die von der Beschwerdeführerin kommerziell angebotenen CES nach Ansicht der Vorinstanz sämtliche Kriterien einer Mietleitung erfüllen und deshalb Gegenstand der Regulierung nach Art. 11 Abs. 1 Bst. e FMG bilden. Dass die Vorinstanz für IP-basierte bzw. Ethernet-Dienste wie CES noch keine konkreten Anordnungen getroffen hat, ändert daran nichts. Da die Beschwerdegegnerin diese Dienste in den Jahren 2007 bis 2009 nicht be-

zogen hat, musste und durfte die Vorinstanz in der angefochtenen Teilverfügung auch noch keine Preise für diese Dienste festsetzen.

1.1.3. Dispositivziffer 2 verpflichtet die Beschwerdeführerin somit, ein in den Grundzügen bestimmtes gesetzeskonformes Mietleitungsangebot zu veröffentlichen, legt indes abweichend von Dispositivziffer 1 die konkreten Zugangsbedingungen nicht fest. Unter welchen Voraussetzungen sie angefochten werden kann, hängt damit davon ab, wie sie zu qualifizieren ist.

Die Vorinstanz äussert sich in der angefochtenen Verfügung nicht zu dieser Frage, ebenso wenig in ihren Rechtsschriften im vorliegenden Verfahren. In ihrer Duplik vom 9. Dezember 2010 macht sie indes insbesondere geltend, wenn über den gesamten Verfahrensgegenstand entschieden worden wäre, hätte die Beschwerdeführerin den Kostennachweis für das Jahr 2010 erbringen müssen, ohne dass in einem förmlichen Entscheid vorgängig über die umstrittene Grundsatzfrage des gesetzlich gebotenen Angebots entschieden worden wäre. Weiter führt sie aus, sie habe die grundsätzliche Pflicht zur Veröffentlichung eines gesetzeskonformen Angebots verfügt, indes nicht darüber befunden, wie das Angebot im Einzelnen auszugestalten sei. Werde das zu veröffentlichende Angebot dereinst von der Beschwerdegegnerin akzeptiert, so wäre das Verfahren in diesem Punkt gegenstandslos; andernfalls müsste sie über die einzelnen Zugangsbedingungen entscheiden. Zur Begründung der Zulässigkeit ihrer Anordnung verweist sie in ihrer Stellungnahme vom 28. Juli 2010 ausserdem auf zwei frühere Zugangsverfahren. Im einen dieser Verfahren verpflichtete sie die Beschwerdeführerin als vorsorgliche Massnahme zur Veröffentlichung eines Basisangebots für den Zugang zum Teilabschnitt der Teilnehmeranschlussleitung (vgl. Zwischenverfügung der Vorinstanz vom 19. März 2008 betreffend Subloop / vorsorgliche Massnahme), im anderen im Sinn eines Teilentscheids – so die Qualifikation der Vorinstanz – zur Gewährung des schnellen Bitstromzugangs während vier Jahren (vgl. Teilverfügung der Vorinstanz vom 21. November 2007 betreffend Zugang zum schnellen Bitstrom; Qualifikation [Teilentscheid oder Zwischenentscheid] offen gelassen in BVGE 2009/35 E. 3.1). Schliesslich hält sie in der angefochtenen Verfügung fest, es entspreche ihrer konstanten, vom Bundesverwaltungsgericht mit Entscheid vom 7. November 2007 im Verfahren A-3277/2007 geschützten Praxis, die Zugangsbedingungen für die gesamte Dauer des Verfahrens bis zum Entscheiddatum, vorliegend somit für die Jahre 2007 bis 2010, als Verfahrensgegenstand zu betrachten. Über die Mietleitungspreise für das Jahr 2010 könne jedoch wegen fehlender Entscheldreife noch nicht verfügt werden.

Diese Ausführungen der Vorinstanz legen nahe, Dispositivziffer 2 als materiell-rechtlichen Grundsatzentscheid darüber zu interpretieren, zu welchem – zu veröffentlichenden – Mietleitungsangebot die Beschwerdeführerin gegenüber der Beschwerdegegnerin im Jahr 2010 verpflichtet ist. Daran ändert nichts, dass die Vorinstanz den Antrag der Beschwerdeführerin, das Zugangsverfahren auf die Frage der Marktbeherrschung zu beschränken, mit Zwischenverfügung vom 29. August 2008 abgewiesen hat (vgl. oben Bst. D); Dispositivziffer 2 betrifft – im Unterschied zur abgelehnten Beschränkung des gesamten Zugangsverfahrens – nicht die Preise für die Jahre 2007 bis 2009, die konkret festgelegt werden. Die Vorinstanz verfügte zudem auch im parallelen Mietleitungs-Zugangsverfahren zwischen Sunrise und der Beschwerdeführerin eine mit Dispositivziffer 2 übereinstimmende Anordnung (vgl. Dispositivziffer 2 der Teilverfügung vom 10. März 2010; diese Teilverfügung ist Gegenstand des Beschwerdeverfahrens A-2970/2010).

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

der Beschwerdeführerin, Dispositivziffer 2 mit der vorliegenden Beschwerde anzufechten, zu bejahen.

1.1.4. Im Ergebnis sind somit die Dispositivziffern 1, 2 und 4, gegen die sich die Beschwerde richtet, anfechtbar. Die ComCom gehört weiter zu den Behörden nach Art. 33 VGG und ist somit eine zulässige Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, ist zudem nicht gegeben (Art. 32 VGG). Das Bundesverwaltungsgericht ist somit für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

1.2. Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Die Beschwerdeführerin ist mit ihren Anträgen im Zugangsverfahren nicht durchgedrungen. Sie ist entsprechend durch die vorinstanzliche Verfügung beschwert und hat – wie hinsichtlich Dispositivziffer 2 bereits dargelegt wurde (vgl. oben E. 1.1.3) – ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung bzw. Änderung. Sie ist somit zur Beschwerde legitimiert.

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

Kognition

2.

2.1. Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition; gerügt werden kann nicht nur die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, sondern auch die Unangemessenheit des angefochtenen Entscheids (Art. 49 VwVG). Bei der Prüfung der Angemessenheit auferlegt es sich allerdings eine gewisse Zurückhaltung, wenn es um die Beurteilung technischer Spezialfragen geht, in denen die Vorinstanz über besonderes Fachwissen verfügt. Es entfernt sich in solchen Fällen im Zweifel nicht von deren Auffassung und setzt sein eigenes Ermessen nicht an deren Stelle (vgl. BGE 133 II 35 E. 3 und BGE 130 II 449 E. 4.1; BVGE 2010/19 E. 4.2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-300/2010 vom 8. April 2011 E. 2 [nachfolgend: A-300/2010]). Im Weiteren ist es zwar grundsätzlich seine Aufgabe, unbestimmte Gesetzesbegriffe im Einzelfall

auszulegen und zu konkretisieren. Wenn aber die Gesetzesauslegung ergibt, dass der Gesetzgeber der Entscheidbehörde mit der offenen Normierung eine gerichtlich zu respektierende Entscheidungsbefugnis einräumen wollte, darf und muss es seine Kognition entsprechend einschränken (vgl. BGE 135 II 296 E. 4.4.3 und BGE 132 II 257 E. 3.2; BVGE 2010/19 E. 4.2 und BVGE 2009/35 E. 4).

2.2. Die Vorinstanz ist keine gewöhnliche Vollzugsbehörde, sondern eine verwaltungsunabhängige Kollegialbehörde mit besonderen Kompetenzen. Als Fachorgan ist sie sowohl autonome Konzessionsbehörde als auch Regulierungsinstanz mit besonderer Verantwortung. Sie und das mit der Instruktion des Verfahrens betraute BAKOM verfügen über ein ausgeprägtes Fachwissen in fernmeldetechnischen Fragen sowie bei der Beurteilung der ökonomischen Gegebenheiten im Telekommunikationsmarkt. Das Bundesverwaltungsgericht kann auf kein gleichwertiges Fachwissen zurückgreifen. In wettbewerbsrechtlichen Fragen kommt zudem auch der WEKO die Stellung einer Fachbehörde zu (zur Rolle der WEKO vgl. unten E. 19.5.2). Damit rechtfertigt sich eine gewisse Zurückhaltung des Bundesverwaltungsgerichts wenigstens insoweit, als die Vorinstanz unbestimmte Gesetzesbegriffe auszulegen und anzuwenden hat. Es befreit das Bundesverwaltungsgericht indes nicht davon, unter Beachtung dieser Zurückhaltung zu überprüfen, ob die Rechtsanwendung der Vorinstanz mit dem Bundesrecht vereinbar ist (vgl. BGE 132 II 257 E. 3.2 und BGE 131 II 13 E. 3.4; BVGE 2010/19 E. 4.2 und BVGE 2009/35 E. 4). Diesen Massstab gilt es bei der nachfolgenden Prüfung, namentlich bei der Auslegung des Mietleitungsbegriffs und des Begriffs der Marktherrschaft, zu berücksichtigen.

Die Vorinstanz amtiert weiter in einem höchst technischen Bereich, in dem Fachfragen sowohl übermittlungstechnischer als auch ökonomischer Natur zu beantworten sind. Ihr steht entsprechend – wie anderen Behördenkommissionen auch – ein eigentliches "technisches" Ermessen zu. Im Rahmen dessen darf ihr bei der Beurteilung von ausgesprochenen Fachfragen ein gewisser Ermessens- und Beurteilungsspielraum belassen werden, soweit sie die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend durchgeführt hat (vgl. BGE 132 II 257 E. 3.2 und BGE 131 II 13 E. 3.4; BVGE 2009/35 E. 4; A-300/2010 E. 2). Auch diesen Massstab gilt es bei der nachfolgenden Prüfung zu berücksichtigen.

Zuständigkeit der Vorinstanz

3.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz habe in verschiedener Hinsicht ihre Kompetenzen überschritten. So habe sie zu Unrecht die Preise für Mietleitungen mit einer Bandbreite von mehr als 2 Mbit/s für die Jahre 2007 bis 2009 festgelegt und über die Servicequalitäten entschieden. Ausserdem habe sie sie fälschlicherweise und in Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör zur Veröffentlichung eines gesetzeskonformen Mietleitungsangebots verpflichtet. Die entsprechenden Rügen werden nachfolgend behandelt (Preisfestsetzung in E. 4, Servicequalitäten in E. 5, Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Mietleitungsangebots in E. 7 und Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör in E. 8). In Erwägung 6 wird ausserdem kurz auf die Frage der technischen Spezifikationen bzw. Schnittstellen eingegangen.

4.

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

Zwar stelle sie nicht in Abrede, dass sich der Gegenstand von Zugangsverfahren in erster Linie aus den Rechtsbegehren der gesuchstellenden Partei ergebe. Aufgrund des Verhandlungsprimats von Art. 11a FMG und des allgemeinen Rechtsgrundsatzes "pacta sunt servanda" hätten die zwischen den Parteien bestehenden, rechtsgültigen Verträge indes Vorrang. Die Vorinstanz sei nicht zuständig, in solche Verträge einzugreifen

und diese rückwirkend abzuändern. Sie habe weder die Aufgabe, Verträge durchzusetzen, noch eine Aufsichtsfunktion bezüglich deren Rechtmässigkeit. Dies gelte erst recht, wenn es sich nicht um regulierte MLF-Verträge, sondern wie hier um rein kommerzielle Mietleitungsverträge handle, die einzig zivilrechtlich zu beurteilen seien (Art. 11b FMG). Art. 11a Abs. 1 FMG sehe im Übrigen ausdrücklich die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes vor, weshalb die Beschwerdegegnerin die Vorinstanz anrufen und vorsorgliche Massnahmen hätten beantragen können, wenn sie sich geweigert hätte, die Migration vorzunehmen.

4.2. Die Beschwerdegegnerin macht geltend, die Beschwerdeführerin lege Ziff. 4.10 des MLF-Vertrag 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 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 bzw. 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 FDA müssen anderen Anbieterinnen auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen u.a. 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. 11a 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 verfüigten Zugangsbedingungen besorgt zu sein. Streitigkeiten aus Vereinbarungen oder Verfügungen über den Zugang sind vielmehr durch die Zivilgerichte zu beurteilen (Art. 11b FMG; vgl. zum Ganzen BVGE 2010/19 E. 9.3.5 und E. 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. 11a Abs. 1 FMG noch in der FDV umschrieben. Bei der Beantwortung der Frage ist namentlich zu berücksichtigen, dass der Vorinstanz in Zu-

gangsstreitigkeiten, nicht zuletzt wegen ihrer Funktion als Fachbehörde, gegenüber Zivilgerichten generell ein weiter Zuständigkeitsbereich zuzugestehen ist (vgl. BGE 132 II 284 E. 6.2 m.H.; MATTHIAS AMGWERD, Netzzugang in der Telekommunikation, Zürich 2008, Rz. 459 ff.). Da mit der Entscheidung, 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 E. 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 E. 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 unstrittig, dass sich die Beschwerdeführerin und die Beschwerdegegnerin bei ihren Verhandlungen über die Bedingungen des Zugangs zu den Mietleitungen nur teilweise einigen konnten. Sie schlossen daher einen Vertrag, der auf die Mietleitungen beschränkt ist, die nach Auffassung der Beschwerdeführerin dem Zugangsregime unterstehen (Basisangebot), und hielten in einer ergänzenden Vereinbarung (mit dem Titel "Ergänzung zum Vertrag Mietleitungen FMG", nachfolgend: ergänzende Vereinbarung) u.a. ausdrücklich die Dissenspunkte fest (vgl. Ziff. 2 der ergänzenden Vereinbarung; nachfolgend: Dissensklausel). Diese betreffen neben der Beschränkung des Basisangebots auf Mietleitungen mit einer Bandbreite von 2 Mbit/s auch 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 (Vertragsunterzeichnung), falle die Ergänzung zum Vertrag im jeweiligen Punkt ersatzlos dahin und gälten zwischen den Parteien die Bedingungen gemäss dem Basisangebot rückwirkend per Datum der Vertragsunterzeichnung.

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

4.4.3. 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 bzw. erneuerten kommerziellen Verträge über Mietleitungen mit einer Bandbreite von mehr als 2 Mbit/s stünden einer Regelung der strittigen Frage durch die Vorinstanz entgegen, da sie Ziff. 4.10 des MLF-Vertrags widersprächen.

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 bzw. 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, er-

mittelt werden. Damit wird nicht etwa zu Unrecht 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, d.h. 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 offen lässt 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 bzw. während des Zugangsverfahrens einstweilen weiterführte bzw. diese erneuerte. Es ist entsprechend auch nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz trotz dieser Verträge über die Frage der Bandbreite entschieden und die Preise für Mietleitungen mit einer Bandbreite von mehr als 2 Mbit/s für die Jahre 2007 bis 2009 festgelegt hat. 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. 11a 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 bzw. welche Servicequalitäten zum Angebot gehörten.

5.4.

5.4.1. Die Vorinstanz darf – wie dargelegt (vgl. oben 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. 11a 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; RHINOW/KOLLER/KISS/TURNHERR/BRÜHL-MOSER, a.a.O., 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 Ziff. 7.2 der Leistungsbeschreibung). Die Beschwerdegegnerin unterzeichnete den MLF-Vertrag, ohne diese Regelung in der ergänzenden Vereinbarung abzuändern oder einen expliziten Dissens bezüglich der Servicequalitäten festzuhalten. Daraus darf allerdings nicht geschlossen werden, die Verhandlungsparteien hätten sich über die Servicequalitäten geeinigt. Die Vertragsverhandlungen betrafen das Mietleitungsangebot, das nach Ansicht der Beschwerdeführerin der Regulierung untersteht. Die Beschwerdegegnerin hat in ausdrücklichen Dissensvorbehalten klar gemacht, dass sie mit der Beschränkung dieses Angebots auf bestimmte Gebiete (MLF-Gebiete) 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 ein-

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

5.4.3. Die Beschwerdegegnerin erwähnt in ihrem Zugangsgesuch die Servicequalitäten zwar nicht explizit. Die Vorinstanz legt ihr Gesuch indes im Einklang mit dem vorstehend zum ursprünglichen Dissens Gesagten (vgl. vorstehend E. 5.4.2) in vertretbarer Weise dahingehend aus, sie verlange im Wesentlichen die Verpflichtung der Beschwerdeführerin zu einem gesetzeskonformen Mietleitungsangebot. So beantragt sie namentlich, 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.

Die Beschwerdeführerin verweist hinsichtlich der technischen Spezifikationen bzw. Schnittstellen in allgemeiner Weise auf ihre Ausführungen zu den Servicequalitäten. Ob sie damit der Vorinstanz auch hier vorwirft, ihre Kompetenzen überschritten zu haben, wird nicht völlig klar; es dürfte indes zu verneinen sein, da sie, soweit sie ihre Rüge konkretisiert, die verfügte Angebotspflicht lediglich in materieller Hinsicht beanstandet. Eine allfällige formelle Rüge wäre jedenfalls zurückzuweisen. Zum einen wird die Frage der technischen Spezifikationen bzw. Schnittstellen – wie dargelegt (vgl. oben E. 5.4.2) – vom ursprünglichen Dissens umfasst. Zum anderen beantragt die Beschwerdegegnerin im Zugangsgesuch – wie erwähnt (vgl. oben E. 5.4.3) –, es seien Bandbreiten und Schnittstellen nach dem jeweiligen Stand der Technik anzubieten. Die Verfügung der Vorinstanz regelt somit weder kompetenzwidrig einen unstrittigen Punkt noch verletzt sie die Dispositionsmaxime.

7.

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

7.2. Die Beschwerdegegnerin macht unter Verweis auf die Stellungnahme der Vorinstanz vom 28. Juli 2010 geltend, die Verpflichtung der Beschwerdeführerin, ein gesetzeskonformes Mietleitungsangebot zu veröffentlichen, sei nicht zu beanstanden. Aus den Verfügungserwägungen (Ziff. II.2.3.4) gehe zudem klar hervor, wie dieses Angebot auszusehen habe (vgl. oben E. 1.1.2). Die Beschwerdeführerin sei weiter bereits seit

dem 1. April 2007 verpflichtet, ein entsprechendes Basisangebot vorzulegen, und habe bereits im Vorfeld ausreichend Zeit gehabt, sich darauf vorzubereiten. Die von der Vorinstanz angesetzte Frist reiche daher aus.

7.3. Die Vorinstanz führt aus, ein Vertragsverhältnis könne nur dann Gegenstand eines Zugangsverfahrens bilden, wenn die marktbeherrschende Anbieterin ein Angebot über die Zugangsbedingungen mache. Wenn sie dies nicht tue, könne eine FDA sie mit dem Begehren anrufen, die marktbeherrschende Anbieterin sei zu einem Angebot zu verpflichten. Dies gelte auch für den Fall, dass ein Angebot wie hier nur einen Teil der Zugangsform umfasse, weil sich die marktbeherrschende Anbieterin zu einem weitergehenden Angebot gesetzlich nicht verpflichtet fühle. In einem solchen Fall gebe es im Rahmen eines Zugangsverfahrens vorerst zu klären, ob eine Pflicht zu einem weitergehenden Angebot bestehe. Indem der marktbeherrschenden Anbieterin anschliessend Gelegenheit eingeräumt werde, selber ein gesetzeskonformes Angebot zu machen und mit anderen FDA entsprechende Verträge abzuschliessen, werde dem im Gesetz verankerten Verhandlungsprimat Rechnung getragen. Das Angebot sei dabei zwingend zu veröffentlichen (Art. 53 Abs. 1 FDV), weil die gesuchstellende FDA nur dann davon ausgehen könne, dass allen Anbieterinnen in nicht diskriminierender Weise dieselben Zugangsbedingungen gewährt würden. Im Übrigen habe sie bereits in zwei früheren Entscheidungen bejaht, dass die Beschwerdeführerin zur Veröffentlichung eines Basisangebots verpflichtet werden könne (vgl. oben E. 1.1.3). Die grundsätzlichen Aspekte des zu veröffentlichenden Mietleitungsangebots würden im Weiteren in den Erwägungen der Verfügung festgehalten (vgl. oben E. 1.1.2). Nachdem die Angebotspflicht bereits seit 1. April 2007 bestehe, könne schliesslich nicht ernstlich behauptet werden, eine Frist von rund drei Monaten sei zu kurz bemessen.

7.4.

7.4.1. Wie dargelegt (vgl. oben E. 4.4.1), verfügt die Vorinstanz auf Gesuch einer FDA die Zugangsbedingungen, sofern sich die Parteien innert Frist nicht darüber einigen (Art. 11a Abs. 1 FMG). Eine über die Regelung strittiger Zugangsbedingungen hinausreichende Aufsichtsfunktion kommt ihr dabei nicht zu. Obschon dem so ist, verpflichtet die Vorinstanz die Beschwerdeführerin in Dispositivziffer 2 der angefochtenen Verfügung nicht nur dazu, der Beschwerdegegnerin ein gesetzeskonformes Mietleitungsangebot zu unterbreiten, dessen Grundzüge – wie ausgeführt (vgl. oben E. 1.1.2) – in der Verfügungsbegründung rechtsgenügend umschrieben

werden, sondern vielmehr dazu, ein entsprechendes Angebot zu veröffentlichen. Sie trifft somit eine Anordnung, die nicht nur das Verhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin, mithin also zwischen den Parteien des konkreten Zugangsverfahrens, sondern auch alle weiteren, möglicherweise am Zugang zu den Mietleitungen interessierten FDA betrifft. Damit überschreitet sie die Kompetenzen, die ihr nach Art. 11a Abs. 1 FMG zukommen, und handelt in unzulässiger Weise in aufsichtsrechtlicher Funktion.

Ihr Vorgehen lässt sich auch mit Art. 53 Abs. 1 FDV nicht rechtfertigen. Diese Bestimmung sieht zwar vor, die marktbeherrschende Anbieterin müsse jährlich ein aktualisiertes Basisangebot für den Zugang zu ihren Einrichtungen und Diensten veröffentlichen, räumt der Vorinstanz indes nicht die aufsichtsrechtliche Kompetenz ein, die marktbeherrschende Anbieterin zur Veröffentlichung eines solchen Angebots zu verpflichten. Ebenso wenig kann aus ihr abgeleitet werden, jedes Angebot der marktbeherrschenden Anbieterin müsse publiziert werden. Daran ändern die beiden früheren Entscheide der Vorinstanz nichts, zumal die Vorinstanz die Beschwerdeführerin in ihrer Teilverfügung vom 21. November 2007 betreffend Zugang zum schnellen Bitstrom nicht zur Veröffentlichung eines Basisangebots verpflichtete, sondern lediglich festhielt, diese müsse während vier Jahren den Zugang zum schnellen Bitstrom gewähren.

7.4.2. Die Vorinstanz war somit nicht befugt, die Beschwerdeführerin zur Veröffentlichung eines Mietleitungsangebots zu verpflichten. Damit ist indes noch nichts darüber gesagt, ob sie die Beschwerdeführerin hätte verpflichten dürfen, der Beschwerdegegnerin ein Mietleitungsangebot zu machen, dessen Grundzüge den rechtsgenügend verfügbaren entsprechen. Wie bereits ausgeführt (vgl. oben E. 1.1.3), ist der Entscheid der Vorinstanz als materiell-rechtlicher Grundsatzentscheid darüber zu qualifizieren, zu welchem – zu veröffentlichenden – Mietleitungsangebot die Beschwerdeführerin gegenüber der Beschwerdegegnerin im Jahr 2010 verpflichtet ist. Ob die Vorinstanz nach Art. 11a Abs. 1 FMG – abgesehen von der Veröffentlichungspflicht (vgl. hiervor) – zu einem solchen Entscheid befugt ist, geht weder aus dem Wortlaut der Bestimmung noch deren Systematik hervor. Ein derartiger Entscheid trägt indes dem vom Gesetzgeber gewollten Verhandlungsprimat Rechnung, indem er der – nach Ansicht der Vorinstanz – marktbeherrschenden Beschwerdeführerin Gelegenheit bietet, vor der Verfügung der konkreten Zugangsbedingungen der um Zugang ersuchenden Beschwerdegegnerin ein Mietleitungsangebot zu machen. Soweit er nach den allgemeinen Regeln der Verfahrens-

leitung als gerechtfertigt erscheint, ist er daher mit Art. 11a Abs. 1 FMG vereinbar. Vorausgesetzt ist dabei, dass die Vorinstanz befugt wäre, das lediglich in den Grundzügen bestimmte Mietleitungsangebot konkret zu verfügen, mithin, dass hinsichtlich der noch nicht konkret verfügbaren Zugangsbedingungen ein ursprünglicher Dissens bestand und im Zugangsverfahren deren Regelung beantragt wurde. Beides ist vorliegend zu bejahen (vgl. oben E. 5.4.2 und 5.4.3).

7.4.3. Nach den allgemeinen Regeln der Verfahrensleitung sind für die Beschränkung eines Verfahrens auf einen Teilaspekt und dessen selbständige Beurteilung in erster Linie prozessökonomische Überlegungen wegleitend. Vorausgesetzt ist dabei, dass die Ziele und die nähere Regelung eines Verfahrens eine Aufspaltung in Teilfragen überhaupt zulassen. Ob ein Verfahren vorerst auf die Klärung einer Teilfrage zu beschränken ist, hat die Instruktionsbehörde nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden (vgl. zum Ganzen TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 28 Rz. 83; MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, Kommentar zum bernischen VRPG, Bern 1997, Art. 49 N. 13).

Die Beschwerdeführerin äussert sich zwar nicht direkt zur hier interessierenden Frage, nimmt aber zur Aufteilung des Verfahrens – Teilverfahren für die Jahre 2007 bis 2009, Teilverfahren für das Jahr 2010 – Stellung. Sie macht geltend, es sei nicht ersichtlich, dass eine Aufteilung des Zugangsverfahrens aus materiellen oder prozessualen Gründen geboten gewesen sei. Die Vorinstanz hätte bloss noch einige wenige Monate zuwarten müssen, um dann in einem einzigen Entscheid über alle zu regelnden Zugangsbedingungen und strittigen Fragen entscheiden zu können. Durch ein solches Zuwarten wäre der Entscheid in einem nachfolgenden Beschwerdeverfahren im Vergleich zum vorliegenden – wenn überhaupt – nur unwesentlich später erfolgt, hätte aber Rechtssicherheit für alle im Zusammenhang mit den Mietleitungen strittigen Fragen geschaffen. Dies sei mit dem Vorgehen der Vorinstanz nun gerade nicht gewährleistet. Der von dieser behauptete Zeitgewinn und Gewinn an Rechtssicherheit erwiesen sich somit als deren genaues Gegenteil.

Die Vorinstanz begründet die Aufteilung des Verfahrens in der angefochtenen Verfügung mit dem Umstand, dass der Entscheid über die Preise für das Jahr 2010 frühestens Mitte 2010 spruchreif wäre, das Zugangsverfahren indes bereits seit dem 30. September 2008 hängig sei. Im Beschwerdeverfahren führt sie aus, die Aufteilung des Verfahrens sei nicht nur aus prozessökonomischen Gründen gerechtfertigt gewesen, sondern

auch den Parteiinteressen der Beschwerdeführerin entgegengekommen. Das Vorgehen sei geeignet gewesen, Rechtssicherheit hinsichtlich des gesetzlich geforderten Mietleitungsangebots zu schaffen. Wäre über den gesamten Verfahrensgegenstand entschieden worden, hätte die Beschwerdeführerin zusätzlich den Kostennachweis für das Jahr 2010 erbringen müssen, ohne dass in einem förmlichen Entscheid vorgängig über die umstrittene Grundsatzfrage des gesetzlichen gebotenen Angebots entschieden gewesen wäre. Ein solches Vorgehen hätte zu einer weiteren, nicht unbedeutenden Verfahrensverzögerung geführt, zumal Umfang und Inhalt des gesetzlich geforderten Angebots gerade umstritten seien. Es sei somit nicht ersichtlich, weshalb eine andere Verfahrensführung sinnvoller bzw. prozessökonomischer gewesen wäre.

Es trifft zwar zu, dass gemäss der angefochtenen Verfügung ein Entscheid über die Preise für das Jahr 2010 unter Umständen bereits in einigen Monaten denkbar gewesen wäre, was die bisherige Verfahrensdauer nicht übermässig verlängert hätte. Ob dieser Zeitrahmen tatsächlich hätte eingehalten werden können, ist jedoch schon nach dem Wortlaut der Verfügung offen. Die Ansicht der Vorinstanz, im Zusammenhang mit dem Kostennachweis für das Jahr 2010 wäre es zu einer weiteren, nicht unbedeutenden Verfahrensverzögerung gekommen, ist zudem nachvollziehbar. Es ist entsprechend nicht zu kritisieren, dass die Vorinstanz mit einer Teilverfügung vorab über die spruchreifen Preise für die Jahre 2007 bis 2009 entschieden hat.

Dass sie bei dieser Gelegenheit auch die Grundzüge der Angebotspflicht der Beschwerdeführerin festgelegt und diese zu einem entsprechenden Angebot verpflichtet hat, ist – abgesehen von der verfügbaren Veröffentlichungspflicht (vgl. oben E. 7.4.1) – nicht zu beanstanden; ihr Vorgehen erscheint vielmehr als zulässig und angemessen. Zum einen bildet der Umfang der Angebotspflicht teilweise bereits Gegenstand des Verfahrens für die Jahre 2007 bis 2009, weshalb im Teilscheid für diese Jahre ohnehin Erwägungen dazu anzustellen waren; der Einbezug der weiteren, in diesen Jahren noch nicht relevanten Punkte war daher nicht nur naheliegend, sondern auch sinnvoll und effizient. Zum anderen ermöglicht es der Grundsatzentscheid – wenn auch erst nach seiner Überprüfung in diesem Beschwerdeverfahren –, Rechtssicherheit über die grundsätzliche Angebotspflicht der Beschwerdeführerin zu schaffen, ohne die einzelnen – im Verfügungszeitpunkt ohnehin noch nicht spruchreifen – Zugangsbedingungen für das Jahr 2010 bereits konkret festsetzen zu müssen, mithin ohne den mit einer derartigen Detailverfügung einhergehenden Zeit- und

Arbeitsaufwand; er erscheint somit prozessökonomisch sinnvoll. Die Vorinstanz hat dem Rechnung getragen und das Zugangsverfahren für das Jahr 2010 bis zu einem Entscheid im vorliegenden (sowie im parallelen Mietleitungs-) Beschwerdeverfahren sistiert. Damit ist sichergestellt, dass sich die Beteiligten nicht zweimal mit denselben (Grundsatz-) Fragen beschäftigen müssen und die konkreten Zugangsbedingungen – sofern überhaupt notwendig – in Kenntnis der grundsätzlichen Angebotspflicht der Beschwerdeführerin festgesetzt werden können. Der Grundsatzentscheid ist verfahrensökonomisch auch insofern vorteilhaft, als sich bei einer Einigung zwischen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin über das Mietleitungsangebot ein Entscheid über die konkreten Zugangsbedingungen für das Jahr 2010 erübrigte bzw. bei einer teilweisen Einigung nur noch über die verbliebenen strittigen Punkte zu entscheiden wäre. Die um Zugang nachsuchende Beschwerdegegnerin erhebt im Weiteren gegen das Vorgehen der Vorinstanz keine Einwände, obschon damit die Zugangsbedingungen einstweilen nicht konkret verfügt werden. Das Vorgehen der Vorinstanz trägt zudem – wie erwähnt – dem Verhandlungsprimat Rechnung und entspricht damit der Natur des Zugangsverfahrens, mit dessen Regelung es vereinbar ist.

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

8.

8.1. Die Beschwerdeführerin macht geltend, in der angefochtenen Verfügung werde nicht ausgeführt, auf welche gesetzliche Grundlage bzw. Kompetenznorm die Vorinstanz ihre Anordnung in Dispositivziffer 2 abstütze, ob sich das zu veröffentlichende Angebot nur an die Beschwerdegegnerin im Rahmen des konkreten Vertragsverhältnisses oder an alle FDA im Sinne eines Basisangebots richten und weshalb die angesetzte Frist massgebend und angemessen sein sollte. Die Verfügung erfülle damit die Anforderungen an die Begründungspflicht nicht.

8.1.1. Der in Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) garantierte und namentlich in den Art. 26 bis 33 und 35 Abs. 1 VwVG konkretisierte Grundsatz des rechtlichen Gehörs umfasst das Recht, mit eigenen Begehren angehört zu werden, Einblick in die Akten zu erhalten und zu den für den Entscheid wesentlichen Punkten Stellung nehmen zu können. Umfasst ist auch das Recht auf Vertretung und Verbeiständung sowie auf Begründung von Verfügungen. Der Grundsatz auf rechtliches Gehör dient einerseits der Sachaufklärung und stellt andererseits ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht der Parteien dar (vgl. zum Ganzen BGE 135 II 286 E. 5.1, BGE 129 I 232 E. 3.2 und BGE 127 I 54 E. 2b; BVGE 2009/35 E. 6.4.1; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 1672 ff.; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.80 ff.).

Der Grundsatz beinhaltet insbesondere die Pflicht der Behörde, die Vorbringen der Person, die von ihrem Entscheid in ihrer Rechtsstellung betroffen wird, sorgfältig und ernsthaft zu prüfen und bei der Entscheidfindung und -begründung sachgerecht zu berücksichtigen (Art. 32 Abs. 1 VwVG). Die Begründung eines Entscheids muss dabei so abgefasst sein, dass der Betroffene ihn sachgerecht anfechten kann. Dies ist nur möglich, wenn sowohl er als auch die Rechtsmittelinstanz sich über dessen Tragweite ein Bild machen können. Das bedeutet indes nicht, dass sich die entscheidende Behörde ausdrücklich mit jeder tatbestandlichen Behauptung, jedem rechtlichen Einwand und jedem Beweismittel auseinandersetzen muss. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken. Es genügt, wenn ersichtlich ist, von welchen Überlegungen sie sich leiten liess (vgl. zum Ganzen BGE 135 III 513 E. 3.6.5 und BGE 133 III 439 E. 3.3; BVGE 2009/35 E. 6.4.1; FELIX UHLMANN/ALEXANDRA SCHWANK, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 35

N. 17 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1705 f.; LORENZ KNEUBÜHLER, Die Begründungspflicht, Bern 1998, S. 22 ff.). Der Umfang der Begründungspflicht muss für jeden Einzelfall individuell bestimmt werden. Bei schweren Eingriffen, ausgeprägten Ermessensentscheiden oder beabsichtigten Praxisänderungen sind die Anforderungen erhöht (vgl. UHLMANN/SCHWANK, a.a.O., Art. 35 N. 18).

8.1.2. Die Vorinstanz geht in der angefochtenen Verfügung nicht spezifisch auf die Anordnung in Dispositivziffer 2 ein. Weder äussert sie sich ausdrücklich zu den von der Beschwerdeführerin genannten Punkten noch zur Frage, wie die Anordnung zu qualifizieren und aus welchen Gründen sie zulässig sei. Sie nimmt indes allgemein zu ihrer Zuständigkeit für die Behandlung des Zugangsgesuchs Stellung und stützt diese auf Art. 11a FMG. Daraus kann geschlossen werden, sie stütze auch die Anordnung in Dispositivziffer 2 auf diese Grundlage, was für die Beschwerdeführerin ersichtlich war. Bereits die Verpflichtung zur Veröffentlichung des Mietleitungsangebots in Dispositivziffer 2 macht sodann deutlich, dass dieses nicht an die Beschwerdegegnerin allein, sondern im Sinn eines Basisangebots auch an die übrigen FDA zu richten ist. Das Gleiche ergibt sich ausserdem aus der Verfügungsbegründung, in der die Angebotspflicht der Beschwerdeführerin in allgemeiner Weise umschrieben wird. Dass die Vorinstanz – wie dargelegt – nicht kompetent ist, die Beschwerdeführerin zur Veröffentlichung eines solchen Angebots zu verpflichten, ändert daran nichts.

Aus der angefochtenen Verfügung geht somit auch ohne spezifische Begründung hervor, worauf die Vorinstanz ihre Zuständigkeit stützt und an wen das Mietleitungsangebot zu richten ist. Trotz fehlender Begründung ist weiter davon auszugehen, die Vorinstanz habe die Frist angesetzt, weil sie sich dazu als kompetent und deren Dauer als angemessen erachtet hat. Es ist entsprechend nicht ersichtlich, inwiefern eine (spezifische) Begründung dieser Punkte erforderlich gewesen wäre, um Dispositivziffer 2 sachgerecht anfechten zu können. Anderes gilt allerdings hinsichtlich der Frage, wie die Anordnung zu qualifizieren und wieso sie zulässig ist. Diesbezüglich ist der Verfügung nicht nur keine ausdrückliche Antwort zu entnehmen, sondern kann eine Antwort auch nicht ohne Weiteres hergeleitet werden. Damit fehlen massgebliche Informationen für eine sachgerechte Anfechtung. Es kann daher nicht gesagt werden, die Vorinstanz habe ihre Begründungspflicht erfüllt.

8.1.3. Auch wenn somit von einer Verletzung der Begründungspflicht, mithin also des Anspruchs auf rechtliches Gehör, auszugehen ist, hat dies nicht zwingend die Aufhebung von Dispositivziffer 2 zur Folge. Der Gehörsanspruch ist nach feststehender Rechtsprechung zwar formeller Natur, was zur Folge hat, dass seine Verletzung ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde grundsätzlich zur Aufhebung des mit dem Verfahrensmangel behafteten Entscheids führt. Nach der Rechtsprechung kann eine Verletzung des Gehörsanspruchs indes als geheilt gelten, wenn die unterbliebene Gewährung des rechtlichen Gehörs – wozu auch eine unterlassene Begründung zu zählen ist – in einem Rechtsmittelverfahren nachgeholt wird, in dem die Beschwerdeinstanz mit der gleichen Kognition prüft wie die untere Instanz. Ausgeschlossen ist die Heilung jedoch, wenn die Verletzung der Parteirechte besonders schwer wiegt; überdies dürfen den Beschwerdeführenden keine unzumutbaren Nachteile erwachsen und soll die Heilung die Ausnahme bleiben (vgl. BGE 135 I 279 E. 2.6.1, BGE 133 I 201 E. 2.2, BGE 132 V 387 E. 5.1 und BGE 126 V 130 E. 2b; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-4481/2010 vom 8. Dezember 2010 E. 6.2.6, A-7365/2009 vom 9. November 2010 E. 9.8.1.5 und A-3434/2010 vom 2. November 2010 E. 5.4; LORENZ KNEUBÜHLER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2008, Art. 35 Rz. 19 ff.; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.112 ff.). Bei Verstössen gegen die Begründungspflicht wird der Mangel als behoben erachtet, wenn die Rechtsmittelbehörde eine hinreichende Begründung liefert oder wenn die unterinstanzliche Behörde anlässlich der Anfechtung ihres Entscheids eine genügende Begründung nachschiebt (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7365/2009 vom 9. November 2010 E. 9.8.1.5; KNEUBÜHLER, a.a.O., S. 214 m.H.).

Die Vorinstanz hat ihre Anordnung im Beschwerdeverfahren ausführlich begründet. Aus ihrer Begründung wird – obschon dies nicht explizit erwähnt wird – namentlich deutlich, dass sie Dispositivziffer 2 als Grundsatzentscheid betrachtet. Weiter geht daraus hervor, wieso sie ihr Vorgehen als prozessökonomisch vorteilhaft bzw. als sinnvoll erachtet. Sie hat die versäumte Begründung somit nachgeholt. Die Verletzung der Begründungspflicht erscheint zudem nicht als besonders schwer, ebenso sind die weiteren Voraussetzungen für eine Heilung erfüllt. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs hat daher als geheilt zu gelten. Dem Mangel ist indes bei der Verlegung der Kosten für das vorliegende Beschwerdeverfahren Rechnung zu tragen (vgl. A-300/2010 E. 20.3 m.H.; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.114).

8.2. Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, sie habe weder voraussehen können noch müssen, dass sich die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung zu den in den Jahren 2007 bis 2009 von der Beschwerdegegnerin nicht bezogenen CES, Servicequalitäten und Schnittstellen bzw. technischen Spezifikationen äussern und sie zur Veröffentlichung eines gesetzeskonformen Mietleitungsangebots verpflichten würde. Die Instruktionsbehörde habe ihr lediglich mitgeteilt, sie werde bei der Vorinstanz den Erlass eines Teilentscheids über die Zugangsbedingungen für die Jahre 2007 bis 2009 beantragen. Sie habe entsprechend bloss davon ausgehen müssen, der Teilentscheid werde die Zugangsbedingungen für die von der Beschwerdegegnerin in diesen drei Jahren effektiv bezogenen Dienstleistungen beinhalten. Sie habe sich daher nicht bereits in ihrer Schlussstellungnahme im Zugangsverfahren gegen die weiter gehende Verfügung der Vorinstanz zur Wehr setzen können.

8.2.1. Gemäss Art. 30 Abs. 1 VwVG hört die Behörde die Parteien an, bevor sie verfügt. Das Recht auf vorgängige Anhörung erstreckt sich auf den gesamten Verfahrensgegenstand. Es verlangt indes nicht, dass die Parteien Gelegenheit erhalten, sich zu jedem möglichen Ergebnis, das von der entscheidenden Behörde ins Auge gefasst wird, zu äussern. Eine (erneute) Anhörung ist allenfalls erforderlich, wenn der Verfahrensgegenstand im Verlauf des Verfahrens ausgedehnt wird und sich der Betroffene zum erweiterten Entscheidfundament noch nicht äussern konnte. Der Anspruch auf vorgängige Äusserung steht den Betroffenen primär in Bezug auf die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts zu. Dagegen erwächst den Parteien grundsätzlich weder aus dem VwVG noch aus den verfassungsrechtlichen Minimalgarantien ein allgemeiner Anspruch auf vorgängige Anhörung zu Fragen der Rechtsanwendung. Eine Ausnahme gilt, wenn der Betroffene vor überraschender Rechtsanwendung zu schützen ist (vgl. zum Ganzen RHINOW/KOLLER/KISS/TURNHERR/BRÜHL-MOSER, a.a.O., Rz. 323 f.; BERNHARD WALDMANN/JÜRG BICKEL, Praxiskommentar VwVG, Art. 30 Rz. 17 ff; BGE 130 III 35 E. 5; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-778/2006 vom 9. Mai 2007 E. 1.5).

8.2.2. Die Instruktionsbehörde informierte die Parteien des Zugangsverfahrens mit Schreiben vom 9. Dezember 2009, sie werde nach Eingang der Schlussstellungen bei der Vorinstanz einen Teilentscheid über die Zugangsbedingungen für die Jahre 2007 bis 2009 beantragen; gleichzeitig setzte sie Frist für die Schlussstellungen an. Die Beschwerdeführerin reichte in der Folge zwar eine Schlussstellungnahme ein, äusserte sich darin jedoch nicht zu den Servicequalitäten, technischen Spezifi-

kationen bzw. Schnittstellen und CES, die Gegenstand des Grundsatzentscheids für das Jahr 2010 bilden. Sie verzichtete weiter darauf, zur Aufteilung des Verfahrens – Teilentscheid für die Jahre 2007 bis 2009, Weiterführung des Verfahrens für das Jahr 2010 – Stellung zu nehmen. Schliesslich äusserte sie sich auch nicht zum Erlass eines Grundsatzentscheids für das Jahr 2010.

Da die Beschwerdeführerin auf eine Stellungnahme zur Verfahrensaufteilung verzichtete, war die Vorinstanz nicht gehalten, ihr Gelegenheit zu geben, sich vor ihrem Teilentscheid dazu zu äussern. Ob dies auch hinsichtlich der Servicequalitäten, technischen Spezifikationen bzw. Schnittstellen und CES gilt, ist nicht ohne Weiteres klar. Die Beschwerdeführerin nahm indes in ihrer Schlussstellungnahme im parallelen Mietleitungs-Zugangsverfahren zwischen Sunrise und ihr zu diesen Fragen Stellung und brachte damit der Vorinstanz ihren Standpunkt zum Sachverhalt, der dem Grundsatzentscheid über ihre Angebotspflicht zugrunde liegt, zumindest auf diese Weise zur Kenntnis. Die Vorinstanz war entsprechend nicht zwingend verpflichtet, vor ihrem Entscheid auch im hier zu beurteilenden Zugangsverfahren eine Stellungnahme der Beschwerdeführerin dazu einzuholen.

Fraglich ist dagegen, ob sie der Beschwerdeführerin hätte Gelegenheit einräumen müssen, sich zu dem von ihr beabsichtigten Vorgehen, einen Grundsatzentscheid für das Jahr 2010 zu fällen, zu äussern. Dagegen spricht zwar, dass die Verfahrensleitung grundsätzlich der verfügenden Behörde obliegt. Die Beschwerdeführerin musste indes wegen der Ankündigung der Instruktionsbehörde nicht damit rechnen, die Vorinstanz werde – wenn auch nur im Grundsatz – über das Jahr 2010 und damit auch über die von der Beschwerdegegnerin in den Jahren 2007 bis 2009 nicht bezogenen CES, Servicequalitäten und Schnittstellen bzw. technischen Spezifikationen entscheiden. Dies gilt umso mehr, als die Vorinstanz mit Zwischenverfügung vom 29. August 2008 den Antrag der Beschwerdeführerin, das Zugangsverfahren sei auf die Frage der Marktherrschaft zu beschränken, abgewiesen hatte (vgl. oben Bst. D). Da der Anspruch auf vorgängige Anhörung den Betroffenen auch vor überraschender Rechtsanwendung schützen will, hätte die Vorinstanz daher der Beschwerdeführerin vor dem Grundsatzentscheid Gelegenheit geben müssen, sich zu dem von ihr beabsichtigten Vorgehen zu äussern. Indem sie dies unterliess, verletzte sie deren Anspruch auf vorgängige Anhörung und somit deren Anspruch auf rechtliches Gehör.

8.2.3. Ob die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör zur Aufhebung von Dispositivziffer 2 führt, hängt auch hier davon ab, ob die Voraussetzung für eine Heilung des Mangels erfüllt sind (vgl. dazu oben E. 8.1.3). Die Beschwerdeführerin hat im vorliegenden Beschwerdeverfahren zur Zulässigkeit von Dispositivziffer 2 wie auch zur Verfahrensaufteilung Stellung genommen. Die Gewährung des rechtlichen Gehörs wurde somit nachgeholt. Die Gehörsverletzung erscheint weiter nicht als besonders schwer, ebenso sind die weiteren Voraussetzungen für eine Heilung erfüllt. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs hat damit auch hier als geheilt zu gelten. Dem Mangel ist indes bei der Verlegung der Kosten für das vorliegende Beschwerdeverfahren Rechnung zu tragen. Soweit die von der Beschwerdegegnerin im Jahr 2010 bezogenen Mietleitungen der Angebotspflicht der Beschwerdeführerin unterstehen, ist diese somit zu einem Angebot im bereits erläuterten Sinn an die Beschwerdegegnerin zu verpflichten. Auf die ihr dafür anzusetzende Frist wird bei der materiellen Prüfung einzugehen sein (vgl. unten E. 25.4.2 i.f.).

9.

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

Marktbeherrschung und Angebotspflicht

10.

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

Zugangsregulierung

11.

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

pelader-Metalleitung 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 bzw. 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; BBl 2003 8008). Namentlich hätte sie gemäss der Darstellung des Bundesrats (vgl. Botschaft zur Änderung des Fernmeldegesetzes [FMG] vom 12. November 2003; BBl 2003 7951) bei Bedarf und soweit technisch machbar den grundsätzlich auf die Doppelader-Metalleitung beschränkten vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss (vgl. Art. 3 Bst. d^{quater} des Entwurfs; BBl 2003 8007) auch auf andere Infrastrukturen als die Doppelader-Metalleitung, etwa auf Kabelnetze, Glasfaserkabel oder Funkverbindungen wie den Wireless Local Loop (WLL), ausdehnen können (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; BBl 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 [aFDV von 2001, AS 2001 2759] in der ab 1. Januar 2004 geltenden Fassung [AS 2003 4767]) – übereinstimmte (Art. 3 Bst. e^{bis} und Art. 11 Abs. 1 des Entwurfs; BBl 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 bzw. 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 bzw. das Zugangsregime generell so beschränken wollen, wie sie es darstellt, wäre angesichts der Debatte beim vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss und ins-

besondere 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 nahe gelegen, den bundesrätlichen Vorschlag entsprechend zu präzisieren. Dies gilt umso mehr, als der Gesetzgeber auch andere Zugangsbeschränkungen thematisierte und – wie erwähnt (vgl. oben 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 hoch stehende 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 bzw. 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 bzw. das Zugangsregime generell auf bestimmte Technologien bzw. "Bestehendes" beschränken wollen. Vielmehr ist die fehlende ausdrückliche Beschränkung dahingehend zu interpretieren, er habe sich gegen eine entsprechende Beschränkung ausgesprochen. Eine Ausbaupflichtung der marktbeherrschenden FDA verankerte er damit allerdings nicht.

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

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

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

12.2. Die Beschwerdegegnerin weist die Argumentation der Beschwerdeführerin unter Verweis auf die Ausführungen der Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung (Ziff. II.2.2.2) zurück und macht geltend, der Mietleitungsbegriff sei technologieneutral zu verstehen.

12.3. Nach Auffassung der Vorinstanz sind IP-basierte bzw. 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-Metalleitung 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-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 paketerorientierten 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 bzw. 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 sog. "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 bzw. 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 – wie ausgeführt (vgl. oben E. 2.2) – 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 [aFDV von 1997, AS 1997 2833] und Art. 1 Bst. b aFDV von 2001; Änderung von Art. 1 Bst. b aFDV 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 massgeblich

che Bedeutung zu. Wie dargelegt (vgl. oben E. 11.4.4), wollte dieser den Zugang zu den Mietleitungen bzw. den Mietleitungsbegriff nicht auf "Bestehendes", d.h. 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 bzw. 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 bzw. dem dortigen Begriffsverständnis Rechnung tragen.

12.4.4. Die Beschwerdeführerin vertritt einen Mietleitungsbegriff, der sich klar an herkömmlichen Mietleitungen bzw. 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 angemessene Rechnung. Mit der Vorinstanz sind deshalb unter Punkt-zu-Punkt-Verbindungen Verbindungen zu verstehen, die keine vermittelnden Zwischenstationen haben, die vom Nutzenden ge-

steuert 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 (ETSI) überzeugend dar, dass es nicht darauf ankomme, wie die Information technisch übermittelt werde, sondern darauf, ob sie am Ausgangs- und Empfangspunkt bzw. bei Sender und Empfänger dieselbe sei bzw. unverändert in Form und Inhalt. Ihre Auslegung trägt der Natur von Mietleistungsdiensten 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 bzw. Ethernet-Diensten wie CES in grundsätzlicher Weise die Qualität von Mietleitungen bzw. der Bereitstellung von Übertragungskapazitäten im Sinn der Legaldefinition abzusprechen. Wie die Vorinstanz in ihrer Teilverfügung im parallelen Mietleistungs-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 Mietleistungsdefinition 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 Mietleistungsbegriff fallen. Im Ergebnis läuft die Auslegung der Beschwerdeführerin auch hier darauf hinaus, den Mietleistungsbegriff ohne zwingenden Grund auf her-

kömmliche Mietleitungen einschränken. 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 setzen 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 bzw. dem dortigen Begriffsverständnis Rechnung trägt.

An diesem Ergebnis ändert nichts, dass sich die Beschwerdeführerin bei ihrer Auslegung auf einen Bundesgerichtsentscheid (Urteil des Bundes-

gerichts 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 bzw. 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 bzw. 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 bzw. 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. unten E. 15). Als Mietleitungen unterstehen die erwähnten IP-basierten bzw. Ethernet-Dienste und insbesondere die CES grundsätzlich dem Zugangsregime von Art. 11 Abs. 1 FMG.

Grundlagen der Marktanalyse

13.

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

13.2. Ob eine marktbeherrschende Stellung zu bejahen ist, bildet Rechtsfrage. Die Vorinstanz hat nicht den konkreten Nachweis für die marktbeherrschende Stellung zu erbringen, sondern anhand der massgeblichen Faktoren zu prüfen, ob im konkreten Fall von einer solchen Stellung auszugehen ist, und ihren Entscheid genügend zu begründen (vgl. BVGE 2009/35 E. 7.4). An die Begründungspflicht und -dichte sind dabei hohe Anforderungen zu stellen (vgl. BVGE 2009/35 E. 7.4; Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen [REKO/WEF] vom 12. November 1998 E. 3.4, Recht und Politik des Wettbewerbs [RPW] 1998/4, S. 672 f.; BILGER, a.a.O., S. 304 f.; HANS-UELI VOGT, Auf dem Weg zu einem Kartellverwaltungsverfahren, Bemerkungen zu einem Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 1999, S. 844). Beweis zu erbringen ist dagegen über Sachfragen, beispielsweise über die Grösse des Marktanteils. Wie allgemein im Zugangsverfahren nach Art. 11a FMG gilt dabei der Untersuchungsgrundsatz (Art. 12 VwVG). Die Vorinstanz ist demnach grundsätzlich verpflichtet, von Amtes wegen den rechtserheblichen Sachverhalt vollständig und

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

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

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

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

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

13.4. Da der relevante Markt grundsätzlich aus der Optik der Marktgegenseite zu beurteilen ist, muss diese bei jeder Marktabgrenzung vorgängig bestimmt werden (vgl. BVGE 2010/19 E. 14.10.3 und BVGE 2009/35 E. 8.4.1; HEIZMANN, a.a.O., Rz. 189). Im vorliegenden Fall besteht sie unstreitig sowohl aus den FDA als auch den Endkunden, bei denen es sich gemäss dem Gutachten der WEKO praktisch ausschliesslich

um Geschäftskunden handelt. Der Mietleitungsmarkt wird somit nicht in einen Wholesale- und einen Retailmarkt unterteilt.

Marktabgrenzung

14.

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

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

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

15.

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

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

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

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

15.2. Die Beschwerdegegnerin 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 ein bis zwei Prozent 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 entscheidend, 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 u.a. 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 ein bis zwei Prozent 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 bestehender 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 ein bis zwei Prozent 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 bzw. der weiteren neuen Technologien in dieser Zeitspanne nicht als Substitut für herkömmliche Mietleitungen zu etablieren vermochten. An dieser Einschätzung 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. oben E. 12.4.4 und E. 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 auszu-

nehmen. 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 gesamten 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 bzw. 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 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 überwältzt 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 nahe liege, 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 Mietleitungs-substitute. 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 bzw. kurzfristig und ohne spürbare zusätzliche Kosten oder Risiken in der Lage wären, auf ihrer Basis Mietleitungen anzubieten (vgl. oben E. 13.3). 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 bzw. 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 qualifizieren. Die Marktabgrenzung der Vorinstanz ist daher auch in diesem Punkt zu bestätigen.

18.

18.1. Die Beschwerdeführerin ist weiter der Ansicht, der sachlich relevante Markt sei in einen Markt für Mietleitungen mit einer Bandbreite von 2 Mbit/s und einen Markt für Mietleitungen mit grösserer Bandbreite zu unterteilen. Aufgrund der wirtschaftlichen, technischen und historischen Gegebenheiten bestehe bei 2 Mbit/s eine naheliegende Trennlinie. Dass

die Marktabgrenzung bandbreitenabhängig erfolgen müsse, werde auch durch die Marktbefragung bestätigt. Auch die amtliche Fernmeldestatistik differenziere entsprechend. Für eine Abgrenzung bei einer Bandbreite von 2 Mbit/s sprächen weiter die Unterschiede bei der Nachfrage, die Mengen- bzw. Umsatzzahlen sowie die ganz unterschiedlichen Preise und Preisentwicklungen. Auch die österreichische Regulierung, auf die sich die angefochtene Verfügung verschiedentlich berufe, sehe eine differenzierte Marktabgrenzung nach Bandbreiten vor.

Die Vorinstanz – bzw. die WEKO – habe all dies nicht beachtet und bejahet, dass die Mietleitungen sämtlicher Bandbreiten eine Substitutionskette bildeten. So wie sie – bzw. die WEKO – das Konzept der Substitutionskette bzw. das auf subjektiven Kriterien beruhende, willkürliche und veraltete Konzept der Substitutionslücke anwende, sei es für die Zwecke der Marktabgrenzung indes untauglich. Bei der Substituierbarkeit von Gütern gehe es nicht um einen Vergleich von einzelnen Produktmerkmalen, sondern darum, ob die Güter aus Sicht der Marktgegenseite substituierbar seien. Massgeblich für die Zuordnung zum gleichen Markt sei somit nicht, ob ein Produkt A bezüglich einer bestimmten Produkteigenschaft nahe bei Produkt B liege und dieses bezüglich dieser Eigenschaft wieder nahe bei Produkt C, auch wenn sich die Produkte A und C hinsichtlich dieser Eigenschaft deutlich unterschieden. Geprüft werden müssten vielmehr die Substitutionsbeziehungen zwischen den Produkten A und B bzw. B und C. Darüber hinaus müsse für die Bejahung einer Substitutionskette gezeigt werden, dass von Produkt A via Produkt B eine disziplinierende Wirkung auf Produkt C ausgehe. Nicht relevant sei weiter, ob aus Sicht der Nachfrage unklar sei, wo und weshalb die Substitutionskette zwischen Mietleitungen mit tiefen und solchen mit hohen Bandbreiten unterbrochen werden sollte. Damit werde – ebenso wie mit dem ähnlichen Argument der WEKO, wonach aus Nachfragesicht nicht ersichtlich sei, weshalb die Unterteilung gerade bei 2 Mbit/s erfolgen solle – das Kriterium der Substituierbarkeit aus Sicht der Marktgegenseite in unhaltbarer Weise verdreht.

Die Vorinstanz – bzw. die WEKO – habe im Weiteren zwar Substitutionsbeziehungen behauptet, jedoch nicht ansatzweise bewiesen. Auch habe sie keinerlei Argumente dafür geliefert, dass von Mietleitungen "hoher" Bandbreite via Mietleitungen "mittlerer" Bandbreite eine disziplinierende Wirkung auf Mietleitungen "tiefer" Bandbreite ausgehe und umgekehrt. Stattdessen argumentiere sie, ihr stünden mit den CELS und CES viele verschiedenen Bandbreiten zwischen 2 und 34 Mbit/s zur Verfügung. Damit widerspreche sie indes auch der Rechtsprechung in Deutschland,

die sich auf eine Richtlinie der Kommission der Europäischen Union (EU) stütze. Nach dieser Rechtsprechung reiche die Überlegung, der vermehrte Einsatz von Ethernet-basierten Mietleitungen erodiere die klassische Abstufung zwischen unterschiedlichen Bandbreitenstufen, weshalb es sachgerecht sei, von einer Unterteilung der Mietleitungen nach Bandbreiten abzusehen, nicht aus, um die angenommene Substitutionskette zu belegen. Vielmehr müsse nachgewiesen werden, dass die Produkte A und C zwar nicht unmittelbar austauschbar seien, das Produkt B indes ein Substitut dieser beiden Produkte sei und diese demselben Markt zugeordnet werden könnten, da ihr Preis durch das Substitutionsverhältnis zu Produkt B beeinflusst werden könne.

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

Die zentrale Frage sei indes ohnehin nicht, inwieweit Mietleitungen unterschiedlicher Bandbreite miteinander substituierbar seien, sondern bei welchen Bandbreiten sie sich unabhängig verhalten könne bzw. bis zu welcher Bandbreite ihre Mietleitungen der Zugangsregulierung unterstellt werden sollen.

18.2. Die Beschwerdegegnerin 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 bzw. 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 bspw. 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 z.B. 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 angebotsseitige Überlegungen, z.B. 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. 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 sollte. In ihren Stellungnahmen im Beschwerdeverfahren lehnt sie diese Abgrenzung weiterhin ab. Sie begründet dies mit dem Bestehen einer Substitutionskette bzw. 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 bzw. bis zu welcher Bandbreite ihre Mietleitungen der Zu-

gangsregulierung unterstellt werden sollen, sondern davon, ob die Mietleitungen sämtlicher Bandbreiten als Substitute zu betrachten sind bzw. das Bestehen einer ununterbrochenen Substitutionskette zu bejahen ist (vgl. oben E. 13.3 und REINERT/BLOCH, a.a.O., Art. 4 Abs. 2 N. 169a). 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 bzw. 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 bzw. dieses Kriterium korrekt und sachgerecht.

Ihre Sachverhaltsabklärungen genügen im Weiteren den Anforderungen des im Zugangsverfahren geltenden Untersuchungsgrundsatzes (vgl. oben E. 13.2). Die direkten bzw. 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 (vgl. oben E. 13.2). 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 bzw. 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 SA / 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 Beschwerdeführerin bei den Mietleitungen sämtlicher Bandbreitenkategorien nicht entscheidend beeinflussen würde (vgl. zum Marktanteil unten E. 24.1).

19.

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

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

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

19.2. Die Beschwerdegegnerin 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 und Letzteres die restlichen Mietleitungen umfasse. Aus der Nachbefragung werde indes deutlich, dass das Gutachten der WEKO in diesem Punkt zu präzisieren und zwischen einem Trunknetz bzw. -segment und einem terminierenden Netz bzw. terminierenden Segment zu unterscheiden sei. Das Trunknetz umfasse alle Verbindungen zwischen PoP, die über eigene oder langfristig gemietete Infrastruktur angebundenen seien und bei denen funktionierender Wettbewerb angenommen werde. Die Abgrenzung folge den effektiv bestehenden Wettbewerbsverhältnissen und nicht – wie bei der WEKO – der Netztopologie. Das Trunknetz umfasse somit nicht Verbindungen zwischen einer Anzahl genau definierter PoI oder PoP, sondern zwischen einer Anzahl genau definierter Ortschaften (sog. Trunkortschaften). Diese zeichneten sich dadurch aus, dass aufgrund der vorhandenen PoP eine minimale Anzahl von Verbindungsmöglichkeiten über unterschiedliche Anbieterinnen in jede andere Trunkortschaft vorhanden sei. Es erscheine sachgerecht, diese minimale Anzahl bei drei festzulegen. So halte die

WEKO etwa an anderer Stelle fest, ein Marktanteil von 40 bis 50 % genüge als Indiz für eine Marktbeherrschung. Diese Marktanteile würden sicherlich erreicht, wenn nur eine Anbieterin oder zwei Anbieterinnen vorhanden seien. Für dieses Vorgehen spreche auch die Regulierungspraxis in anderen Ländern Europas. So sei in den Ländern der EU derzeit eine Art "Minimumregel" im Sinn von "Two is not enough" festzustellen.

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

19.4. 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 Pol des Telefonnetzes der Beschwerdeführerin ein, während das Anschlussnetz die restlichen Mietleitungen, im Wesentlichen diejenigen zwischen den Pol 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 Annäherung an die komplizierten Verhältnisse auf den Mietleitungsmärkten erschienen. Sie sehe sich trotz der Präzisierung durch die Vorinstanz nicht veranlasst, von ihr abzuweichen. Während die Vorinstanz bei der Definition des Trunknetzes darauf abstelle, ob funktionierender Wettbewerb bestehe, berücksichtige sie die Wettbewerbsverhältnisse bei der Marktabgrenzung grundsätzlich nicht und folge damit der von den höheren Instanzen vorgegebenen Praxis. Sie begründe zudem die Unterteilung des Markts nicht – wie die Beschwerdeführerin immer wieder vorgebracht habe – mit den technischen Gegebenheiten des Netzes, sondern mit der Nachfrage der Marktgegenseite.

19.5.

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. nachfolgend 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. unten E. 19.5.3).

19.5.2. Ist die Frage der Marktbeherrschung zu beurteilen, konsultiert die Instruktionsbehörde die WEKO (Art. 11a 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 in Sachen 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 un-

terschieden 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 bzw. konkretisieren resp. 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 bzw. 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 grundlegende 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 Marktabgren-

zung erforderlich ist, d.h. 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., Art. 4 Abs. 2 N. 3 ff.; HEIZMANN, a.a.O., Rz. 180; BGE 129 II 18 E. 7.2; Entscheid der 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 bzw. konkretisierend zur Bestimmung des Umfangs des Fern- bzw. 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 bzw. homogenitätsbezogene Aspekte zu berücksichtigen (vgl. oben E. 13.3). 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 erkennt, dass die Vorinstanz das be-
anstandete Kriterium – jedenfalls nach ihrer Darstellung im Beschwerde-
verfahren – lediglich heranzieht, um eine nachvollziehbare Marktabgren-
zung anhand eines Indizes vorzunehmen, das in hinreichendem Ausmass
auf funktionierenden Wettbewerb hindeutet, nicht jedoch, um festzustel-
len, ob solcher Wettbewerb tatsächlich besteht. Es muss daher nicht ge-
eignet sein, eine allfällige Marktbeherrschung im Trunknetz bzw. funktio-
nierenden Wettbewerb im terminierenden Netz mit Sicherheit auszu-
schliessen. Die Vorinstanz macht solches im Beschwerdeverfahren denn
auch nicht geltend. Vielmehr bringt sie vor, die Frage der Marktbeherr-
schung sei erst im Anschluss an die Marktabgrenzung bei der Prüfung
der Marktstellung konkret zu untersuchen. Dabei sei ohne Weiteres mög-
lich, dass im Trunknetz Marktbeherrschung bzw. im terminierenden Netz
keine Marktbeherrschung festgestellt werde. Die Abgrenzung nach Wett-
bewerbsverhältnissen 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 hinreichen-
dem Ausmass auf funktionierenden Wettbewerb hindeutet, und ob es
dem Kriterium der Beschwerdeführerin vorzuziehen ist. Beides ist zu be-
jahen. Zum einen lässt eine Mindestanzahl von drei Verbindungen unter-
schiedlicher 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 Beschwerde-
führerin für die Bestimmung einer Trunkortschaft genügen lässt, reicht
daher nicht aus, da sie nicht ausschliesst, dass zwischen zwei Ortschaf-
ten 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. Ge-
mäss der Vorinstanz ist eine derartige Anbindung für die Wettbewerbsfä-
higkeit 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, bzw. 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 Markt-abgrenzung der Vorinstanz abweichen.

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 unterscheiden. 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 Mietleistungsmarkt tätig sei, stelle ebenfalls keinen Grund für eine schweizweite Marktabgrenzung dar. Im Weiteren müsse eine FDA nicht zwingend in der gesamten Schweiz Mietleitungen nachfragen bzw. anbie-

ten. 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 Markt-abgrenzung. Schliesslich habe auch die WEKO im Schlussbericht vom 5. September 2011 in Sachen Vorabklärung betreffend die Glasfaserprojekte in den Städten St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern und Basel regionale Märkte abgegrenzt, 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 Bandbreitenkategorien mehr als 50 % der Mietleitungen auf der Vorleistungsstufe von der Beschwerdeführerin bezögen, dies sowohl in den sechs Agglomerationen als auch in der übrigen Schweiz. Im Weiteren 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 Liberalisierung- 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 bzw. anbietet (vgl. oben E. 13.3). Massgeblich ist dabei die Nachfrage bzw. das Angebot in ihrer bzw. seiner Gesamtheit, nicht die Nachfrage nach bzw. 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 bzw. das Angebot der Marktgegenseite legt entsprechend einen schweizweiten Markt für Mietleitungen im terminierenden Segment nahe.

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

22.

22.1. Die Beschwerdeführerin ist zwar wie die Vorinstanz der Auffassung, im Trunknetz bestehe funktionierender Wettbewerb. Sie macht jedoch geltend, sie könne nicht nachvollziehen, wie die Vorinstanz die Trunkort-

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

22.2. Die 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. oben 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 dienen 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 (vgl. Ziff. 2.3.3.1.1 der angefochtenen Verfügung). 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. oben 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 oben 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 bzw. 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 bis E. 24.8, potenzieller Wettbewerb E. 24.9). Beim aktuellen Wettbewerb werden dabei zuerst die allgemeinen Kritikpunkte der Beschwerdeführerin (E. 24.1 bis E. 24.6) und anschliessend deren spezifischen Argumente gegen eine marktbeherrschende Stellung bei den Mietleitungen mit einer Bandbreite von mehr als 2 Mbit/s schweizweit sowie bei sämtlichen Mietleitungen in den sechs Agglomerationen behandelt (E. 24.7 f.).

24.

24.1.

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

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

Schlussfolgerungen gälten entsprechend auch für den kombinierten Vorleistungs- und Endkundenmarkt. Eigenleistungen seien sodann nicht einzubeziehen. 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 % bzw. einen Anteil möglicher Eigenleistungen von zwischen 2,5 bis 12,5 % schliessen. Er stelle daher keinen Grund dar, um an der festgestellten Marktbeherrschung der Beschwerdeführerin zu zweifeln. Die von dieser angegebenen Marktanteile im Vorleistungsmarkt für Mietleitungen mit einer Bandbreite von über 2 Mbit/s stützten im Weiteren ihre Einschätzung, dass die Frage der Bandbreite auch bei der Analyse der Marktstellung keine Rolle spiele, da solche Mietleitungen grösstenteils dem Fernnetz zuzuordnen seien. Schliesslich stelle der Marktanteil besonders im vorliegenden Fall nur ein Indiz von vielen für die Marktbeherrschung dar, beruhe er doch auf Schätzungen der Konkurrenten.

24.1.4. 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 Vor-

gehen 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 bzw. -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. oben 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. oben 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 bzw. 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 Mietleitungskunden – befänden sich weniger als 500 m von deren Glasfasernetz entfernt. Sie könne daher im Bedarfsfall problemlos Kunden an dieses Netz anschliessen.

Ausserdem verfüge sie über 2'500 km Backbone-Kabelkanalisationen und 15'000 km Kabelkanalisationen, mit denen Kunden an den Backbone angeschlossen seien.

24.2.2. Die 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 bzw. 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 Kupferleitungen. Die Vorinstanz setzt sich im Beschwerdeverfahren mit dieser Frage – inklusive der Erschliessung von Kunden – bei der Prüfung der Marktstellung auseinander (vgl. dazu unten E. 24.7). Es kann daher nicht gesagt werden, sie habe die marktbeherr-

schende 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 Interpretation der ökonomischen Literatur. Im Unterschied zur Definition, die die Beschwerdeführerin heranziehe, anerkannten 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 Neueinsteigerin 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., Art. 4 Abs. 2 N. 312 ff.; vgl. insb. 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 Telecomunternehmen 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 Telecomunternehmen in der Schweiz.

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

für das Jahr 2009. Nicht gefolgt werden kann der Beschwerdeführerin zudem darin, die Finanzkraft spiele nur dann eine Rolle, wenn das allenfalls marktbeherrschende Unternehmen von günstigeren Konditionen bei der Kapitalbeschaffung profitieren könne (vgl. zum Kriterium der Finanzkraft HEIZMANN, a.a.O., Rz. 356 ff.; REINERT/BLOCH, a.a.O., Art. 4 Abs. 2 N. 350; 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 Rz. 43; Stellungnahme der WEKO vom 6. März 2006, 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 (CBU) habe jedes Jahr erhebliche Umsatzeinbussen hinnehmen müssen. So seien im Jahr 2009 Aufträge im Lösungsgeschäft für Daten- resp. Geschäftskundendienste von beträchtlichem Wert an Konkurrenten verloren gegangen.

24.5.2. Die Vorinstanz führt aus, die Aussagen der Beschwerdeführerin zu einer möglichen Mengenreduktion seien aus ökonomischer Sicht nicht nachvollziehbar. Es könne nicht relevant sein, ob Anbieterinnen heute eine Preiserhöhung vornehmen könnten oder nicht. Eine marktbeherrschende Anbieterin hätte es in der Hand, die Preise bereits vorgängig auf das für sie optimale Niveau zu erhöhen. Die relevante Zielgrösse für ein Unternehmen sei der Gewinn, nicht der Umsatz. Im Weiteren gehen sie zwar mit der Beschwerdeführerin darin einig, dass eine starke Stellung der Marktgegenseite die Preissetzungsspielräume einschränken könne. Weder Wholesale- noch Retailkunden vermöchten indes eine derart 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 soweit nach oben setzen, dass der Nachfrager sein Angebot gerade noch nachfrage. Unter diesen Umständen verfüge die Marktgegenseite gerade nicht über eine ausreichende Marktmacht, um eine disziplinierende Wirkung zu entfalten. Im Übrigen setze sich die Marktgegenseite 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- bzw. Plattformwettbewerb bei Ultrabandbreiten (bis zu 400 Mbit/s), herrsche und deshalb keinerlei Bedarf für sektorspezifische Regulierungseingriffe bestehe. Dieser Plattformwettbewerb sei auch für Mietleitungen von grosser Bedeutung.

Die Vorinstanz macht geltend, die fragliche Studie stütze sich nicht auf eine Marktanalyse zur Beurteilung der Marktbeherrschung im Sinn von

Art. 4 Abs. 2 KG. Weder grenze sie sachlich und räumlich relevante Märkte ab noch untersuche sie Mietleitungsmärkte. Sie beziehe sich in erster Linie auf Breitbandprodukte im Endkundenmarkt und setze sich mit der Frage auseinander, wie eine allfällige zukünftige Regulierung auszugestalten wäre. Da es sich beim Breitbandmarkt um einen anderen Markt handle und ein gewisser Wettbewerb auf Infrastrukturebene in Form der regulierten TAL und KKF in der Marktanalyse bereits berücksichtigt werde, sei unklar, inwiefern die Studie neue Erkenntnisse liefern oder die Resultate der Marktanalyse beeinflussen oder relativieren könnte. 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 (IWB) Telecom, das Elektrizitätswerk der Stadt Zürich (EWZ) und Energie Wasser Luzern (EWL) sowie offenbar zahlreiche weitere Energieversorgungsunternehmen davon aus, die Erschliessung von Kundenstandorten sei kein Problem. Bei der Neuerschliessung von Kunden habe sie im Übrigen keine Wettbewerbs- oder sonstigen Vorteile bzw. die 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, d.h. dem Markt für den physischen Zugang zur Endkundschaft, oder dessen Regulierung höchstens mittelfristig zu mehr Wettbewerb bei Mietleitungen führen. Nicht zu überraschen vermöge schliesslich, dass auch andere Anbieterinnen einzelne Direktanschlüsse erstell-

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

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

bote 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 Preisen 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. oben 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 bzw. der Verfügbarkeit der Vorleistungsprodukte für die Beurteilung der Marktzutrittschranken 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 bzw. 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. oben 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 bzw. 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 soweit eingegangen, als dies nicht bereits bei den Mietleitungen mit Bandbreiten über 2 Mbit/s der Fall war (vgl. vorstehend E. 24.7).

24.8.1. Die Beschwerdeführerin macht geltend, in den sechs Agglomerationen bestünden umfangreiche Telekommunikationsanlagen von Mitbewerbern, mit denen diese – sofern nicht bereits vorhanden – Direkterschliessungen zu Geschäftskunden erstellen könnten. Zum Beleg für den bestehenden Wettbewerb listet sie u.a. die (wesentlichen) in diesen 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 verschiedener Unternehmen dar. Zweifel an der Möglichkeit anderer FDA, Kunden mit eigener Infrastruktur anzuschliessen, seien heute – wie eigene Recherchen gezeigt hätten – nicht mehr angebracht. Starke Indizien für den Wettbewerbsdruck in den Agglomerationen seien weiter die von verschiedenen Kunden geforderten bzw. von ihr gewährten Preisnachlässe und Rabatte, ihr nur begrenzter Erfolg bei Ausschreibungen von Mietleitungen und der Verzicht von Kunden, Mietleitungen bei ihr zu beziehen.

24.8.2. Die Vorinstanz bestreitet die Darstellung der Beschwerdeführerin. Sie verweist zum einen auf die von der WEKO festgestellte heterogene Wettbewerbsintensität in den städtischen Gebieten und zum anderen auf die schweizweit einheitliche Nachfrage auf der Vorleistungsstufe nach den Mietleitungen aller Bandbreitenkategorien. Anbieterinnen, die Mietleitungen auf der Basis von TAL und KKF anböten, seien weiter in die Analyse der Marktstellung einbezogen worden, hätten aber nichts an deren Ergebnis geändert. Die SDSL-Dienste könnten dagegen nicht als Teil des Mietleitungsmarkts betrachtet werden, weshalb die von der Beschwerdeführerin aufgeführten Zahlen irrelevant seien. Da TAL auf der Basis von Kupfer der Regulierung unterliege, könne sodann zwar davon ausgegangen werden, der Wettbewerb bei auf Kupfer basierenden Mietleitungen werde mittelfristig positiv beeinflusst; die TAL-Zugangsregulierung habe die Markteintrittsbarrieren in den Mietleitungsmarkt indes nicht in einem Ausmass senken können, dass in der hier relevanten Zeitspanne von signifikanten Markteintritten auszugehen sei. Die limitierten Wettbewerbs-symptome, 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. oben 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 bzw. der Verfügbarkeit der Vorleistungsprodukte für die Beurteilung der Marktzutrittschranken 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 ca. zwei Jahren. Die Projekte zum Ausbau des Glasfasernetzes von ihr und einigen Elektrizitätswerken ("FTTH-[Fibre to the home] Rollout") machten deutlich, dass innert kurzer Zeit grosse Teile einer Stadt erschlossen werden könnten. Einzelne projektbezogene Ausbauvorhaben seien erst recht rasch und wirtschaftlich tragbar durchführbar. Dabei sei zu berücksichtigen, dass auch andere FDA wie Sunrise oder die Beschwerdegegnerin eigene Glasfasern verlegten und Cablecom bereits über eine flächendeckende Glasfaserinfrastruktur und darauf basierende Angebote verfüge. Markteintritte seien somit innert kurzer Frist möglich. Dadurch werde sie auf dem Mietleitungsmarkt effektiv diszipliniert, da sie gezwungen werde, kompetitive Angebote zu lancieren. Der potenzielle Wettbewerb sei somit sorgfältig zu untersuchen; die Vorinstanz habe dies jedoch nicht getan.

24.9.2. Die Beschwerdegegnerin 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 ca. 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 bzw. die potenzielle Konkurrenz keinen Einfluss auf die Beurteilung der Marktstellung der Beschwerdeführerin, da er bzw. 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 Marktstellung 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, Granica, 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, d.h. innerhalb von zwei bis drei Jahren, erfolgen können und gross genug sind (vgl. REINERT/BLOCH, a.a.O., Art. 4 Abs. 2 N. 342 ff.; 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 potenziellen 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 inne gehabt.

Angebotspflicht

25.

25.1. Die Beschwerdeführerin ist wegen ihrer marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt für Mietleitungen im terminierenden Netz in den Jahren 2007 bis 2010 zwar grundsätzlich zur Gewährung des Zugangs verpflichtet (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. e FMG). Damit steht allerdings noch nicht abschliessend fest, ob die Vorinstanz die grundsätzlich bestehende Angebotspflicht korrekt bestimmt hat. Während die Beschwerdeführerin die verfügte Angebotspflicht für die Jahre 2007 bis 2009 – abgesehen von den bereits behandelten Rügen – nicht beanstandet, macht sie – über die bereits behandelten Rügen hinaus – geltend, es sei nicht einzusehen, wieso sie im Jahr 2010 sämtliche Servicequalitäten anbieten solle, die sie auch kommerziell anbiete. Die Vorinstanz führe diesbezüglich zwar aus, in Bezug auf Auswahl, Umfang und Qualität müssten alternative Anbieter-

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

Auch das Nichtdiskriminierungsgebot verpflichte sie nicht – so die Beschwerdeführerin im parallelen Mietleitungs-Zugangsverfahren zwischen ihr und Sunrise (vgl. A-2970/2010) –, 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 bzw. 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 verfügbaren Angebotspflicht (vgl. dazu oben E. 1.1.2) aus, hinsichtlich der unterschiedlichen Servicequalitäten sei von vornherein nicht nachvollziehbar, weshalb das regulierte Angebot nicht zumindest dem Angebot entsprechen müsste, das die 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 Be-

dingungen 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. dazu auch oben 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 m.H.; A-300/2010 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 nachgefrag-

ten, namentlich solche mit den gleichen Servicequalitäten, Schnittstellen und technischen Spezifikationen, selber zu produzieren. Dies widerspräche vielmehr gerade Sinn und Zweck des Zugangsregimes. Ob die Vorinstanz die von ihr genannten Servicequalitäten und Schnittstellen bzw. technischen Spezifikationen zu Recht der Angebotspflicht unterstellt hat, hängt deshalb nicht davon ab, ob die Beschwerdeführerin bei diesen marktbeherrschend war bzw. die Beschwerdegegnerin ausser Stande, diese Servicequalitäten und Schnittstellen bzw. 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. dazu vorstehend E. 25.4.1; vgl. auch oben 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. insbesondere die Botschaft zur Änderung des Fernmeldegesetzes [FMG] vom 12. November 2003, BBl 2003 7951 passim). Dies sollte jedoch gerade dadurch erreicht werden, dass den neuen bzw. 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 E. 9.3.10; A-300/2010 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 A-300/2010 E. 8.2.7). Die Frage, zu welchen Einrichtungen und Diensten sie den Zugang zu gewähren bzw. 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 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 marktbeherr-

schende Anbieterin habe in ihrem Basisangebot die technischen und kommerziellen Bedingungen für Mietleitungen, insbesondere die technischen 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 verfüigten weiter gehenden Angebotspflicht für die Schnittstellen bzw. 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 bzw. technischen Spezifikationen verpflichtet wird, die sie bei den Mietleitungen im terminierenden Netz – kommerziell oder sonstwie – nicht anbietet bzw. verwendet. Die von der Vorinstanz für das Jahr 2010 verfügte Angebotspflicht ist deshalb entsprechend zu korrigieren. Für die von der Beschwerdegegnerin im Jahr 2010 bezogenen, der korrigierten Angebotspflicht unterstehenden Mietleitungen ist die Beschwerdeführerin – wie dargelegt (vgl. oben E. 7.4.4 und E. 8.2.3) – zu einem Angebot im bereits erläuterten Sinn an die Beschwerdegegnerin zu verpflichten (vgl. zum Angebot oben 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 bzw. nicht gutzuheissen und die Preise seien auf der Grundlage des berechtigten 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 hat keine Einwände gegen die Anpassungen der Vorinstanz. Sie übt indes grundsätzliche Kritik an dem zur Anwendung kommenden Kalkulationsmodell. Dieser Kritik schliesst sich auch die Beschwerdegegnerin an, ohne indes die Festlegung anderer Preise zu verlangen, als sie von der Vorinstanz im Beschwerdeverfahren beantragt werden. Nachfolgend wird zunächst auf die grundsätzliche Kritik der Beschwerdeführerin eingegangen (vgl. nachfolgend E. 27), danach auf ihre weiteren Einwände (vgl. E. 28 [Abweichung von der Preisfestlegung in früheren Verfahren] und E. 29 [Anpassungen bei den Glasfaserspleissungen, OSS/BSS, Kosten für Kanalisationsanlagen und Schachtkosten sowie bei der Prognose für PSTN- und ISDN-Anschlussleitungen]).

27.

27.1. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz habe nicht berücksichtigt, dass der "richtige" kostenorientierte Preis nicht existiere, sondern sich kostenorientierte Preise zwischen einer Ober- und Untergrenze bewegten. Aufgrund des Konzepts der bestreitbaren Märkte bildeten dabei die sog. Stand-alone-Kosten die Obergrenze und die sog. langfristigen inkrementellen Kosten ("long run incremental costs", LRIC) die Untergrenze. Die Vorinstanz könne somit zwar in einem ersten Schritt die angebotenen Preise auf ihre Kostenorientierung hin überprüfen. Ergebe sich dabei, dass sie sich im zulässigen Rahmen bewegten, sei sie jedoch grundsätzlich nicht berechtigt, sie als "missbräuchlich" zu bezeichnen und

gegen unten anzupassen. Vielmehr müsse sie sie als mit den gesetzlichen Anforderungen an die Kostenorientierung vereinbar bestätigen bzw. festlegen. Sie könne somit nur dann tiefere Preise festlegen, wenn die angebotenen Preise über dem zulässigen Preisband lägen. Entsprechend müsse sie ihr die Möglichkeit einräumen, grundsätzlich selber zu entscheiden, wie sie unter Beachtung der Preisobergrenze und der Kostendeckung die gemeinsamen Kosten und die Gemeinkosten auf die einzelnen Dienste aufteilen wolle. Daran änderten auch die Ausführungen der Preisüberwachung nichts. Inwiefern die angebotenen Preise vorliegend über dem zulässigen Preisband lägen, sei nicht ersichtlich und lasse sich namentlich der angefochtenen Verfügung nicht entnehmen. Die Vorinstanz setze sich entsprechend über den Bemessungsspielraum hinweg, den sie (die Beschwerdeführerin) beanspruchen dürfe.

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

27.2. Die Beschwerdegegnerin macht neben ihrem Verweis auf die Ausführungen der Vorinstanz und die Kritik der Preisüberwachung am Kalkulationsmodell (vgl. oben E. 26) geltend, die Beschwerdeführerin habe sich in der Vergangenheit konstant geweigert, über die von ihr dekretierten Preise zu verhandeln; ihrem Einwand betreffend die Verhinderung der Verhandlungslösung könne daher nicht gefolgt werden.

27.3. Die Vorinstanz führt aus, ein Preis sei kostenorientiert und damit "richtig", wenn er die gesetzlichen Anforderungen erfülle. Bei der Überprüfung des Kostennachweises müsse sie entsprechend die Rechtmässigkeit der geltend gemachten Kosten beurteilen. Komme sie dabei zum

Schluss, diese entsprächen nicht den gesetzlichen Anforderungen, müsse sie das Kostenniveau und damit auch die Preise korrigieren. Inwiefern in diesem Zusammenhang der Begriff "Preismissbrauch" oder das Kriterium "Missbräuchlichkeit" relevant sein sollte, erschliesse sich ihr nicht.

In der angefochtenen Verfügung seien sämtliche Preisanpassungen bzw. Anpassungen an den für die Preisbildung massgebenden Kostenelementen nachvollziehbar erläutert und sachlich begründet worden. Generell gesprochen liege der Grund für die Anpassungen darin, dass der von der Beschwerdeführerin eingereichte Kostennachweis insbesondere den Anforderungen von Art. 54 FDV und Anhang 3 der Verordnung der Eidgenössischen Kommunikationskommission vom 17. November 1997 betreffend das Fernmeldegesetz (SR 784.101.112, nachfolgend: ComComV) nicht in allen Teilen Rechnung trage. Daran änderten die Preisober- und -untergrenze gemäss Ziff. 3.2.4 von Anhang 3 ComComV – Stand-alone-Kosten bzw. langfristige inkrementelle Kosten – nichts. Die Herleitung der kostenorientierten Preise sei in Art. 54 FDV hinlänglich festgeschrieben. Die Beschwerdeführerin verkenne zudem Zweck und Bedeutung der beiden Preisgrenzen. Diese seien ebenso wie der kostenorientierte Preis abhängig von der Parametrisierung derjenigen Kostenelemente, die in die Berechnung einflössen. Die gesetzlichen Vorgaben bei der Preisberechnung hätten deshalb zur Folge, dass Anpassungen an den Kostenelementen nicht nur zu einer Veränderung des kostenorientierten Preises, sondern zwingend auch zu veränderten Preisober- und -untergrenzen führten.

Unklar sei schliesslich, was die Beschwerdeführerin mit den Ausführungen zum Infrastrukturwettbewerb beweisen wolle. Bei der Verwendung dieses Begriffs müsse stets präzisiert werden, was im konkreten Fall damit gemeint sei, ansonsten er einer Leerformel gleichkomme. Beim Zugang zu den Mietleitungen sei der Dienstewettbewerb klar erkennbar in den Vordergrund gestellt worden, indem weder eine zeitliche noch eine technologische Beschränkung gesetzlich verankert worden sei.

27.4. Die Preisüberwachung weist zunächst in allgemeiner Weise darauf hin, je nach Ausgestaltung des LRIC-Kostenmodells und der Wahl der Parameter könnten ganz unterschiedliche Preise resultieren. Anders als bei einer Buchhaltung existierten jedoch keine verbindlichen Standards oder Usanzen, wie eine LRIC-Modellkalkulation durchzuführen sei. Es bestehe deshalb ein hoher Beurteilungsbedarf und damit auch ein hoher Ermessensspielraum für die Behörden. Die Vorinstanz und die Instruktio-

onsbehörde betrieben einen sehr hohen Aufwand, um die Kostenkalkulation der Beschwerdeführerin, deren LRIC-Kalkulationsmodell ausserordentlich komplex sei, zu prüfen. Die Vorinstanz könne allerdings nicht jeden einzelnen Aspekt des Modells über Monate oder gar Jahre hinweg vertieft prüfen und erwägen, sei es doch ihre Aufgabe, innert nützlicher Frist zu einer Entscheid zu kommen. Sie sei daher gezwungen, bei der Prüfung der Kalkulation Schwerpunkte zu setzen und gestützt auf die in nützlicher Frist beschaffbaren Fakten nach bestem Wissen und Gewissen zu entscheiden. Dies impliziere, dass sich ihre Beurteilungspraxis im Lauf der Jahre verfeinere, weil das stetig wachsende Wissen in die Beurteilung einfließen müsse. Insgesamt könne der Vorinstanz nicht vorgeworfen werden, sie setze sich ungenügend mit dem Kostennachweis der Beschwerdeführerin auseinander. Auch sei es korrekt, wenn sie neu gewonnene Erkenntnisse in ihre Beurteilung einfließen lasse, selbst wenn diese zu einer Änderung der bisherigen Beurteilungspraxis führten.

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

Im Weiteren könnten sich kostenorientierte Preise nicht auf der gesamten Bandbreite zwischen den Stand-alone-Kosten und den langfristigen inkrementellen Kosten bewegen. Dies würde Art. 54 Abs. 1 Bst. c FDV widersprechen, wonach ein verhältnismässiger Anteil an den relevanten gemeinsamen Kosten und Gemeinkosten zu berücksichtigen sei. Es wäre sowohl unverhältnismässig, wenn die gesamten gemeinsamen Kosten und Gemeinkosten nur durch die Zugangspreise oder gar durch die zugangsnachfragenden Parteien zu tragen wären (Stand-alone-Kosten), als auch, wenn die zugangsnachfragenden Parteien lediglich die von ihr verursachten reinen Zusatzkosten der Mitbenutzung (Grenzkosten der nachgefragten Menge) tragen müssten. Aus wettbewerbspolitischer Sicht sei zudem zu verhindern, dass Gemeinkosten in erster Linie durch Dienste

gedeckt würden, bei denen die Beschwerdeführerin über ein Monopol oder eine marktbeherrschende Stellung verfüge, da ihr dies ermöglichen würde, Dienstleistungen in Wettbewerbsbereichen günstig zu reinen inkrementellen Kosten anzubieten, um andere Marktteilnehmer zu verdrängen. Die Bandbreite für kostenorientierte Preise sei gemäss Art. 54 FDV somit wesentlich kleiner, als die Beschwerdeführerin annehme.

27.5.

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 bzw. orientieren, nicht jedoch ihnen entsprechen, da Kostenorientierung nicht Kostengleichheit bedeutet (vgl. BGE 132 II 257 E. 3.3.2; A-300/2010 E. 3.3).

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 abzustellen, 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 zum Fernmeldemarkt vom 17. September 2010 [nachfolgend: Evaluationsbericht], S. 61; 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. A-300/2010 E. 6.6; Evaluationsbericht S. 73), in weiten Teilen aber die Idee des Infrastrukturwettbewerbs verkörpert. Insbesondere soll er "Trittbrettfahrerei" verhindern, d.h. 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 bzw. einen Dienst im Grosshandel erwerben ("buy it"; vgl. zum Ganzen A-300/2010 E. 6.6).

Grundlage der kostenorientierten Preisberechnung bildet somit ein Kostenmodell (vgl. Evaluationsbericht 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 bzw. die kostenorientierte Preisgestaltung zu konkretisieren und die geeignetste Methode für deren Umsetzung zu bestimmen (vgl. BGE 132 II 257 E. 6.3; A-300/2010 2011 E. 3.7). Da anders als bei einer Buchhaltung keine verbindlichen Standards oder Usancen 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; A-300/2010 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. A-300/2010 E. 3.8).

27.5.2. Nach Art. 54 Abs. 1 FDV setzen sich die modellierten Kosten aus drei Komponenten zusammen (vgl. Evaluationsbericht 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, d.h. für die sog. 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 S. 74; AMGWERD, a.a.O., Rz. 314 und Rz. 315 Bst. B). Die LRIC-Methode kann dabei unterschiedlich ausgestaltet werden (vgl. A-300/2010 E. 4.6; Evaluationsbericht 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 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 der Verordnung vom 31. Oktober 2001 über Fernmeldedienste [aFDV von 2001, AS 2001 2775]) überein, an der Gesetz- und Verordnungsgeber festhalten wollten (vgl. A-300/2010 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 verschiedenen 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. vorstehend 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 – vorbehaltlich allfälliger wettbewerbswidriger Dumpingpraktiken – grundsätzlich ihr überlassen, bedarf sie doch keines weitergehenden 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 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 bzw. die anteiligen Gemeinkosten, die zusammen mit den anteiligen Gemeinkosten bzw. 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 nachprüfbar 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. A-300/2010 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 Preisüberwachung – Brutto-, nicht Netto-Wiederbeschaffungskosten zu verstehen (vgl. A-300/2010 E. 5 ff. m.H.).

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, d.h. vorbehaltlich wettbewerbswidriger Dumpingpraktiken,

ihr überlassen, ob sie die Kostenkomponenten tiefer bewerten will (vgl. dazu vorstehend 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, d.h. vorbehaltlich 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. oben 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. unten E. 28 und E. 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. oben 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. oben

E. 27.5.1) – in weiten Teilen dem Infrastrukturwettbewerb und konkretisiert, wie und wie weit diesem bzw. den Auswirkungen auf andere Infrastrukturen nach Art. 11a Abs. 1 Satz 2 FMG (vgl. dazu AMGWERTD, 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. unten 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 Zugangspreise zwischen den beiden FDA streitig und von der Vorinstanz nach Art. 11a 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 und die Verrechnung des Teilnehmeranschlusses (VTA) ab, ohne dass die bundesgerichtlichen Voraussetzungen für eine Praxisänderung erfüllt seien. Wie auch die Preisanträge der Vorinstanz im vorliegenden Beschwerdeverfahren zeigten, würden durch immer neue Preiskorrekturen und -anpassungen gleiche Sachverhalte nicht nur zukünftig anders beurteilt, sondern auch rückwirkend. Auch wenn die nicht immer parallel ablaufenden Zugangsverfahren dazu führten, dass nicht alle Zugangsformen gleichzeitig beurteilt werden könnten – was der Gesamtkostennachweis eigentlich erfordern würde –, sei diese Praxis aus Gründen der Rechtssicherheit und des Gleichbehandlungsgrundsatzes nicht akzeptabel. Eine dermassen inkonsistente Beurteilungspraxis schliesse aus, dass für sie bei der Berechnung kostenorientierter Preise jemals Rechtssicherheit entstehe. Dies sei angesichts der unbestimmten Normen zur Kostenorientierung der Preise und des Ermessensspielraums, den der Vorinstanz von den Gerichten zugestanden werde, unhaltbar. Was für die Preise bei anderen Zugangsformen in den Jahren 2007 bis 2008 richtig und auch für Mietleitungen relevant sei, könne für

die Mietleitungspreise in den Jahren 2007 bis 2009 nicht falsch sein. Die Anpassungen der Vorinstanz seien daher rückgängig zu machen. Nur so liessen sich Widersprüche im Gesamtkostennachweis vermeiden.

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

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

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

Rückgängig zu machen sei schliesslich auch die Erhöhung der Mengenprognosen für PSTN- und ISDN-Anschlüsse gegenüber den TAL-Verfügungen für die Jahre 2007 und 2008. Damit entstehe erneut für den

gleichen Zeitraum eine Abweichung bei Elementen, die für mehrere Zugangsformen gleich seien.

28.2. Die Vorinstanz führt aus, sie habe nur Anpassungen vorgenommen, die spezifisch für die Mietleitungen relevant seien oder – soweit sie auch für andere Zugangsformen von Bedeutung sein könnten – auf neuen Erkenntnissen beruhten. Sie habe zudem lediglich ihre bisherige Praxis konsequent umgesetzt und keine Anpassungen an Modellparametern vorgenommen, die sie bereits in früheren Entscheiden angepasst habe. Inwiefern dieses Vorgehen zu Inkonsistenzen gegenüber früheren Entscheiden geführt haben solle, sei nicht ersichtlich. Passe sie ein Element an, könne die Beschwerdeführerin im Übrigen daraus den Schluss ziehen, dass sie dieses Element auch in Zukunft nicht akzeptieren werde, auch wenn dies in der Verfügung nicht explizit festgehalten werde. So könne z.B. aus dem Umstand, dass sie den Logistikzuschlag für Kupferkabel nicht akzeptiere, gefolgert werden, sie werde diesen Zuschlag auch bei anderen Inputressourcen nicht hinnehmen. Der Kostennachweis 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 Preisüberwachung ist – zusätzlich zu ihren allgemeinen Ausführungen (vgl. oben E. 27.4) – der Ansicht, es wäre sicher idealer, wenn die Preise für sämtliche regulierte Zugangspreise zum gleichen Zeitpunkt festgelegt werden könnten, um allfällige Inkonsistenzen zu vermeiden.

Dies würde aber dem Verhandlungsprimat widersprechen. Die Vorinstanz könne somit bereits systembedingt nicht alle Zugangspreise für ein bestimmtes Jahr gleichzeitig verfügen. Dies habe unweigerlich zur Folge, dass sich ihre Erkenntnisse von Entscheid zu Entscheid verfeinerten. Es sei deshalb korrekt, wenn sie neu gewonnene Erkenntnisse in ihre Beurteilung einfließen lasse, selbst wenn diese zu einer Änderung der bisherigen Beurteilungspraxis führten.

28.4.

28.4.1. Wie dargelegt (vgl. oben E. 27.5.1), kommt der Vorinstanz bei der Konkretisierung des Kostenmodells bzw. der kostenorientierten Preisgestaltung und der Bestimmung der geeignetsten Methode für deren Umsetzung ein erheblicher Beurteilungsspielraum und ein grosses "technisches Ermessen" 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 Preisüberwachung (vgl. oben E. 27.4) 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. 11a Abs. 3 FMG), kann von ihr unter diesen Umständen nicht verlangt werden, jeden einzelnen Aspekt des Kostenmodells bzw. 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 bzw. deren Preisberechnung als Ganzes entscheidet, bedeutet somit nicht, es liege bezüglich des gesamten Kostennachweises bzw. der gesamten Preisberechnung eine Praxis vor, von der nur unter Einhaltung der bundesgerichtlichen Voraussetzungen für eine Praxisänderung abgewichen werden darf; d.h. 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 m.H.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/ MÜLLER, a.a.O., § 23 Rz. 14 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., 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 bzw. der kostenorientierten Preisgestaltung und die Bestimmung der geeignetsten Methode für deren Umsetzung zu beachten (vgl. dazu auch unten 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 bzw. 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. vorstehend 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 gesenkt, das Investitionsvolumen eines flächendeckenden Fernmeldenetzes rechtfertige die Annahme eines Mengenrabatts von zehn Prozent. 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. vorstehend 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 bzw. der kostenorientierten Preisgestaltung und die Bestimmung der geeignetsten Methode für deren Umsetzung gehalten haben sollte (vgl. vorstehend 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 Logistikkzuschlag 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 Logistikkzuschläge 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 Pra-

xis 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 bzw. der kostenorientierten Preisgestaltung und die Bestimmung der geeignetsten Methode für deren Umsetzung gehalten haben sollte, ist nicht auszumachen (vgl. vorstehend 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 abgewichen 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 bzw. der kostenorientierten Preisgestaltung und die Bestimmung der geeignetsten Methode für deren Umsetzung abgewichen ist (vgl. dazu unten E. 29.1 und E. 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. vorstehend E. 28.4.1), als unumgängliche und systemimmanente Folge des geltenden Ex-post-Zugangsregimes mit Gesamtkostenachweis 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 bzw. Kosteneinsparungen von 10 % seien jedoch spekulativ, unbelegt und realitätsfremd. Ebenso sei unbegründet, dass sie die von der Vorinstanz zugestandene Erhöhung der Transportkosten um 10 % kompensierten. Mit ihrem Vorgehen übertrage die Vorinstanz die Anforderungen des LRIC-Kostenmassstabs an eine effiziente FDA auf alle anderen Marktteilnehmer wie Lieferanten oder Installateure und abstrahiere in unzulässiger Weise von den tatsächlichen Verhältnissen auf den Märkten, auf denen (auch) die hypothetische Anbieterin bzw. Markteintreterin einkaufen bzw. ihre Leistungen erbringen müsste. Ein solches Vorgehen, das sich über die wirtschaftlichen Gegebenheiten hinwegsetze und nicht berücksichtige, ob eine hypothetische, effiziente Markteintreterin die angenommenen Kosteneinsparungen auch effektiv erzielen könnte, widerspreche Art. 54 Abs. 2 FDV.

Da kein regionaler Anbieter repräsentative LRIC-Preise liefere, basiere ihre Kostenkalkulation auf dem Mittelwert der günstigsten regionalen Angebote. Nur dieser Ansatz gewährleiste, dass regionale Unterschiede ausgeglichen würden und repräsentative und nicht bloss zufällige oder sogar willkürliche Preise für Glasfaserspleissungen in die Kostenrechnung einflössen. Daran ändere nichts, dass die in die Durchschnittspreisberechnung einbezogene günstigste und teuerste Offerte erheblich voneinander abwichen. Allein aus dieser in der wirtschaftlichen Realität alltäglichen Tatsache ableiten zu wollen, ihr Ausschreibungs- und Preisermittlungsverfahren sei nicht effizient, wäre verfehlt. Die Ausschreibungen für die Spleissarbeiten erfolgten unter Wettbewerbsbedingungen und sorgten da-

für, dass nicht nur das günstigste Angebot pro Region, sondern auch der effizienteste Anbieter eruiert werde. Sie sei überzeugt, dass ihr Preismittlungsverfahren repräsentative Preise liefere und dabei auch die für einen hypothetischen Telekomanbieter geltenden wirtschaftlichen Gegebenheiten angemessen berücksichtige. Die meisten Anbieter offerierten zudem innerhalb eines klar definierten Preisbands; es gebe lediglich einen "Ausreisser" nach oben und einen nach unten. Damit würden die bemängelten Preisdifferenzen sehr stark relativiert. Mittelwerte bildeten im Weiteren seit Jahren einen zentralen Bestandteil ihres Kostennachweises. So basiere z.B. der Kapitalkostensatz oder Produktionskostenindex des schweizerischen Baumeisterverbands auf Mittelwertberechnungen, die von der Vorinstanz bisher nie in Frage gestellt worden seien. Ein Grund, von dieser etablierten Methode nun auf einmal zu ihren Lasten abzuweichen, sei auch deshalb nicht ersichtlich. Dass die Praxis der Vorinstanz nicht haltbar sei, bestätige schliesslich auch die Instruktionsbehörde mit ihrer Orientierung der Preisüberwachung vom 15. September 2011 in einem weiteren Zugangsverfahren betreffend IC, TAL und KOL, wo sie ausführe, sie beabsichtige in Abweichung von der bisherigen Praxis der Vorinstanz die Herleitung der Preise für Glasfaserspleissungen nach Massgabe von Mittelpreisen zu beantragen. Solche würden in vielen anderen Bereichen des Kostennachweises verwendet und stellten insgesamt, d.h. bezüglich sämtlicher Preise, einen geeigneten Massstab für die Kosten einer hypothetischen Markteintreterin dar.

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

Im Beschwerdeverfahren hält sie an dieser Ansicht fest. Eine Analyse der Preise der vierzehn von der Beschwerdeführerin berücksichtigten regionalen Anbieterinnen zeige für die am häufigsten verwendete Spleisskategorie einen Preisunterschied von 161 % zwischen der teuersten und der günstigsten Anbieterin. Ein einfacher Durchschnitt aus den Preisen sämtlicher Kategorien von Glasfaserspleissungen pro regionale Anbieterin ergebe einen Unterschied von 90 %. Es erschliesse sich ihr nicht, weshalb

die Beschwerdeführerin derart ausgeprägte regionale Preisunterschiede in der insgesamt kleinräumigen Schweiz im Rahmen eines schweizweiten Netzaufbaus beharrlich als Resultat effizienter Ausschreibungsverfahren hinstelle; gemäss regionalen Preisindizes des Bundesamts für Statistik existierten derart ausgeprägte regionale Preisunterschiede kaum. Demgegenüber sei das Abstellen auf die Preise der schweizweit günstigsten Anbieterin eine Annäherung an ein tatsächlich effizientes Vergabeverhalten bzw. Ausschreibungsverfahren. Auch wenn derzeit keine Anbieterin gesamtschweizerisch tätig sei, sei eine solche Anbieterin denkbar. Beim Bau eines Fernmeldenetzes handle es sich um ein sehr grosses Projekt mit grossen Mengen. Ein Unternehmen müsse daher bereit und auch in der Lage sein, seine Kapazitäten auszubauen, um den schweizweiten Auftrag zu erhalten. Mit der hypothetischen Markteintreterin ändere sich die Ausgangslage für die Zulieferer. Aufgrund des grossen 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 Glasfaserspleisungen beschliessen werde. Gegebenenfalls müsste geprüft werden, ob die Änderung auch Auswirkungen auf das vorliegende Verfahren zeitige bzw. ob die Gründe, die zur Änderung geführt hätten, rückwirkend auch beim angefochtenen Entscheid zu berücksichtigen gewesen wären. Dem schweizerischen Ex-post-Zugangsregime sei es immanent, dass aufgrund neuerer oder besserer Erkenntnisse in einem späteren Verfahren anders zu entscheiden sei als in einem früheren Verfahren. Der marktbeherrschenden Anbieterin sei es rechtlich unbenommen, ihre Entscheide in jedem einzelnen Zweiparteienverfahren mittels Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht anzufechten; auch sei die Instruktion eines Beschwerdeverfahrens entsprechend der Komplexität der Materie regelmässig aufwändig und zeitintensiv. Es sei daher immer möglich, dass sie während der Hängigkeit eines Beschwerdeverfahrens zu neuen Erkenntnissen in Drittverfahren komme. Müssten diese jedes Mal rückwirkend auf frühere Entscheide angewandt werden, würden die Verfahren zwangsläufig

fig ungebührlich lange dauern, was in einem offensichtlichen Spannungsverhältnis zum Regelungszweck stünde.

29.1.3. Die Preisüberwachung hält die Orientierung an der günstigsten Anbieterin für nachvollziehbar, sachgerecht und gerechtfertigt bzw. für theoretisch korrekt, modellkonform und unter Berücksichtigung des Ermessensspielraums der Vorinstanz problemlos vertretbar. Im Kostenmodell werde der Neubau eines ganzen Netzes, also ein sehr grosses Investitionsvolumen, unterstellt. Es sei deshalb zu vermuten, der Preis pro Glasfaserpleissung 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 Glasfaserpleissungen nach Massgabe von Mittelpreisen zu beantragen, ändere daran nichts. Im Weiteren sei gegenwärtig noch völlig offen, ob die Instruktionsbehörde den beabsichtigten Antrag stellen und ob, gegebenenfalls, die Vorinstanz ihm stattgegeben werde. Auch sei fraglich, ob die Erwägungen der Instruktionsbehörde zu den Tarifen für das Jahr 2011 für das vorliegende Verfahren überhaupt relevant sein könnten. Gegenstand der Konsultation der Instruktionsbehörde seien die Preise für die Produkte IC, TAL und KOL für das Jahr 2011; die Zugangspreise für Mietleitungen für die Jahre 2009 und 2010 seien somit von einer allfälligen Praxisänderung nicht betroffen.

29.1.4. Wie dargelegt (vgl. oben E. 27.5.1), überlässt es Art. 54 FDV der Vorinstanz, das Kostenmodell bzw. 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 bzw. 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 Ordnungsgeber 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. oben 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 bzw. Mengenrabatten auszugehen und diese den höheren Transportkosten gegenüberzustellen. Offen bleibt jedoch, ob die von der Vorinstanz geltend 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 unten E. 29.2.4 und E. 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, d.h. die einzelnen Teilnehmerleitungen verwaltet würden. Weiter habe sie nicht berücksichtigt, dass die beiden Systeme bei Glasfasern stärker belastet würden bzw. im Zusammenhang mit den Supportsystemen für Kupferleitungen und Glasfaserkabel ganz unterschiedliche Kosten anfielen. Dieser Umstand habe jedoch zur Folge, dass die Glasfaseranschlüsse einen grösseren Kostenteil als die Kupferanschlüsse tragen, die Kosten mithin technologiespezifisch – und nicht proportional – alloziert werden müssten. Der in diesem

Zusammenhang von der Vorinstanz erhobene Vorwurf, sie habe es unterlassen, die Supportsysteme und Allokationsschlüssel detailliert und nachvollziehbar zu beschreiben, sei unbegründet. Nicht nachvollziehbar sei sodann, wieso die Vorinstanz lediglich die Kosten für ISLK und PTA, nicht aber für sämtliche OSS/BSS, die sowohl für Kupfer- als auch Glasfaseranschlüsse relevant seien, proportional verteilt habe. Zwar korrigiere sie mit ihrem entsprechenden Antrag im Beschwerdeverfahren diesen Mangel. Damit würden die effektiven Kostenunterschiede zwischen Kupfer und Glas indes nur noch stärker verzerrt. Auch führe es zu einem leichten Preisanstieg für eine Kupfer-TAL, im Jahr 2009 etwa zu einem Anstieg von zwei Rappen pro Monat. Dies scheine zu bestätigen, dass die Vorinstanz die Anpassungen ergebnisgetrieben nur soweit vorgenommen habe, als sich ein möglichst tiefer Preis für Mietleitungen ohne allzu starke Erhöhung des TAL-Preises habe erzielen lassen.

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

Im Beschwerdeverfahren hält sie an einer proportionalen Kostenverteilung fest. Sie führt ergänzend aus, Teilnehmeranschlussleitungen und Kanalisationen gehörten zur Linientechnik und die Systeme ISLK und PTA dienten beide einer Form der Inventarisierung. Es sei demzufolge nicht ersichtlich, weshalb sie sich nicht ergänzen sollten oder sie den Sachverhalt ungenügend abgeklärt haben sollte. Eine proportionale Kostenallokation sei weiter auch aus Transparenzgründen angebracht. Zum einen ergäben sich aus den oberflächlichen Beschreibungen der Supportsysteme durch die Beschwerdeführerin keine zwingenden Gründe für eine direkte Zuweisung der Kosten an die beiden Technologien und seien

die Allokationsschlüssel der Beschwerdeführerin nicht nachvollziehbar; zum anderen sei es bei Informatiksystemen schwierig, aufgrund unterschiedlicher Informationsbedürfnisse auf eine unterschiedliche Belastung der Systeme zu schliessen. Anders als in der angefochtenen Verfügung seien sodann auch die Kosten für die übrigen Supportsysteme, die sowohl für Kupfer- als auch Glasfaserleitungen relevant seien, proportional zu verteilen und die verfügbaren 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 zurückzuführen, 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- bzw. Glasfasernetz neu gebaut würde.

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

29.2.4. Wie dargelegt (vgl. oben 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 bzw. 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 Transparenzgründen 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 bzw. 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 bzw. beantragte Anpassung erfüllt ausserdem die weiteren Voraussetzungen für eine Korrektur des Kostennachweises. Schliesslich hat auch die Preisüberwachung 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. oben E. 29.1.4). Diese hat bei dieser Gelegenheit auch die hier von ihr beantragte Preisanpassung zu berücksichtigen (vgl. ausserdem unten 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 einem Prozent. Indem sich die Vorinstanz über die der technologiespezifischen Verteilung zugrunde liegenden Tatsachen hinwegsetze, missachte sie auch die von Art. 54 FDV vorgeschriebene kausale Kostenzuordnung. Überdies werde sie mit ihrem erneuten uneinheitlichen Vorgehen ihrem Anspruch, eine konsistente Beurteilungspraxis zu entwickeln und anzuwenden, nicht gerecht.

29.3.2. Die 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.

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

Kupferleitung, sei indes nicht dahingehend zu verstehen, dies müsse so sein. Sie habe keine Einwände gegen die von der Vorinstanz verlangten Korrekturen an der Kalkulation der Beschwerdeführerin, da der Interpretations- und Umsetzungsspielraum bei theoretischen Modellen naturgemäss gross sei (vgl. auch oben E. 27.4).

29.3.4. 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 überzeugend darlegt, werden diese Kosten nicht durch die Technologie, sondern durch die Teilnehmenden bzw. die Gesamtnachfrage verursacht. Um Kundinnen und Kunden mit einer kabelgebundenen Technologie an ein Fernmeldenetz anzubinden, 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, d.h. 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 bzw. 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 bzw. beantragte Anpassung erfüllt ausserdem die weiteren Voraussetzungen für eine Korrektur des Kostenachweises. Schliesslich hat auch die Preisüberwachung 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. oben 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. oben 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, d.h. zu hohe Mengen zugrunde gelegt, wodurch die durchschnittlichen Stückpreise zu tief ausfielen. Die verpflichtete Anbieterin müsse aus diesem Grund massive Kostenunterdeckungen in Kauf nehmen, was mit Art. 54

FDV nicht vereinbar sei. Auch führe es zu einer Benachteiligung konkurrierender Netze und stehe somit im Widerspruch zu Art. 11a Abs. 1 Satz 2 FMG. Ihre eigene Prognose, die sie bereits Mitte des Jahres 2008 habe erstellen müssen, präsentiere sich schliesslich nicht in einem derart ungünstigen Licht, wie es die Vorinstanz darzustellen versuche. Auch erstaune es nicht, dass diese mit einer Methode, die sie in einem Zeitpunkt gewählt habe, als die effektiven Zahlen für das Jahr 2009 bereits bekannt oder zumindest gut absehbar gewesen seien, den effektiven Zahlen näher gekommen sei. Dies heisse aber noch nicht, dieser Methode sei der Vorzug zu geben, habe doch ihre eigene Prognosemethode in den bisherigen Zugangsverfahren nie Anlass zu Beanstandungen gegeben, weil sie zu keinen systematischen Unter- oder Überbewertungen geführt habe.

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

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

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

29.4.4. 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 bzw. 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 bzw. wieso bei der Vorinstanz zu tiefe durchschnittliche Stückpreise bzw. 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.

Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens

30.

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

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

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

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

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

30.2. Die Beschwerdegegnerin bestreitet die Ausführungen der Beschwerdeführerin und verweist auf die Ausführungen der Vorinstanz.

30.3. Die Vorinstanz führt in der angefochtenen Verfügung aus, sie erhebe für Zugangsverfügungen gemäss Art. 40 Abs. 1 Bst. b und Art. 56 Abs. 4 FMG kostendeckende Verwaltungsgebühren, die nach der aufgewendeten Zeit berechnet würden. Der Stundenansatz habe bis Ende des Jahres 2009 Fr. 260.– betragen, ab 1. Januar 2010 Fr. 210.–. Für die angefochtene Verfügung habe sie total 814.5 Stunden aufgewendet, 652.5 Stunden vor dem 31. Dezember 2009, 162 Stunden danach. Daraus resultierten Gebühren von Fr. 169'650.– und Fr. 34'020.–. Hinzu komme die Hälfte der Auslagen für das Gutachten der WEKO in der Höhe von Fr. 17'970.–. Die Verwaltungsgebühren beliefen sich somit auf insgesamt Fr. 221'640.–.

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

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

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

30.4. Die Preisüberwachung bringt vor, sie habe keinen Einblick in die Zeiterfassung der Instruktionsbehörde oder der Vorinstanz. Es sei aus ihrer Sicht indes plausibel, dass für den Erlass einer Zugangsverfügung mehrere Personenmonate einzusetzen seien. Angesichts der Bedeutung

des Telekommunikationssektors erachte sie den Aufwand, den die schweizerischen Behörden für die Regulierung einsetzten, nicht als überhöht. Wer die Kosten der Regulierung tragen solle, sei dagegen eine politische Frage.

30.5. Das Bundesverwaltungsgericht hat sich in den Urteilen A- 292/2010 vom 19. August 2010 und A-293/2010 vom 30. August 2010 (nachfolgend: A-292/2010 und A-293/2010) eingehend mit den sich hier stellenden Fragen auseinandergesetzt und seine Rechtsprechung im Urteil A-300/2010 bestätigt. Es hat sich dabei nicht nur zur Begründungsdichte und zur Heilung des rechtlichen Gehörs, sondern auch zur Angemessenheit der Verfahrenskosten geäußert. An dieser Rechtsprechung ist vorliegend festzuhalten.

Daraus folgt zunächst, dass auch im vorliegenden Fall von einer Verletzung des rechtlichen Gehörs auszugehen ist, da die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung der ihr obliegenden erhöhten Begründungspflicht nicht nachgekommen ist (vgl. A-292/2010 E. 3.9 und E. 3.10, A-293/2010 E. 3.9 und E. 3.11, A-300/2010 E. 20.3). Diese ergibt sich – wie in der zitierten Rechtsprechung dargelegt (vgl. A-292/2010 und A-293/2010 je E. 3.8, A-300/2010 E. 20.3) – aus dem Umstand, dass die tatbeständlichen Berechnungsgrundlagen im Unterschied zu den rechtlichen nicht mehr leichthin als klar bezeichnet werden können, da sich bei der Kostenverlegung, insbesondere wegen der Notwendigkeit, die angefallenen Arbeitsstunden den einzelnen Verfahren zuzuweisen, besondere Schwierigkeiten ergeben. Wie in den zitierten Urteilen (vgl. A-292/2010 und A-293/2010 je E. 4, A-300/2010 E. 20.3) hat die Gehörsverletzung allerdings auch hier als im Beschwerdeverfahren geheilt zu gelten. Daran ändert das von der Beschwerdeführerin gerügte Fehlen einer weiter gehenden Begründung, namentlich hinsichtlich der Aufteilung der Kosten auf die zentralen Entscheidungspunkte, nichts, kann doch nicht verlangt werden, dass sämtliche Arbeitsabläufe dokumentiert werden oder aufgezeigt wird, für welche Verfahrensthemen im einzelnen wie viele Stunden aufgewendet wurden (vgl. A-292/2010 und 293/2010 je E. 3.9). Der Gehörsverletzung ist schliesslich auch hier bei der Verlegung der Kosten für das vorliegende Beschwerdeverfahren Rechnung zu tragen (vgl. A-292/2010 und A-293/2010 je E. 4.2, A-300/2010 E. 20.3).

Aus der zitierten Rechtsprechung ergibt sich weiter, dass die auferlegten Verfahrenskosten auch im vorliegenden Fall weder das Kostendeckungs- noch das Äquivalenzprinzip verletzen (vgl. A-292/2010 E. 5 ff. und

A-293/2010 E. 5 f., A-300/2010 E. 20.4). Dies gilt nicht nur hinsichtlich der Höhe der Verfahrenskosten, sondern auch bezüglich deren Verteilung auf die beiden Mietleitungsverfahren. Dem steht der von der Beschwerdeführerin beanstandete Aufwandunterschied zwischen diesen beiden Verfahren nicht entgegen. Wie im Urteil A-292/2010 dargelegt (vgl. E. 7.1), kann die Frage, wie viel Aufwand welchem Verfahren zuzurechnen ist, nur mit internen Kenntnissen über die Arbeitsabläufe und den Geschäftsgang beantwortet werden. Über diese Kenntnisse verfügt das Bundesverwaltungsgericht in der Regel nicht, weshalb sich die Vorinstanz besser eignet, die Kostenverteilung sachgerecht zu beurteilen. Aus diesem Grund ist es sachlich gerechtfertigt, wenn das Bundesverwaltungsgericht diesen Punkt mit einer gewissen Zurückhaltung überprüft und nur bei offensichtlicher Unangemessenheit einschreitet, die hier jedoch nicht vorliegt. Soweit die Beschwerdeführerin die Mehrfachverrechnung von Aufwand bzw. die Verrechnung unnötigen Aufwands oder die Unangemessenheit der Höhe oder der Verteilung der Verfahrenskosten geltend macht, erweist sich dies somit als unbegründet. Ihre Beschwerde ist deshalb in diesem Punkt abzuweisen.

Ergebnis

31.

Zusammenfassend obsiegt die Beschwerdeführerin insoweit, als bei der Berechnung der monatlich wiederkehrenden Mietleitungspreise für die Jahre 2007 bis 2009 bei den Glasfaserspleissungen auf Mittelpreise abzustellen ist, sie nicht zur Veröffentlichung eines Mietleitungsangebots für das Jahr 2010 – indes zur Unterbreitung eines Angebots im Sinn der Erwägungen (vgl. E. 7.4.4 und E. 25.4.2) an die Beschwerdegegnerin – verpflichtet werden kann und ihre Angebotspflicht in diesem Jahr auf die bestehenden eigenen Einrichtungen und Dienste beschränkt ist. In allen übrigen streitigen Punkten, namentlich der Definition des Mietleitungsbegriffs und der Angebotspflicht auch für CES, der Marktdefinition und Marktbeherrschung, der weiteren Anpassungen am Kostennachweis und der Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens, unterliegt sie. Dies gilt auch für ihre Rüge, das Dispositiv der angefochtenen Verfügung sei unvollständig, weshalb auch die weiteren strittigen Bedingungen des MLF-Vertrags zu verfügen seien, regelt das Verfügungsdispositiv doch in Verbindung mit der Verfügungsbegründung den Gegenstand der Teilverfügung umfassend.

Entsprechend diesem Ergebnis ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen. Dispositivziffer 1 der angefochtenen Teilverfügung ist 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. E. 29.1.4). Diese hat bei dieser Gelegenheit auch die von ihr im vorliegenden Beschwerdeverfahren im Zusammenhang mit den Kosten der übrigen Supportsysteme und den Schachtkosten beantragten Preisanpassungen zu berücksichtigen (vgl. E. 29.2.4 und E. 29.3.4). Dispositivziffer 2 der angefochtenen Verfügung ist ebenfalls aufzuheben und die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückzuweisen, um der Beschwerdeführerin eine angemessene Frist für ein Angebot für das Jahr 2010 an die Beschwerdegegnerin im Sinn der Erwägungen (vgl. E. 7.4.4 und E. 25.4.2) anzusetzen. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen. Eine Neuverlegung der Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens erscheint nicht gerechtfertigt, ändert das vorliegende Ergebnis doch nichts am ganz überwiegenden Unterliegen der Beschwerdeführerin in diesem Verfahren. Im Übrigen hat die Vorinstanz Dispositivziffer 2 verfügt, ohne dies den Parteien des Zugangsverfahrens anzukündigen; die zu Unrecht erfolgte Anordnung einer Veröffentlichungspflicht darf daher der Beschwerdegegnerin nicht zum Nachteil gereichen. Dem teilweisen Obsiegen der Beschwerdeführerin im vorliegenden Beschwerdeverfahren ist indes bei der Verlegung der Kosten für dieses Verfahren Rechnung zu tragen (vgl. nachfolgend E. 32).

Kosten und Entschädigung

32.

32.1. Die Spruchgebühr bemisst sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien. Sie beträgt bei einer Streitigkeit mit Vermögensinteresse Fr. 200.– bis Fr. 50'000.– (Art. 63 Abs. 4^{bis} Bst. b VwVG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 und Art. 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Für die Qualifikation als Streitigkeit mit Vermögensinteresse ist es dabei unerheblich, ob ein Anspruch in Geld ausgedrückt ist oder nicht und welchem Rechtsgebiet ein Anspruch entspringt. Massgeblich ist vielmehr, ob der Rechtsgrund des streitigen Anspruchs letzten Endes im Vermögensrecht ruht und ob mit dem Begehren letztlich und überwiegend ein wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird (vgl. A-300/2010 E. 21.1 m.H.).

Vorliegend ist von einer Streitigkeit mit Vermögensinteresse und einem Streitwert von über 5 Millionen Franken auszugehen (Umfang der Angebotspflicht, Höhe der kostenorientierten Zugangspreise, Folgen der Anpassungen des Kostennachweises, Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens). Die Verfahrenskosten sind anhand der oben genannten Kriterien (u.a. umfangreiche und komplexe Streitsache, aufwendiges Verfahren mit mehrfachem Schriftenwechsel und Einholen mehrerer Fachberichte) auf Fr. 40'000.– festzusetzen (vgl. Art. 4 VGKE).

32.2. Die Verfahrenskosten sind in der Regel von der unterliegenden Partei zu tragen. Unterliegt sie nur teilweise, werden die Verfahrenskosten ermässigt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Obsiegen und Unterliegen im Prozess ist grundsätzlich nach den Rechtsbegehren der beschwerdeführenden Partei, gemessen am Ergebnis der Anfechtung des vorinstanzlichen Entscheids, zu beurteilen, wobei auf das materiell wirklich Gewollte abzustellen ist (vgl. BGE 123 V 156 E. 3c und BGE 123 V 159 E. 4b; A-300/2010 E. 21.2 m.w.H.).

Wie dargelegt (vgl. oben E. 31), ist vorliegend von einem weitgehenden Unterliegen der Beschwerdeführerin auszugehen. Daran ändert nichts, dass die Beschwerde die Vorinstanz veranlasst hat, die monatlich wiederkehrenden Mietleitungspreise für die Jahre 2007 bis 2009 neu zu bestimmen, lehnt die Beschwerdeführerin doch die von der Vorinstanz vorgenommene zusätzliche Anpassung des Allokationsschlüssels für die Kosten der übrigen Supportsysteme und die Schachtkosten ebenso ab wie die daraus resultierende Senkung der Preise für Mietleitungen mit einer Bandbreite über 2 Mbit/s. Der Beschwerdeführerin sind entsprechend die Kosten im Umfang von 90 %, d.h. Fr. 36'000.–, aufzuerlegen. Die – geheilten – Gehörsverletzungen rechtfertigen allerdings eine Ermässigung der Verfahrenskosten auf Fr. 33'000.–. Der im Umfang von 10 % unterliegenden Beschwerdegegnerin sind Kosten von Fr. 4'000.– aufzuerlegen. Die Vorinstanz hat keine Kosten zu tragen (vgl. Art. 63 Abs. 2 VwVG).

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

grund der Akten fest, wenn keine Kostennote eingereicht wird (Art. 14 Abs. 2 VGKE).

Vorliegend sind sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Beschwerdegegnerin als teilweise obsiegend zu betrachten. Da die Beschwerdeführerin ihren internen Rechtsdienst mit der Interessenwahrung betraut hat und nicht durch externe Anwälte vertreten ist, steht ihr jedoch keine Parteientschädigung zu (Art. 8 ff. VGKE, insb. Art. 9 Abs. 2 VGKE). Ebenfalls keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung hat die Vorinstanz als Bundesbehörde (Art. 7 Abs. 3 VGKE). Demgegenüber steht der anwaltlich vertretenen Beschwerdegegnerin eine gekürzte Parteientschädigung zu. Diese ist in Anbetracht des mutmasslichen Arbeits- und Zeitaufwands für das vorliegende Verfahren auf Fr. 36'000.– (inklusive Mehrwertsteuer und Auslagen) festzusetzen und der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 64 Abs. 1 und 3 VwVG).

Rechtsmittel

33.

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

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen.

1.1. Dispositivziffer 1 der Teilverfügung vom 10. März 2010 betreffend die Bedingungen des Zugangs zu den Mietleitungen (MLF) wird aufgehoben 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 zurückgewiesen (vgl. E. 29.1.4). Diese hat bei dieser Gelegenheit auch die von ihr im vorliegenden Beschwerdeverfahren im Zusammenhang mit den Kosten der übrigen Supportsysteme und den Schachtkosten beantragten Preisanpassungen zu berücksichtigen (vgl. E. 29.2.4 und E. 29.3.4).

1.2. Dispositivziffer 2 der Teilverfügung vom 10. März 2010 betreffend die Bedingungen des Zugangs zu den Mietleitungen (MLF) wird aufgehoben und die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückgewiesen, um der Beschwerdeführerin eine angemessene Frist für ein Angebot für das Jahr 2010 an die Beschwerdegegnerin im Sinn der Erwägungen (vgl. E. 7.4.4 und E. 25.4.2) anzusetzen.

2.

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

3.

3.1. Die Verfahrenskosten werden auf Fr. 40'000.– festgesetzt. Sie werden im Umfang von Fr. 33'000.– der Beschwerdeführerin und im Umfang von Fr. 4'000.– der Beschwerdegegnerin auferlegt.

3.2. Der auf die Beschwerdeführerin entfallende Betrag von Fr. 33'000.– wird mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 30'000.– verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 3'000.– ist innert 30 Tagen nach Eröffnung des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Die Zustellung des Einzahlungsscheins erfolgt mit separater Post.

3.3. Der auf die Beschwerdegegnerin entfallende Betrag von Fr. 4'000.– ist innert 30 Tagen nach Eröffnung des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Die Zustellung des Einzahlungsscheins erfolgt mit separater Post.

4.

Die Beschwerdeführerin hat der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung von Fr. 36'000.– (inkl. Mehrwertsteuer und Auslagen) zu bezahlen.

5.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben)
- die Beschwerdegegnerin (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. Vf10-03-10_002 / AZ 330.32; Einschreiben)
- die WEKO
- die Preisüberwachung

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Marianne Ryter

Pascal Baur

Versand: