

CH_VB JAAC 65.27 vom 29. April 1998

Bundesverwaltung, 1998-04-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch_vb_JAAC_65.27__

FR: CH_VB JAAC 65.27 du 29 avril 1998

IT: CH_VB JAAC 65.27 del 29 aprile 1998

Erwägungen

E. 1

- Durch das Ausbleiben vorsorglicher Massnahmen kann der Gesuchstellerin ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil erwachsen, da die erste Phase der Marktöffnung für die Entstehung eines wirksamen Wettbewerbes entscheidend ist (Ziff. 2.3.2, 2.3.3, 2.3.5). - Die Interkonnectionspreise der marktbeherrschenden Anbieterin müssen sich an den Kosten orientieren. Im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen muss die Kostenorientierung dieser Preise glaubhaft dargelegt werden, ansonsten die Eidgenössische Kommunikationskommission (ComCom) Preise verfügen kann (Ziff. 2.3.1). - Liegen die von der marktbeherrschenden Anbieterin angebotenen Interkonnectionspreise bis zu 30% über denjenigen von vergleichbaren ausländischen Anbieterinnen, kann keine kostenorientierte Preisgestaltung vorliegen (Ziff. 2.3.1, 3). Telecomunicazioni. Garanzia dell'interconnessione (art. 11 LTC). Misure provvisionali. - Occorre ordinare misure provvisionali per garantire l'interconnessione ai sensi dell'art. 11 cpv. 3 LTC in relazione con l'art. 29 segg. OST, se la richiedente non dispone di una rete telefonica pubblica che copre tutto il territorio e dipende quindi dall'interconnessione (n. 2.2.2). - Dato che la prima fase dell'apertura del mercato è decisiva per lo sviluppo di una vera concorrenza, l'assenza di misure provvisionali può provocare un danno irreparabile per la richiedente (n. 2.3.2, 2.3.3, 2.3.5). - I prezzi dell'interconnessione fissati dal fornitore che ha una posizione di mercato dominante devono basarsi sui costi. Nel quadro delle misure provvisionali deve essere reso credibile che i prezzi si basino effettivamente sui costi, poiché altrimenti la Commissione federale delle comunicazioni (ComCom) può decidere i prezzi (n. 2.3.1). - Se i prezzi di interconnessione del fornitore che ha una posizione di mercato dominante sono fino al 30% superiori ai prezzi di fornitori esteri comparabili, non può esservi una struttura dei prezzi basata sui costi (n. 2.3.1, 3). Die Gesuchstellerin bietet als neu in den ab dem 1. Januar 1998 liberalisierten Fernmeledemarkt eingetretene Anbieterin Fernmeldedienste an. Zur Erbringung ihrer Dienstleistungen und damit für ihren Markteintritt ist sie auf die Mitbenutzung der Netzinfrastruktur der Gesuchsgegnerin angewiesen, welche als ehemalige Monopolistin über ein flächendeckendes Fernmeldenetz verfügt. Die Bedingungen und Preise dafür wurden zwischen den Parteien in einem Interkonnectionsvertrag geregelt. Nachdem die Gesuchstellerin während dreier Monate im Hinblick auf das Auslaufen

E. 1.16

2.32 4.63 set-up charge2, CHF/100 0.86 1.72 3.44 Average for 3 minutes talk3 1.44 2.89 5.78 4.984 13

Tabellen-Referenzierung: 1) charge per minute = conveyance 2) set-up charge = Tarif
Pressemitteilung + 10% Pressemitteilung der Swisscom vom 24.3.1998: Interkonnection:
Swisscom senkt Netzzugangspreis

http://www.swisscom.ch/gd/information/press_releases/press_releases-de.html 3)
Splitting-Modell: 5% night, 20% off-peak, 75% peak ((0.05xnight) + (0.20xoff-peak) + (0.75xpeak) = Average IC-Charge) 4) Grundlagen-Referenz: Bericht «Interconnect in Switzerland», erstellt durch OVUM Ltd, London, Dezember 1997,
<http://www.bakom.ch/ger/subsubpage/document/258/1243> Grundlagen-Berechnung: (FDC [fully distributed costs] call termination bzw. call origination OVUM) + (10% Altlasten-Zuschlag) [84]82 Der Ovum-Bericht ist publiziert unter:
<http://www.bakom.ch/ger/subsubpage/document/258/1243>. [85]83 Publiziert unter:
<http://www.bakom.ch/ger/subsubpage/document/258/1243>. 14

Schweizerisches Bundesarchiv, Digitale Amtsdrukschriften Archives fédérales suisses, Publications officielles numérisées Archivio federale svizzero, Pubblicazioni ufficiali digitali JAAC 65.27 - Entscheid der Eidgenössischen Kommunikationskommission vom 29. April 1998 In Verwaltungspraxis der Bundesbehörden Dans Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération In Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione Jahr 2001 Année Anno Band 65 Volume Volume Seite --- Page Pagina Ref. No 150 005 132 Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert. Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale. Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.

E. 1.18

2.34 Average for 3 minutes talk3 1.31 2.61

E. 2

dieses Vertrages erfolglos Neuverhandlungen mit der Gesuchsgegnerin geführt hat, verlangt sie mit ihrem Gesuch eine Verfügung durch die Eidgenössische Kommunikationskommission (ComCom) zur Sicherstellung der Interkonnektion und zur Festsetzung kostenbasierender Preise. Aus den Erwägungen: 1. Fernmelderechtliche Voraussetzungen für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen

E. 2.00

4.01 3.464 National National SCS night off-peak peak charge per minute1, CHF/100

E. 2.1

Grundsatz

E. 2.2

Verpflichtung zur Leistung von Interkonnektionsdienstleistungen

E. 2.2.1

Erfolgsprognose

E. 2.2.2

Nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil

E. 2.2.3

Dringlichkeit

E. 2.2.4

Verhältnismässigkeit

E. 2.2.5

Fazit

E. 2.3

Verfügung eines Interkonnectionspreises

E. 2.3.1

Erfolgsprognose

E. 2.3.2

Nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil 29.-30. (...)

E. 2.3.3

Dringlichkeit

E. 2.3.4

kann festgestellt werden, dass die in Frage stehenden Massnahmen unter Abwägung der der Gesuchstellerin drohenden Nachteile mit den entgegenstehenden Interessen der Gesuchgegnerin verhältnismässig sind. 3. Festsetzung der Interkonnectionspreise

E. 2.3.5

Fazit

E. 2.18

Average for 3 minutes talk3 0.87 1.75 3.50 3.024 National National Terminating Service
night off-peak peak charge per minute1, CHF/100

E. 2.22

4.44 set-up charge2, CHF/100 0.58

E. 5

Mit dem revidierten Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (FMG, SR 784.10), welches auf den 1. Januar 1998 in Kraft getreten ist, wird die marktbeherrschende Anbieterin von Fernmeldediensten verpflichtet, andern Anbieterinnen von Fernmeldediensten nach den Grundsätzen einer transparenten und kostenorientierten Preisgestaltung auf nichtdiskriminierende Weise Interkonnection zu gewähren (Art. 11 Abs. 1 FMG). Die Parteien sind aber grundsätzlich selber für die vertragliche Ausgestaltung ihrer Interkonnectionsbeziehungen verantwortlich. Die Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom) schreitet nur dann ein, wenn zwischen den Parteien innert drei Monaten nach Verhandlungsaufnahme keine Einigung zustande kommt und eine Partei ein Gesuch um Erlass einer Interkonnectionsverfügung bzw. von vorsorglichen Massnahmen einreicht (Art. 11 Abs. 3 FMG). Der Erlass einer einstweiligen Verfügung setzt also in fernmelderechtlicher Hinsicht voraus, dass sich zwei Fernmeldediensteanbieterinnen gegenüberstehen, wobei die eine der beiden eine marktbeherrschende Stellung haben muss, dass kein Interkonnectionsvertrag besteht, dass die Parteien 3 Monate erfolglos verhandelt haben und dass ein entsprechendes Gesuch einer Partei vorliegt.

E. 5.23

4.514 PSTN to selected Carrier (X) Service (in CHF) Average IC-Charge Carrier Selection
Regional Regional SCS night off-peak peak charge per minute¹, CHF/100 0.73 1.45 2.92
set-up charge², CHF/100 0.83 1.64 3.28 Average for 3 minutes talk³

E. 6

Oktober 1997 über Fernmeldedienste (FDV, SR 784.101.1).

E. 7

Der Gesuchstellerin wurde als konzessionspflichtiger Fernmeldedienstanbieterin am 4. Februar 1998 eine Bewilligung zur vorläufigen Ausübung der entsprechenden Tätigkeit gemäss Art. 69 FDV erteilt. Sie ist somit interkonnectionsberechtigt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 FMG in Verbindung mit Art. 31 FDV.

E. 8

Für die Bestimmung der Marktbeherrschung findet das Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) Anwendung. Danach gilt ein Unternehmen dann als marktbeherrschend, wenn es auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage ist, sich von andern Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG). Ein starkes Indiz für die Marktbeherrschung der Gesuchsgegnerin betreffend die in Frage stehenden Dienste ist die fehlende Substituierbarkeit derselben. Diese Annahme wird durch den Entscheid der Wettbewerbskommission (WEKO) i. S. Telecom PTT/Blue Window (Untersuchung der 3

Wettbewerbskommission vom 5. Mai 1997, Recht und Politik des Wettbewerbs [RPW] 1997/2, S. 161) gestützt, welcher feststellte, dass die Gesuchsgegnerin auf dem schweizerischen Telefoniemarkt als marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG gilt. Da die Gesuchsgegnerin ihre Marktbeherrschung im Übrigen auch nicht bestreitet, kann für dieses Verfahren davon ausgegangen werden, dass sie marktbeherrschend ist. Aus der Marktbeherrschung folgt, dass die Gesuchsgegnerin zur Gewährleistung der Interkonnection zu kostenorientierten Preisen verpflichtet ist (Art. 11 Abs. 1 FMG).

E. 9

Die Parteien haben zwar am 19. Dezember 1997 einen Interkonnectionsvertrag abgeschlossen. Die Gesuchstellerin macht in ihrer Eingabe aber geltend, dass dieser Vertrag per 30. April 1998 auslaufe und die Weiterverhandlungen zu keinem Ergebnis geführt haben. (...)

E. 10

Die Gesuchsgegnerin behauptet demgegenüber, dass diese Vereinbarung am 30. April 1998 nicht auslaufe.(...) Dass abgeschlossene Verträge eingehalten werden müssen, ergebe sich aus der geltenden Rechtsordnung und müsse nicht noch speziell verfügt werden.

E. 11

Die Auslegung der entsprechenden Vertragsbestimmungen ergibt, dass es sich beim zwischen den Parteien abgeschlossenen Interkonnectionsvertrag um einen bis zum 30. April 1998 befristeten Vertrag handelt. Gemäss Ziff. 16.3.6 der Haupturkunde haben die Parteien vereinbart, dass die Preise und die Ausgestaltung der gemäss Annex 1 vereinbarten Dienstleistungen in jedem Falle bis zum 30. April 1998 unverändert bleiben sollen. Aus Gründen der Praktikabilität würden die Parteien das genannte Datum so behandeln, wie

wenn auf diesen Zeitpunkt hin eine Kündigung gemäss Ziff. 16.3.1 erfolgt wäre. Aus Ziff. 16.3.5 kann nicht abgeleitet werden, dass die Parteien gänzlich auf die Möglichkeit der Einreichung eines Gesuches auf Erlass vorsorglicher Massnahmen verzichten wollten. Es ist vielmehr wahrscheinlich, dass die Parteien einen rechtsfreien Zeitraum zwischen dem Auslaufen des Vertrages und einem rechtskräftigen Entscheid der zuständigen Behörde vermeiden wollten. Die entsprechende Klausel hätte also dann Anwendung gefunden, wenn die ComCom erst nach dem 30. April 1998 über ein Gesuch um Interkonnektion bzw. ein solches um Erlass von vorsorglichen Massnahmen entschieden hätte. Ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen ist zweifelsohne ein rechtsgültiger Entscheid im Sinne der genannten Vertragsbestimmung. Ein allfälliger Entscheid über das Gesuch um Erlass von vorsorglichen Massnahmen würde die Interkonnektion während der Hängigkeit des Hauptverfahrens bis zu einem rechtskräftigen Endentscheid regeln. Eine andere Auslegung macht keinen Sinn, da Annex 1 der Haupturkunde («Services and Tariffs») sämtliche Dienste und Tarife der Interkonnektionsvereinbarung regelt. Wenn also Annex 1 gekündigt wird, muss somit die gesamte Interkonnektionsvereinbarung selbst dahinfallen. 4

Ohne Annex 1 würde der Vertrag jeglichen Inhalts entbehren und es bestände gar kein eigentlicher Vertragsgegenstand im Sinne von Art. 2 des Obligationenrechts mehr.

E. 12

Die Gesuchstellerin notifierte dem Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) mit Schreiben vom 14. Januar 1998 Weiterverhandlungen bzw. Neuverhandlungen im Sinne von Art. 40 FDV. Da seit dem 20. Dezember 1997 diese Weiterverhandlungen zwischen den Parteien andauerten und erfolglos blieben, ist obenerwähnte Verhandlungsfrist von drei Monaten abgelaufen

E. 13

Aus diesen Gründen sind die fernmelderechtlichen Voraussetzungen für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen gegeben. 2. Allgemeine Voraussetzungen für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen

E. 14

Mit dem Erlass von vorsorglichen Massnahmen soll die Wirksamkeit einer erst später zu treffenden definitiven Anordnung sichergestellt werden. Voraussetzungen dazu sind, dass (1) die Gesuchstellerin eine günstige Erfolgsprognose glaubhaft macht, dass (2) der Gesuchstellerin ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht, dass (3) die anzuordnenden Massnahmen dringend und (4) verhältnismässig sind (vgl. Isabelle Häner, Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, in: Zeitschrift für schweizerisches Recht [ZSR] 116, 1997 II, S. 322 ff.) 5

Die Gesuchstellerin beantragt den Erlass von zwei Arten von vorsorglichen Massnahmen. Einerseits verlangt sie, dass ihr die Interkonnektionsdienstleistungen weiterhin angeboten werden. Andererseits beantragt sie eine Preisreduktion der verlangten Interkonnektionsdienstleistungen. (...)

E. 15

(...)

E. 16

Nachfolgend wird geprüft, ob die allgemeinen Voraussetzungen für den Erlass einer vorsorglichen Verfügung zur Sicherstellung der Interkonnektion gegeben sind. (...)

E. 17

(...)

E. 18

Nachdem die Marktbeherrschung der Gesuchsgegnerin gemäss Ziff. 8 als gegeben erachtet wird, ist die Gesuchsgegnerin verpflichtet, anderen Fernmeldedienstanbieterinnen Interkonnektion gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG in Verbindung mit Art. 29 ff. FDV zu gewähren. Die Erfolgsprognose für das Hauptverfahren ist daher offensichtlich positiv.

E. 19

(...) Der Gesuchstellerin würde ohne die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme zur Sicherstellung der Interkonnektion während des hängigen Verfahrens dadurch ein nicht leicht wieder gutzumachender 6

Nachteil erwachsen, dass sie damit ihren Kunden keine End-zu-End-Telefonie mehr anbieten könnte, verfügt sie doch selber über kein flächendeckendes öffentliches Telefonnetz.

E. 20

(...)

E. 21

Da der Interkonnektionsvertrag zwischen der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin Ende April 1998 ausläuft, muss unverzüglich die Sicherstellung der Interkonnektion angeordnet werden, da die Gesuchsgegnerin ansonsten nicht mehr verpflichtet wäre, der Gesuchstellerin Interkonnektion zu gewähren.

E. 22

Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen ist verhältnismässig, wenn die Massnahmen geeignet sind, den wahrscheinlich eintretenden Nachteil abzuwenden, wenn sie erforderlich sind und wenn die Interessen an der Anordnung solcher Massnahmen die entgegenstehenden Interessen überwiegen.

E. 23

Diese Voraussetzungen können ohne weiteres als vollständig erfüllt betrachtet werden. Dies schon deshalb, weil die Interessen der Gesuchstellerin an einer Verpflichtung der Gesuchsgegnerin zur Gewährleistung der Interkonnektion diejenigen der Gesuchsgegnerin eindeutig überwiegen, wäre es jener doch ohne Sicherstellung der Interkonnektion nicht mehr möglich, den Kunden ihre Dienstleistungen anzubieten.

E. 24

Die allgemeinen Voraussetzungen zum Erlass der vorsorglichen Massnahme, mit welcher die Gesuchsgegnerin verpflichtet wird, der Gesuchstellerin Interkonnektion zu gewähren, sind damit erfüllt.

E. 25

In einem zweiten Schritt wird nun geprüft, ob die allgemeinen Voraussetzungen für den Erlass einer vorsorglichen Massnahme zur Festsetzung eines Interkonnektionspreises

gegeben sind.

E. 26

Im Rahmen der Erfolgsprognose wird geprüft, ob die Wahrscheinlichkeit besteht, dass die von der Gesuchstellerin für die vorsorglichen Massnahmen gestellten Rechtsbegehren durch den später zu fällenden Hauptentscheid bestätigt werden (Kölz/Häner, a.a.O.). 7

Gestützt auf Art. 11 Abs. 1 FMG in Verbindung mit Art. 34 und 65 FDV müssen sich die Preise der Gesuchstellerin für die zu gewährenden Interkonnectionsdienstleistungen an den Kosten orientieren. Nachfolgend muss also bis zum definitiven Entscheid im Hauptverfahren in einer summarischen Überprüfung darüber befunden werden, ob die Kostenorientierung der fraglichen Preise wahrscheinlich ist und genügend glaubhaft gemacht wurde.

E. 27

(...)

E. 28

(...) Die Gesuchsgegnerin [hat] mit den eingereichten Unterlagen nicht genügend dargetan und glaubhaft gemacht (...), ob und inwiefern sich ihre Preise tatsächlich an den Kosten orientieren. Dies ist aufgrund der Komplexität der Materie offensichtlich sehr schwierig und eine profunde Analyse der noch einzureichenden Buchhaltungsunterlagen kann erst im Hauptverfahren durchgeführt werden. Anhaltspunkte dafür, dass die Preise der Gesuchsgegnerin nicht kostenorientiert sind, geben aber insbesondere Vergleiche mit dem Ausland. So hat das BAKOM im letzten Jahr OVUM, eine auf derartige Fragen spezialisierte englische Beraterfirma, unter anderem beauftragt, Interkonnectionspreise in bereits liberalisierten Ländern zu erfassen und miteinander zu vergleichen. Die gestützt auf diesen Vergleich für die Schweiz errechneten und von OVUM[84] ”

target=_blank><http://www.bakom.ch/ger/subsubpage/document/258/1243>.

vorgeschlagenen Interkonnectionspreise liegen um bis zu 30% unter den von der Gesuchsgegnerin angebotenen Preisen. Auch die oberste Limite des von der Europäische Union (EU) empfohlenen Preisbandes liegt noch deutlich unter dem Angebot der Gesuchsgegnerin. Die ComCom erachtet es nach einer summarischen Prüfung der eingegangenen Rechtsschriften und Beilagen daher als durchaus möglich bis wahrscheinlich, dass die Preise der Gesuchsgegnerin für die angebotenen Interkonnectionsdienstleistungen nicht vollumfänglich kostenorientiert sind. Es besteht eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass die Preise im Hauptverfahren korrigiert werden müssen, weshalb eine vorsichtig positive Erfolgsprognose gestellt werden kann. Die Gesuchsgegnerin bestreitet überdies die Gesetzmässigkeit der in Art. 47 Abs. 3 FDV enthaltenen Beweislastregelung. Diese verpflichtet die marktbeherrschende Anbieterin, die Einhaltung der Kostenorientierung nach Art. 34 nachzuweisen, ansonsten die ComCom die Bedingungen nach markt- und branchenüblichen Vergleichswerten verfügt. Art. 47 Abs. 3 FDV präzisiert, dass die marktbeherrschende Anbieterin beweispflichtig ist. Art. 11 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 34 bzw. 65 FDV verpflichtet die marktbeherrschende Anbieterin zu kostenorientierter Preisgestaltung. Die explizite Umkehr der Beweislast gemäss Art. 47 Abs. 3 FDV folgt aus naheliegenden Gründen, würde sich die verpflichtete Anbieterin doch wohl kaum in ihre Geschäftsbücher sehen lassen, damit ihr 8

allenfalls das Nichteinhalten der Verpflichtung zu kostenbasierenden Interkonnektionstarifen nachgewiesen werden könnte. Dem Argument der Gesuchsgegnerin kann daher nicht gefolgt werden.

E. 31

Die erste Phase der Marktöffnung ist für die Entstehung eines wirksamen Wettbewerbes tatsächlich entscheidend. Die Markteintrittsbedingungen müssen für die neuen Teilnehmerinnen so früh als möglich bekannt sein. Eine vernünftige Positionierung auf dem Markt setzt zweifelsohne wettbewerbsfähige Interkonnektionsbedingungen voraus. Darunter sind nicht nur die technischen und administrativen Interkonnektionsbedingungen zu verstehen, sondern insbesondere auch realistische Interkonnektionspreise. Ansonsten wird der Markteintritt für neue Anbieterinnen zunehmend erschwert und es besteht die Gefahr der Etablierung von faktischen Monopolen, welche von neuen Konkurrentinnen nur schwer durchbrochen werden können. Der Markteintritt oder die Etablierung auf dem Markt darf durch Verzögerungen oder längerfristige Unsicherheiten in diesem Bereich in keiner Weise erschwert oder behindert werden. Die bereits aktiven und potentiellen neuen Teilnehmerinnen am Fernmeldemarkt müssen ihre Strategien, ihre Business-Pläne und ihre Wirtschaftlichkeitsberechnungen zur Sicherung eines kritischen Marktanteils auf möglichst von Anfang an verlässliche Grundlagen abstützen können. Der Gesuchstellerin würde deshalb ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil erwachsen, wenn nicht sofort Interkonnektionspreise verfügt würden. Inwiefern dadurch Wettbewerbsverzerrungen entstehen könnten, ist nicht ersichtlich. Im Übrigen ist die Argumentation der Gesuchsgegnerin, wonach durch die Preisfestsetzung andere Anbieterinnen diskriminiert werden, nicht durchschlagend. Es erwächst ihr dadurch insbesondere kein Nachteil. Falls die Gesuchstellerin aufgrund eines vorsorglich tieferen Interkonnektionstarifes ihren Kunden einen günstigeren Tarif «weitergeben» würde, würde sie dies auf eigenes Risiko des Unterliegens im Hauptverfahren tun. Ob eine in Frage stehende Verfügung der ComCom eine Diskriminierung der andern Anbieterinnen bedeuten würde, muss daher offen bleiben. Andern Anbieterinnen bleibt es indessen anheim gestellt, bei den gegebenen Voraussetzungen ebenfalls ein Verfahren mit den entsprechenden Risiken anzustreben.

E. 32

Die Dringlichkeit ergibt sich aus der Wichtigkeit der momentanen ersten Phase der Marktöffnung. Es entsprach dem Willen des Gesetzgebers, mit dem Entscheid für die Liberalisierung des Fernmeldemarktes und dem Erlass des neuen Fernmeldegesetzes auf den 1. Januar 1998 möglichst rasch einen funktionierenden Wettbewerb zu ermöglichen. Dazu hat er 9

die Verhandlungsfrist zwischen der zur Interkonnektion verpflichteten Anbieterin und der Anfragerin, nach der die ComCom um eine Verfügung der entsprechenden Bedingungen ersucht werden kann, mit drei Monaten sehr kurz gehalten (Art. 11 Abs. 3 FMG). Dass eine rasche Umsetzung der Liberalisierung und Einführung eines funktionierenden Wettbewerbes dem Gesetzgeber wichtig waren, zeigt sich auch daraus, dass er die ComCom ermächtigt hat, in diesen Fällen auf Gesuch hin oder sogar von Amtes wegen vorsorgliche Massnahmen zu treffen.

E. 33

Zunächst ist zu prüfen, ob die Anordnung des vorsorglichen Interkonnektionstarifes durch die ComCom geeignet ist, den ansonsten wahrscheinlich eintretenden Nachteil

abzuwenden. Durch die vorsorgliche Verfügung der durch die ComCom bestimmten Interkonnectionspreise kann der von der Gesuchstellerin befürchtete Nachteil, dass durch die angeblich zu hohen Tarife der Liberalisierungsprozess in der Schweiz auf Weiteres in Frage gestellt wird, ausgemerzt werden, so dass diese Massnahme ein geeignetes Mittel darstellt.

E. 34

Auch ist die Anordnung dieser Massnahme erforderlich, da ein geringeres Mittel nicht ausreicht, die in Frage stehenden Interessen der Gesuchstellerin zu schützen; sie stellt in diesem Sinne den geringstmöglichen Eingriff in die Rechte der Gesuchsgegnerin dar.

E. 35

Die vorsorgliche Festlegung der Interkonnectionstarife auf dem durch die ComCom bestimmten Niveau erscheint bei einer Abwägung der entgegenstehenden Interessen durchaus als verhältnismässig, werden doch damit Preise festgelegt, welche sich durchschnittlich ungefähr in der Mitte der entgegenstehenden Tarifvorstellungen befinden. Die Interessen der Gesuchstellerin an dieser vorsorglichen Massnahme überwiegen diejenigen der Gesuchsgegnerin indessen deutlich. Die Interessen der Gesuchsgegnerin erscheinen angesichts ihrer starken Stellung auf dem Markt und dem geringen Marktvolumen der Gesuchsgegnerin durch eine Preisreduktion nicht ernsthaft tangiert.

E. 36

Gestützt auf diese Ausführungen kommt die ComCom zum Schluss, dass die allgemeinen Voraussetzungen für den Erlass einer vorsorglichen Massnahme zur Senkung der Interkonnectionspreise erfüllt sind.

E. 37

Zum gleichen Resultat kommt man auch, wenn keine positive Erfolgsprognose betreffend die vorsorgliche Regelung der Interkonnectionstarife gestellt werden kann. Wenn weder eine überwiegend negative noch eine eindeutige, auf Gewissheit beruhende positive Prognose gestellt werden kann, muss der Nachteil, welcher die Vorwegnahme des Entscheidungsergebnisses zu rechtfertigen vermag, festgestellt und gewichtet werden. Dieser Nachteil ergibt sich daraus, dass im 10

Hinblick auf den Sinn und Zweck des anwendbaren Rechts im konkreten Fall ein Zuwarten nicht verlangt werden kann. Sodann ist die Wahrscheinlichkeit des Eintritts des Nachteils festzustellen und zwar zunächst nach dem Kausalverlauf sowie in zeitlicher Hinsicht (Dringlichkeit) und alsdann unter Einbezug der Erfolgsprognose. (...) Der so festgestellte und bewertete potentielle Nachteil wird im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung mit den entgegenstehenden Interessen abgewogen (Isabelle Häner, a.a.O., S. 324 f.). In diesen Fällen muss also zunächst eine Gewichtung der durch einen vorsorglichen Entscheid zu befürchtenden Nachteile vorgenommen werden.

E. 38

Die Beurteilung des nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils hat gezeigt, dass die Nachteile der Gesuchstellerin diejenigen der Gesuchsgegnerin überwiegen, falls die in Frage stehenden Interkonnectionstarife weiterhin auf dem bisherigen Niveau bleiben und nicht vorsorglich gesenkt werden.

E. 39

Die Wahrscheinlichkeit des Eintritts dieses Nachteils für die Gesuchstellerin erscheint der ComCom als kausal gegeben, da insbesondere die erste Phase der Marktöffnung für die Entstehung eines wirksamen Wettbewerbes für Telefondienstleistungen als zentral erachtet wird. Hieraus ist auch die zeitliche Dringlichkeit einer vorsorglichen Anordnung für den drohenden Nachteil ersichtlich.

E. 40

Wie oben ausgeführt wiegt im Übrigen der Nachteil für die Gesuchstellerin schwerer, wenn die vorsorgliche Anordnung tieferer Interkonnectionspreise unterbleibt als für die Gesuchsgegnerin, wenn diese Massnahme angeordnet würde.

E. 41

Der potentielle Nachteil der Gesuchstellerin im Falle eines ausbleibenden vorsorglichen Entscheides über tiefere Interkonnectionspreise muss im Weiteren mit den entgegenstehenden Interessen abgewogen werden (Verhältnismässigkeitsprüfung).

E. 42

Mit Verweis auf die bereits vorgenommene Interessenabwägung unter

E. 43

Da die ComCom gemäss den vorstehenden Ausführungen die Voraussetzungen für die Verfügung von tieferen Interkonnectionspreisen als gegeben erachtet, bleibt in einem letzten Schritt noch die Festsetzung derselben. Die festgesetzten Preise basieren auf der bereits erwähnten OVUM-Studie «Interconnect in Switzerland»[85]. Als Richtwert wird ein Benchmark-Grundtarif bestimmt, der auf dem Durchschnitt der 1997 von OVUM in den Ländern Dänemark, Frankreich, Niederlande, Spanien, Schweden, England und USA erhobenen Tarife basiert. Die Festlegung von Tarifen nach dem Benchmark-Prinzip wird auch im Ausland generell als Bewertungsgrundlage akzeptiert. Es geht hier zudem nicht bereits um eine definitive Festlegung von Interkonnectionspreisen gestützt auf Benchmarks, 11

sondern um einen Richtwert, welcher zur Überbrückung eines «rechts- bzw. preisfreien» Zeitraums dienen soll. Sobald die nötigen Unterlagen vorhanden und im Hauptverfahren analysiert worden sind, kann eine Festsetzung der Preise gestützt auf die ihnen zugrundeliegenden Kosten erfolgen, sofern die Gesuchsgegnerin die Kostenorientierung nicht nachweisen kann. Die spezielle Ausgangssituation der Gesuchsgegnerin, insbesondere im Zusammenhang mit der Bewältigung von Altlasten (z. B. Personalstatus, historisch bedingte Lieferanten-Parallelität im Bereich der Kommunikationsinfrastruktur) führt dazu, dass auf dem erwähnten Benchmark-Grundtarif von OVUM eine Art «Altlasten-Zuschlag» von 10% gewährt wird. Damit kann auch den Interessen der Gesuchsgegnerin Rechnung getragen werden. Der hier zur Anwendung kommende Benchmark-Grundtarif mit einem Zuschlag für Altlasten lässt sich im europäischen Vergleich durchaus rechtfertigen. So hat die EU am 11. März 1998 einen Tarifvergleich «1998 interconnection tariffs in member States» veröffentlicht, welcher zeigt, dass sich die von der ComCom festgelegten Preise im oberen Bereich der publizierten Tarifbandbreiten befinden. Sie weisen somit in Ermangelung echter ökonomischer Alternativgrundlagen einen durchaus repräsentativen und ausgewogenen Charakter auf. Die so vorsorglicherweise festgesetzten Interkonnectionspreise liegen zudem durchschnittlich ungefähr im Mittel zwischen den von der Gesuchstellerin verlangten und den von der Gesuchsgegnerin angebotenen Preisen.

E. 47

Ausserdem macht die Gesuchsgegnerin geltend, auch eine nicht marktbeherrschende Anbieterin sei gemäss Art. 11 Abs. 2 FMG zur Interkonnektion verpflichtet. Sie sei aber mangels Verweis in Art. 37 FDV auf Art. 34 FDV nicht verpflichtet, eine kostenorientierte Preisgestaltung im Sinne dieses Artikels zu gewähren, so dass die Gesuchstellerin bei einer Verfügung eines tieferen Interkonnektionspreises einen doppelten Vorteil hätte. Sie stellt demgemäss das Rechtsbegehren, dass im Falle einer Preissenkungsverfügung durch die ComCom die Preise der Gesuchstellerin für die betreffenden Interkonnektionsdienstleistungen im gleichen Umfang zu senken seien wie diejenigen der Gesuchsgegnerin. Sie verweist denn auch auf den zwischen den Parteien abgeschlossenen Interkonnektionsvertrag vom 19. Dezember 1997, in welchem die Reziprozität zwischen den Preisen für die Dienste Termination und Carrier Selection vereinbart worden ist. Die ComCom sieht mithin keinen Grund, im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen von dieser Reziprozität abzuweichen und verpflichtet die Gesuchstellerin, Gegenrecht zu halten. Tabelle der verfügbaren Interkonnektionspreise der Dienste «Call Termination» und «Carrier Selection» ab dem 1. Mai 1998: 12

PSTN Interconnection Terminating Service (in CHF) Average IC-Charge Call Termination
Regional Regional Terminating Service night off-peak peak charge per minute¹, CHF/100
0.68 1.39 2.77 set-up charge², CHF/100 0.55

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.