

CH_VB JAAC 65.28 vom 18. September 1998

Bundesverwaltung, 1998-09-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch_vb_JAAC_65.28__

FR: CH_VB JAAC 65.28 du 18 septembre 1998

IT: CH_VB JAAC 65.28 del 18 settembre 1998

Erwägungen

E. 1

Fernmelderechtliche Voraussetzungen für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen 7. 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 Interkonnektion zu gewähren (Art. 11 Abs. 1 FMG). Die Parteien sind aber grundsätzlich selber für die vertragliche Ausgestaltung ihrer Interkonnektionsbeziehungen verantwortlich. Die Eidgenössische Kommunikationskommission (ComCom) schreitet nur dann ein, wenn zwischen den Parteien innert drei Monaten nach

E. 2

Verhandlungsaufnahme keine Einigung zustande kommt und eine Partei ein Gesuch um Erlass einer Interkonnektionsverfügung bzw. von vorsorglichen Massnahmen einreicht (Art. 11 Abs. 3 FMG). 8. 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 die Parteien

E. 2.1

Grundsatz

E. 2.2

Erfolgsprognose 38. 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 (Alfred Kölz / Isabelle Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, Zürich 1993, Rz. 146). 5

Gestützt auf Art. 11 Abs. 1 FMG in Verbindung mit Art. 34 bzw. Art. 65 FDV müssen sich die Preise der Gesuchstellerin für die zu gewährenden Interkonnektionsdienstleistungen 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. 39.-40. (...) 41. Die ComCom stützte sich in ihrem Entscheid vom 29. April 1998 vorwiegend auf einen Bericht der englischen Beraterfirma OVUM und den darin vorgenommenen Vergleich mit den umliegenden europäischen Ländern sowie das von der Europäischen Union (EU) empfohlene Preisband. Wie bereits erwähnt hat die

Gesuchsgegnerin inzwischen die Interkonnektionstarife für alle ihre Interkonnektionspartner gesenkt, so dass die Differenz zwischen diesen Tarifen und der Grössenordnung der durch die ComCom vorsorglich verfügbaren Interkonnektionspreisen sich bedeutend verkleinert hat. Folgende Tabelle zeigt die nunmehr geringeren Differenzen zwischen den durch die ComCom am 29. April 1998 verfügbaren Interkonnektionspreisen und den letzten Preisreduktionen der Gesuchsgegnerin vom 16. Juni 1998 für diejenigen Dienste, für welche eine vorsorgliche Verfügung erlassen wurde: 6

Dienst	Termination	Origination	National	or regional	Regional	National	Regional
National	Preis für 3 Minuten-Gespräch	CHF/100	pro Minute	CHF/100	pro Minute	CHF/100	pro Minute
Tageszeit	Rate	Peak	Off-Peak	Night	Peak	Off-Peak	Night
ComCom	3;50	1;75	0;87	5;23	2;61	1;31	4;01
G'gegnerin	4;04	2;02	1;01	5;57	2;79	1;39	4;39
Differenz in %	2;20	1;09	5;91	2;96	1;48	15;43	15;43
	16;09	6;50	6;90	6;11	9;48	10;00	9;00
	2;25	2;42	2;78	7			

Da eine Beurteilung über die Wahrscheinlichkeit, ob sich vorsorglich verfügte Interkonnektionstarife im Hauptverfahren bestätigen werden, unter diesen Umständen kaum gemacht werden kann, muss eine Erfolgsprognose an dieser Stelle offen bleiben.

E. 2.3

Nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil Bei der Frage nach dem nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil wird geprüft, ob bei einem Unterbleiben des Erlasses von vorsorglichen Massnahmen der Gesuchstellerin ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht. (...) Wie oben erwähnt, sind die Interkonnektionstarife der Gesuchsgegnerin im Juni 1998 gesenkt worden und auf den zwischen den Parteien bestehenden Interkonnektionsvertrag anwendbar. Die Preisdifferenzen zwischen diesen Preisen und der Grössenordnung der von der ComCom im April 1998 verfügbaren vorsorglichen Interkonnektionstarifen haben sich daher inzwischen bedeutend verkleinert. Dementsprechend hat sich auch der bestehende Unsicherheitsfaktor bei den Vertrags- und Verhandlungspartnern der Gesuchsgegnerin verkleinert. Es kann von daher mittels vorsorglicher Preisregelung nicht unbedingt auf verlässlichere Grundlagen abgestellt werden, als dies bei den momentan gültigen bzw. der Gesuchstellerin offenstehenden Interkonnektionstarifen der Fall wäre. Auch erscheint ein allfälliger Rückerstattungsanspruch der Gesuchstellerin im Falle der Abweisung des Gesuches um vorsorgliche Herabsetzung der ersuchten Interkonnektionstarife nicht als gefährdet. Insgesamt ist ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil bei Ausbleiben von vorsorglichen Massnahmen nicht ersichtlich.

E. 2.4

Dringlichkeit Dringlichkeit liegt dann vor, wenn davon ausgegangen werden muss, dass ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil vor Erlass des Hauptentscheides eintreten wird. Die Gesuchstellerin begründet die Dringlichkeit mit der Wichtigkeit der ersten Phase der Marktöffnung. Es entspreche der Ratio des Gesetzes, so rasch als möglich einen funktionierenden Wettbewerb zu ermöglichen. Mittels einer vorsorglichen Verfügung von realistischen Interkonnektionspreisen könne verhindert werden, dass der Liberalisierungsprozess durch die zu hohen Tarife der Gesuchsgegnerin weiter in Frage gestellt bzw. verhindert werde. Die Gesuchsgegnerin entgegnet demgegenüber, der Markteintritt der Gesuchstellerin habe bereits stattgefunden und es gehe im Hauptverfahren

einzig um die Höhe der Preise gewisser Dienstleistungen, welche bereits erbracht würden. 8

In der Tat geht es im vorliegenden Fall «lediglich» um die vorsorgliche Festlegung der Preise für bestimmte Interkonnectionsdienste. Die Gesuchstellerin kann auch ohne den Erlass vorsorglicher Massnahmen weiterhin auf dem Markt mit den bisherigen Diensten auftreten, ohne dass die für die Gesuchstellerin gültigen Interkonnectionstarife die Sicherstellung der Interkonnection und damit ihren Marktauftritt in Frage stellen würden. Die Dringlichkeit von vorsorglichen Massnahmen muss dementsprechend verneint werden.

E. 2.5

Verhältnismässigkeit 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. (...) Wie oben dargelegt ist die Gesuchstellerin mit dem vorhandenen Interkonnectionsvertrag in der Lage, auf dem Markt aufzutreten. Ein durch die allenfalls übersetzten Preise drohender Nachteil könnte durch vorsorgliche Massnahmen nicht substantiell abgewendet werden, da die Gesuchstellerin grundsätzlich auch mit einem Unterliegen in der Hauptsache rechnen muss, bei einem Obsiegen aber einen Differenzanspruch geltend machen kann. Auch kann nicht behauptet werden, dass die vorsorglichen Massnahmen im hängigen Streitverfahren erforderlich sind, da kein geringeres Mittel vorhanden sei, um den allenfalls eintretenden Nachteil abzuwenden. Denn gerade die Rückwirkung der in einem Endentscheid verfüigten Preise ist das geeignete Mittel, um einen monetären Schaden während des Verfahrens zu beheben. Es fragt sich weiter, ob die Interessen der einen Partei die entgegenstehenden Interessen der andern Partei überwiegen. Die Preise, welche auf den zwischen den Parteien bestehenden Interkonnectionsvertrag mit der letzten Preissenkung der Gesuchsgegnerin mit Wirkung auf den 1. April 1998 anwendbar sind und die Grössenordnung der durch die ComCom verfüigten Tarife divergieren nicht sehr stark. Von daher kann ein überwiegendes Interesse einer Partei nicht ausgemacht werden. 3. Würdigung Gestützt auf diese Ausführungen kommt die ComCom zum Schluss, dass auch die allgemeinen Voraussetzungen für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen zur Senkung der Interkonnectionspreise im vorliegenden Fall nicht erfüllt sind. Diese Schlussfolgerung hält auch im Lichte derjenigen Verfügung stand, welche die ComCom im Präzedenzfall vom 29. April 1998 verfügt hat. Wie bereits erläutert, lagen in diesem Fall die Verhältnisse völlig anders: 9

Zum einen handelte es sich beim zwischen diesen beiden Parteien zur Zeit der Gesuchseinreichung noch gültigen Vertrag um einen befristeten Interkonnectionsvertrag, welcher Ende Monat auslief, so dass die physische Interkonnection durch die ComCom sichergestellt werden musste. Zum andern zeigte damals ein Vergleich der Interkonnectionstarife der Gesuchstellerin mit dem europäischen Ausland sowie dem von der EU dafür empfohlenen Preisband, dass sich die Differenz auch mit den schweizerischen Verhältnissen und dem entsprechenden Fernmelderecht nicht rechtfertigen lässt. Dieses lässt beispielsweise einen verhältnismässigen Zuschlag der auf altrechtliche Auflagen zurückzuführenden Altlasten zu (Art. 65 Bst. e FDV). Diese Diskrepanz ist mit der Preissenkung, welche die Gesuchsgegnerin rückwirkend auf den 1. April 1998 allen ihren Interkonnectionspartnern zugestanden hat, stark abgeschwächt worden. Die Gewährleistung der Interkonnection wird damit nicht mehr insofern in Frage gestellt, dass deshalb vorsorgliche Interkonnectionstarife verfügt werden müssten. Auch liegen die Verhältnisse im Vergleich zum oben erwähnten Präzedenzfall dadurch anders, als die Gesuchstellerin in

gewisser Weise allenfalls von einem Endentscheid in jenem Interkonkktionsverfahren profitieren kann, wurde doch folgende Klausel in den Interkonkktionsvertrag zwischen der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin aufgenommen: «Sollte die zuständige Behörde in einem ordentlichen Verfahren auf Begehren eines Dritten in einem rechtskräftigen Endentscheid die Preise bezüglich einer oder mehrerer Dienstleistungen einer PARTEI neu festsetzen, so hat die andere PARTEI das Recht, die entsprechenden Dienstleistungen zu den neuen Preisen ab dem Zeitpunkt des rechtskräftig festgesetzten Wirksamwerdens der neuen Preise zu beziehen.» Sollten also in jener Interkonkktionsstreitigkeit rückwirkend tiefere Preise verfügt werden, so wird auch die Gesuchstellerin rückwirkend in den Genuss dieser tieferen Preise gelangen. [86]84 Oben S. 271. 10

Schweizerisches Bundesarchiv, Digitale Amtsdrukschriften Archives fédérales suisses, Publications officielles numérisées Archivio federale svizzero, Pubblicazioni ufficiali digitali JAAC 65.28 - Entscheid der Eidgenössischen Kommunikationskommission vom 18. September 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 150 005 135 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. 3

Monate erfolglos verhandelt haben und dass ein entsprechendes Gesuch einer Partei vorliegt. 9. Fernmeldedienstanbieterin ist, wer Dritten die fernmeldetechnische Übertragung von Informationen anbietet (Art. 3 Bst. b FMG). In dieser Eigenschaft ist sie nach Art. 4 FMG entweder der Konzessions- oder Meldepflicht unterstellt. Ausnahmen regelt Art. 3 der Verordnung vom

E. 6

Oktober 1997 über Fernmeldedienste (FDV, SR 784.101.1).

E. 10

Der Gesuchstellerin wurde als konzessionspflichtiger Fernmeldedienstanbieterin am 23. April 1998 eine Bewilligung zur vorläufigen Ausübung der entsprechenden Tätigkeit gemäss Art. 69 FDV erteilt. Sie ist somit interkonkktionsberechtigt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 FMG in Verbindung mit Art. 31 FDV.

E. 11

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 Wettbewerbskommission vom 5. Mai 1997) gestützt, welcher feststellte, dass die Gesuchsgegnerin auf dem schweizerischen Telefonimarkt 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 Interkonnektion zu kostenorientierten Preisen verpflichtet ist (Art. 11 Abs. 1 FMG).

E. 12

Die Parteien haben am 16. Januar 1998 eine Vereinbarung für die Pilot- und Einführungsphase geschlossen, welche durch die Interkonnektionsvereinbarung vom 9. April 1998 abgelöst wurde. Die Gesuchstellerin verlangte mit Schreiben vom 27. April 1998 gemäss Ziff. 12.5 dieser Vereinbarung die Anpassung der Preise für sämtliche in Annex 1 genannten Dienstleistungen per 30. Juni 1998. Die damit initialisierten Neuverhandlungen führten in der Folge jedoch zu keiner Einigung, weshalb 3

sich die Gesuchstellerin nach Ablauf der dreimonatigen Verhandlungsfrist von Art. 11 Abs. 3 FMG zur Einreichung eines Gesuches um Erlass einer Verfügung auf Interkonnektion entschloss.

E. 13

Beim zwischen den Parteien abgeschlossenen Interkonnektionsvertrag vom 9. April 1998 handelt es sich um eine auf unbestimmte Dauer abgeschlossene Vereinbarung, welche unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von zwölf Monaten auf Ende eines Monats gekündigt werden kann.

E. 14

Sofern eine Regelung zwischen den Parteien während eines Interkonnektionsverfahrens weiter besteht, so bedarf es für dieses Verfahren in der Regel keiner vorsorglichen Massnahmen. Die ComCom schreitet bei Bestehen eines zwischen den Parteien ausgehandelten Interkonnektionsvertrages nicht ohne Not ein. Dies ergeht einerseits aus dem Grundgedanken des Fernmeldegesetzes, nämlich dem Vorrang der privatrechtlichen Ausgestaltung der Interkonnektionsvereinbarung. So hält die Botschaft zum neuen FMG (Botschaft zum revidierten Fernmeldegesetz vom 10. Juni 1996, BBl 1996 III 1405) unter «Interkonnektion» (a.a.O., 1427) Folgendes fest: «Zur Durchsetzung der Interkonnektionspflicht interveniert die Kommunikationskommission nur subsidiär. Die Vertragsfreiheit unter den Beteiligten geht dem behördlichen Eingriff vor». Andererseits hält Art. 44 FDV explizit fest, dass die Kommission von Amtes wegen oder auf Begehren einer Partei vorsorgliche Massnahmen verfügen kann, um die Interkonnektion während des Verfahrens sicherzustellen. Die ComCom verfügt vorsorgliche Massnahmen damit grundsätzlich nur in den Fällen, in denen die entsprechende Sicherstellung während des Verfahrens mangels physischer Interkonnektion oder wegen exorbitanten Interkonnektionstarifen nicht gewährleistet ist.

E. 15

Im Übrigen erhellt aus Ziff. 12.5 des bestehenden Interkonnektionsvertrages zwischen den Parteien, dass die letzte «Standard Offer» der Gesuchsgegnerin - ein Standardangebot von Interkonnektionsdiensten, welche sie jeweils allen potentiellen Partnern von Interkonnektionsverträgen anbietet - vom 16. Juni 1998, bzw. vom 6. Juli 1998 automatisch für diesen Vertrag anwendbar wird. Dies ergeht in klarer Weise aus dem dortigen Text: «Sollte eine der Parteien ihre Preise bezüglich einer oder mehrerer DIENSTLEISTUNGEN standardmässig während der Dauer dieser VEREINBARUNG ändern, so hat die andere

PARTEI das Recht, die entsprechenden DIENSTLEISTUNGEN zu den neuen Preisen ab deren Gültigkeit zu beziehen.» (Hervorhebung durch die ComCom) Bei der Gesuchstellerin bestand offensichtlich eine Verunsicherung bezüglich der Möglichkeit, diese neuen Interkonnektionspreise zu akzeptieren, da mit Art. 11 Abs. 3 FMG die dreimonatige Verhandlungsfrist, welche für die Einreichung des entsprechenden Gesuches respektiert werden muss, nicht gefährdet werden sollte. Dadurch, dass der zwischen den Parteien bestehende Interkonnektionsvertrag nach wie vor in Kraft ist, ist auch obenerwähnte Klausel der Ziff. 12.5 ohne weiteres anwendbar, so dass die Interkonnektionstarife des neusten 4

Standardangebotes der Gesuchsgegnerin rückwirkend bereits ab dessen Inkrafttreten, also ab dem 1. April 1998, für die Gesuchstellerin anwendbar sein müssen.

E. 16

Die für die Gesuchstellerin gültigen Interkonnektionstarife bewegen sich nahe der Grössenordnung der durch die ComCom in ihrer vorsorglichen Verfügung für die dort verlangten Dienste erlassenen Preise (Entscheid der Eidgenössischen Kommunikationskommission vom 29. April 1998, VPB 65.27[86]). Hiezu wird unten noch ausführlicher Bezug genommen.

E. 17

Durch das Bestehen eines zwischen den Parteien in Kraft stehenden Interkonnektionsvertrages, der nicht Preise enthält, welche die Sicherstellung der Interkonnektion im Sinne von Art. 11 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 44 FDV in Frage stellen, sind die fernmelderechtlichen Voraussetzungen für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen nicht gegeben.

E. 18

Zum selben Resultat gelangt man auch, wenn man die allgemeinen Voraussetzungen für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen überprüft. 2. Allgemeine Voraussetzungen für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen

E. 19

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.). Die Gesuchstellerin beantragt den Erlass von vorsorglichen Massnahmen betreffend diverse Interkonnektionstarife und behauptet implizit auch die Gefährdung der Sicherstellung der Interkonnektion. Nachfolgend wird aufgezeigt, dass die allgemeinen Voraussetzungen für die vorsorgliche Festsetzung der von der Gesuchstellerin beantragten Interkonnektionstarife nicht erfüllt sind.