

COMCOM interkonnektion-verfügung-der-bedingungen-der-nummernportabilität-2006-07-03-df11d1 vom 3. Juli 2006

ComCom, 2006-07-03, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/comcom_interkonnektion-verfügung-der-bedingungen-der-nummernportabilität-2006-07-03-df11d1

FR: COMCOM

interkonnektion-verfügung-der-bedingungen-der-nummernportabilität-2006-07-03-df11d1 du 3 juillet 2006

IT: COMCOM

interkonnektion-verfügung-der-bedingungen-der-nummernportabilität-2006-07-03-df11d1 del 3 luglio 2006

Erwägungen

E. 1

Die Funktionsweise der Portierung wird im Anhang zum Schreiben der Instruktionsbehörde vom 26. Januar 2006 zur Orientierung der Preisüberwachung eingehend beschrieben (act. 62 Anhang Ziff. 2).

5/22

E. 2

Verhandlungsprimat Gemäss Art. 11 Abs. 3 Satz 1 FMG haben die Parteien zunächst drei Monate zu verhandeln, bevor die Streitsache der ComCom zur Beurteilung vorgelegt werden kann (sog. Verhandlungsprimat). Die dreimonatige Verhandlungsfrist kann als Prozessvoraussetzung sui generis betrachtet werden. Mit Schreiben vom 12. Januar 2004 (act. 2/2) verlangte die Gesuchstellerin eine Anpassung der von der Gesuchsgegnerin per 1. Januar 2004 offerierten Interkonnektionspreise und die Aufnahme entsprechender Verhandlungen. Der vorliegend strittige Dienst wird von der Gesuchsgegnerin seit jeher in ihrem Interkonnektionsstandardangebot (Interconnection Standard Offer) geführt. Es ist somit davon auszugehen, dass die dreimonatige Verhandlungsfrist mit Einreichung des Gesuches vom 19. August 2004 (bei der Instruktionsbehörde am 23. August 2004 eingegangen; act. 1) abgelaufen ist. Die Gesuchsgegnerin macht dagegen geltend, dass sie sich bezüglich der Preise für das Jahr 2003 und 2004 mit der Gesuchstellerin geeinigt hätte. Zumindest habe diese den Preisanpassungen nicht innert der vertraglich vorgesehenen Frist von einem Monat widersprochen (act. 10 Rz. 5 ff., act. 11/3). – Wie unter Ziff. 4.2.1 dargelegt, ist der Portierungspreis 2003 nicht Verfahrensgegenstand. Was den Preis 2004 betrifft, ist der Argumentation der Gesuchsgegnerin entgegen zu halten, dass der im massgeblichen Zeitpunkt (um den 12. Januar 2004, Verhandlungsaufnahme) relevante Interkonnektionsvertrag (Version 5.6) nicht grundsätzlich ausschliesst, dass zunächst akzeptierte Preise zu einem späteren Zeitpunkt wieder zum Gegenstand von Verhandlungen gemacht werden. Dies erscheint für Dauerschuldverhältnisse geradezu typisch. Vorliegend ist somit anzunehmen, dass die durch stillschweigendes Akzept gefundene Einigung durch die Aufnahme neuer Gespräche im Umfang des Verhandlungsgegenstandes entfallen ist.² Die Unterzeichnung der heute geltenden Vertragsversion 6.0 (act. 2/7 S. 4 und Rückseite derselben) am 28. April resp. 4. Mai 2004 steht dem nicht entgegen, umso mehr die Unterzeichnung seitens der Gesuchstellerin mit einem klaren Vorbehalt hinsichtlich der

Portierungsgebühren erfolgte (vgl. dazu auch act. 2/4). Genauso wenig kann dem von der Gesuchsgegnerin ins Feld geführten Argument eines "Industrie- Kompromisses" gefolgt werden, wonach der strittige Preis in der Höhe von Fr. 31.-- sozusagen auf einer Branchenvereinbarung beruhe, welche der Arbeit der Headgroup Number Portability, einer Industriearbeitsgruppe, entsprungen sein soll (act. 10 Rz. 4). Wie und in welcher Form dieser Kompromiss zustande gekommen sein soll, ist weder der ComCom noch der (Antrag stellenden) Instruktions- behörde bekannt, und wird von der Gesuchsgegnerin auch nicht näher substantiiert. Ohnehin wäre fraglich, inwiefern ein wie auch immer gearteter Kompromiss für die Gesuchstellerin heute bindend sein sollte.

E. 3

Pflicht zur Nummernportabilität Art. 28 Abs. 4 FMG verpflichtet grundsätzlich alle Anbieterinnen von Fernmeldediensten zur Sicher- stellung der Nummernportabilität, wobei die Regelung der Einzelheiten an die ComCom delegiert wird. Die Nummernportabilität wurde erst im Rahmen der parlamentarischen Beratung ausdrücklich ins Gesetz aufgenommen. In Art. 3 bis 5 der ComComV wird die vorliegend interessierende Anbieterpor- tabilität konkretisiert. Dabei wird in Art. 5 ComComV insbesondere auch die zwischen den Parteien strittige Kostentragung verbindlich geregelt (dazu nachfolgend Ziff. 4). Die Anbieterportabilität stellt ein wichtiges Instrument dar, um die Kundenbindung an eine bestimmte Dienstanbieterin zu lockern und damit den Wettbewerb im Sinne von Art. 1 Abs. 2 lit. c FMG zu erleichtern (PETER R. FISCHER/OLIVER SIDLER, Fernmelderecht, in: ROLF H. WEBER [Hrsg.], Informations- und Kommunikationsrecht, SBVR

2 Insofern erübrigt sich auch, dem Einwand der Gesuchstellerin nachzugehen, ihr sei die Preisofferte 2004 nicht in vertrags- und gesetzeskonformer Weise zugestellt worden (act. 1 Rz. 17). Immerhin darf festgestellt werden, dass die Gesuchsgegnerin eine Kopie des entsprechenden eingeschriebenen Begleitschreibens (act. 11/3) einge- reicht hat, wenn auch ohne Zustellbestätigung. Ebenso wenig braucht auf die von der Gesuchstellerin geltend gemachten zivilrechtlichen Willensmängel (Grundlagenirrtum und Täuschung) eingegangen zu werden.

6/22

V/1, Basel/Genf/München 2003, Rz. 292; FRANÇOIS MAURER/JEAN-MAURICE GEISER, Ressources d'adressage, portabilité des numéros et libre choix du fournisseur, in: ROLF H. WEBER [Hrsg.], Neues Fernmelderecht, Zürich 1998, S. 118). Sie ist somit wettbewerbspolitisch motiviert (so auch die WEKO in ihrem Gutachten, act. 40 Rz. 13 und 36). Daneben gibt es die geographische Nummernportabilität, welche von den Anbietern fakultativ angeboten werden kann und es den Teilnehmern ermöglicht, bei einer Änderung des Anschlussstandortes ihre Rufnummer zu behalten (Art. 6 ComComV). Sie inte- ressiert vorliegend nicht weiter. Ob die Nummernportabilität einen Interkonnektionssachverhalt darstellt – die Gesuchsgegnerin be- streitet dies wiederholt (act. 10 Rz. 12, act. 45 Ziff. 2.1) – resp. inwiefern die beiden Institute ineinan- der greifen, kann offen bleiben, da die Regeln der Interkonnektion bei der Frage der Kostentragung auf Grund des Verweises in Art. 5 Abs. 2 Satz 2 ComComV zur Anwendung kommen. Dies macht Sinn, da sowohl die Nummernportabilität als auch die Interkonnektion das Verhältnis zwischen Anbie- tern tangieren – die Interessenlagen mithin vergleichbar sind – und zudem beide Instrumente wette- werbspolitisch motiviert sind. Gemäss dem Wortlaut des Verweises kommen die Regeln der Interkon- nektion denn auch sinngemäss zur Anwendung, d.h. insofern und

soweit dies sachlich gerechtfertigt ist. Der Verweis bezieht sich gleichermassen auf materielle und prozessuale Vorschriften (vgl. dazu auch Ziff. 4.2.2.1).

E. 4

ECTRA, a.a.O., S. 38.

E. 4.1

Grundlagen

E. 4.1.1

Art. 5 ComComV Art. 28 Abs. 4 FMG begründet die Portierungspflicht für Fernmeldedienstanbieterinnen. Der Gesetzgeber überlässt die Regelung der Einzelheiten mit der Anweisung, dabei die technische Entwicklung und die internationale Harmonisierung zu berücksichtigen, der ComCom. Diese widmet in ihrer Verordnung zum Fernmeldegesetz den 2. Abschnitt der Nummernportabilität. Art. 5 ComComV regelt dabei die Kostentragung der Anbieterportabilität. Er lautet wie folgt:

Art. 5 Kosten 1 Die Fernmeldedienstanbieterinnen, die verpflichtet sind, die Nummernportabilität sicherzustellen, tragen die Kosten für deren Realisierung. 2 Sie können von der neuen Anbieterin finanzielle Beiträge zur Deckung der mit der Übertragung der Nummern direkt verbundenen Verwaltungskosten verlangen. Die Regeln der Interkonnektion sind sinngemäss anwendbar. 3 Die Deckung der mit der Verbindungssteuerung zum Bestimmungsort der portierten Nummern verbundenen Kosten wird durch die Fernmeldedienstanbieterinnen in ihren Interkonnektionsverträgen geregelt.

Absatz 1 der Bestimmung regelt die Abgeltung der Kosten für die Realisierung des Portierungssystems (Systemkosten; auch als Setup-Kosten bezeichnet). Jede Anbieterin hat die bei ihr anfallenden Systemkosten selber zu tragen. Absatz 2 befasst sich mit den Kosten, welche durch den Prozess der Übertragung konkreter Rufnummern entstehen (Portierungskosten i.e.S. oder Verwaltungskosten). Diese mit der Übertragung der Nummer direkt verbundenen Kosten kann die abgebende der aufnehmenden Anbieterin verrechnen. Bei der Preisbestimmung resp. Kostenermittlung werden die Regeln der Interkonnektion für sinngemäss anwendbar erklärt. Absatz 3 schliesslich betrifft die Kosten, welche durch das Weiterleiten eines Anrufes (sog. Verbindungssteuerung) in das Netz der aufnehmenden Anbieterin (Weiterleitungskosten, auch schon als Steuerungskosten bezeichnet) entstehen. Hier

7/22

wird die Kostentragung nicht explizit bestimmt, sondern lediglich vorgeschrieben, dass diese in den Interkonnektionsverträgen zu regeln ist. Die vom vorliegend strittigen Dienst (Portierung von Einzelnummern) verursachten Kosten fallen unter Absatz 2 der Bestimmung. Dabei gilt es zu beachten, dass Kosten welche bei der Realisierung des Portierungssystems anfallen, gemäss Art. 5 Abs. 1 ComComV jede Anbieterin selber zu tragen hat, wogegen finanzielle Beiträge lediglich zur Deckung der mit der Übertragung der Nummern direkt verbundenen Verwaltungskosten von der aufnehmenden Anbieterin verlangt werden können (FI-SCHER/SIDLER, a.a.O., Rz. 294; MAURER/GEISER, a.a.O., S. 127). Es ist somit zwischen fixen und variablen resp. in der Terminologie der Gesuchsgegnerin zwischen leistungsmengenneutralen und leistungsmengenabhängigen Kosten (act. 15/1 Ziff. 3.1) zu unterscheiden. Die Realisierungs- resp. Systemkosten

entsprechen dabei primär den fixen Kosten für die Bereitstellung und den Unterhalt des Portierungssystems, welche unabhängig von einzelnen Portierungen anfallen. Die Verwaltungskosten sind dagegen variable Kosten, welche bei den einzelnen Portierungsvorgängen direkt anfallen. Umgekehrt sind aber nicht zwingend sämtliche variablen Kosten Verwaltungskosten im Sinne von Art. 5 Abs. 2 ComComV, sondern letztere haben definitionsgemäss mit der Durchführung des Portierungsvorgangs in unmittelbarem Zusammenhang zu stehen. Diese Auslegung von Art. 5 ComComV scheint unbestritten und wird im Übrigen auch von der WEKO (act. 40 Rz. 13) und der Preisüberwachung (act. 63 S. 2) übernommen.

E. 4.1.2

Hinreichende gesetzliche Grundlage Die Gesuchsgegnerin vertritt die Ansicht, dass die gesetzliche Basis für Art. 5 ComComV nicht gegeben sei (act. 59 S. 3 ff., act. 75 Ziff. 3.1.1). Sie macht geltend, dass eine Preisregulierung, welche das "schärfste wirtschaftspolitische Instrument" darstelle, eine gesetzliche Grundlage im formellen Sinn erfordere. Die Regelung in Art. 5 ComComV, welche eine sehr weitreichende Kostentragpflicht sei, stelle einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit und die Eigentumsgarantie dar. Die Gesuchsgegnerin befürchtet, in Anwendung von Art. 5 ComComV hätte sie die Nummernportierung "weitgehend gratis" zu erbringen. Zwar räume Art. 28 Abs. 4 FMG der ComCom die Kompetenz ein, die Einzelheiten der Nummernportabilität zu regeln. Die Kompetenz beschränke sich aber auf rein administrative und technische Vorschriften. Dies entspräche den "allgemein geltenden Delegationsregeln im Fernmelderecht". Erneut weist die Gesuchsgegnerin auf den Umstand, dass die Nummernportabilität kein Interkonnektionsdienst im Sinne von Art. 3 lit. e FMG sei, weshalb auch nicht Art. 11 FMG als gesetzliche Grundlage für eine Preisregulierung herhalten könne. Ob die Nummernportierung ein Interkonnektionsdienst darstellt, kann in diesem Zusammenhang offen bleiben, da wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, Art. 28 Abs. 4 FMG eine genügende gesetzliche Grundlage für die Kostenregelung in Art. 5 ComComV darstellt. Wie die Gesuchsgegnerin selber treffend festhält, handelt es sich bei Art. 28 Abs. 4 Satz 2 FMG um eine Delegationsnorm: "Die Kommission regelt die Einzelheiten [der Nummernportabilität] unter Berücksichtigung der technischen Entwicklung und der internationalen Harmonisierung." Zu diesen Einzelheiten der Nummernportabilität gehören – genauso wie bei der Interkonnektion – nicht nur technische und administrative Belange, sondern auch geschäftliche insbesondere finanzielle Aspekte. Wie gerade das vorliegende Verfahren zeigt, stehen diese oftmals sogar im Vordergrund. Dass solche Einzelheiten einer Regelung bedürfen, muss umso mehr gelten, als die Anbieterportabilität zwingend angeboten werden muss, und deshalb – gerade auch in kommerzieller Hinsicht – ein erhöhtes Bedürfnis an Rechtsklarheit und Rechtssicherheit besteht. Die Einschränkung, wie sie die Gesuchsgegnerin konstruiert, ist der Delegationsnorm nicht zu entnehmen (im Ergebnis auch FISCHER/SIDLER, a.a.O., Rz. 294; MAURER/GEISER, a.a.O., S. 118 und 127). Dass sich die ComCom bei der Regelung der Einzelheiten an "der technischen Entwicklung und der internationalen Harmonisierung" zu orientieren hat, ist jedenfalls nicht gleichbedeutend mit der Forderung, dass sie sich auf "technische und administrative Vorschriften" zu beschränken hätte. Wie noch zu zeigen sein wird, werden gerade im internationalen Umfeld Kostenregelungen empfohlen resp. vorgeschrieben, welche derjenigen in Art. 5 ComComV entsprechen. Die ComCom kommt mit Art. 5 ComComV somit ihrem gesetzlichen Auftrag nach internationaler Harmonisierung

nach. Ebenso wenig ist ersichtlich, inwieweit im Fernmelderecht besondere Delegationsregeln zur Anwendung kommen sollten, wie dies die Gesuchsgegnerin geltend zu machen scheint. Die Europäische Konferenz der Verwaltungen für Post und Telekommunikation (CEPT) ist eine regionale Organisation im Sinn der Bestimmungen des Weltpostvereins und der Internationalen Fernmeldeunion mit derzeit 46 Mitgliedsländern. Auch die Schweiz gehört ihr an. Laut Artikel 4 ihrer Vereinbarung bezweckt sie einen „Beitrag zu einer europaweiten Harmonisierung im Regulierungsbereich“ zu leisten. Vor diesem Hintergrund wurde im Jahre 2000 ein Bericht zum Thema Nummernportabilität und Kostenallokation publiziert.³ Auch wenn der Bericht primär die Nummernportabilität in Mobilfunknetzen zum Gegenstand hat, können die enthaltenen Überlegungen und Empfehlungen ohne weiteres auf die Nummernportabilität im Festnetzbereich angewendet werden. Die im Bericht vorgenommene Analyse verwendet sechs Kriterien, die sowohl in Bezug auf Festnetze als auch Mobilfunknetze relevant sind: (1) Kostenkausalität, (2) Kostenminimierung, (3) Gewinnverteilung, (4) wirksamer Wettbewerb, (5) Reziprozität und Symmetrie, sowie (6) Praktikabilität. Diese Kriterien werden auf drei Kostenkategorien angewandt, welche mit denjenigen in Art. 5 ComComV übereinstimmen: (A) Kosten der Realisierung (system set-up costs), (B) Verwaltungskosten (administration costs) und (C) Kosten der Verbindungssteuerung (extra conveyance costs). Nach Abwägung der verschiedenen Kriterien hält der Bericht für jede der drei Kostenkategorien fest, wer die Kosten aus volkswirtschaftlicher Sicht tragen soll. Insbesondere für die beiden vorliegend relevanten Kategorien A und B, decken sich die Ergebnisse des Berichts mit den Bestimmungen in Art. 5 ComComV.⁴ Die drei erwähnten Kostenkategorien und deren Kostenallokation lassen sich denn auch in zahlreichen Ländern – gerade im Festnetzbereich – wieder finden, so beispielsweise in Deutschland⁵, Frankreich⁶, Grossbritannien⁷, Dänemark⁸ oder Neuseeland⁹. Die Gesuchstellerin fügt mit Irland und Hong Kong weitere Beispiele an (act. 74 Rz. 14 f.). Auch dies belegt, dass die Kostenregelung der ComComV international harmonisiert ist. Diesen Befund bestätigt ein Bericht von Europe Economics und Arcome, zwei renommierten Beratungsunternehmen, zuhanden der Europäischen Kommission vom Oktober 1999. Die Verfasser zeigen anhand von sechs gewichtigen Europäischen Ländern (Finnland, Frankreich, Deutschland, Niederlande, Schweden und Grossbritannien) auf, dass die Realisierungskosten (system set-up costs) wie in der Schweiz vom Betreiber des Ursprungsnetzes zu tragen sind.¹⁰ Wie unter Ziff. 4.1.3 noch zu zeigen sein wird, stellt die Bestimmung in Art. 5 ComComV auch gar nicht einen so schwer wiegenden Eingriff in die Rechtsposition der Anbieterinnen dar, wie dies die Gesuchsgegnerin glaubhaft machen will. Im Gegenteil wirkt die Regelung bei einer Betrachtung sämtlicher Adressaten gar als neutral resp. ausgleichend, da jede Anbieterin ihre eigenen Realisierungskosten zu tragen hat. Wenn sich die Gesuchsgegnerin somit auf ihre Freiheitsrechte (Eigentumsgarantie und Wirtschaftsfreiheit) beruft, ist ihr entgegen zu halten, dass sich Art. 5 ComComV – sofern die Bestimmung überhaupt einen Eingriff in Freiheitsrechte darstellt – auf eine genügende gesetzliche Grundlage (Art. 28 Abs. 4 FMG) stützt, im Sinn des fernmelderechtlichen Zweckartikels (Art. 1 FMG) öffentliche Interessen (insbes. auch die Wettbewerbsförderung) verfolgt, darüber hinaus zweifellos verhältnismässig ist

³ ECTRA, Final Report on Number Portability for Mobile Networks, 4. April 2000, S. 38 (abrufbar unter: <http://www.ero.dk/documentation/docs/docfiles.asp?docid=1890>).

E. 4.1.3

Sinn und Zweck der Regelung Die Gesuchsgegnerin kritisiert die in Art. 5 ComComV festgeschriebene Unterscheidung zwischen Realisierungs- und Verwaltungskosten grundsätzlich. Sie hält die Regelung für unsachgemäss, unbillig, zweckwidrig und willkürlich – im Ergebnis deshalb für unbeachtlich resp. nicht anwendbar (act. 59 S. 10 ff., act. 75 S. 7 ff.). Im Wesentlichen macht die Gesuchsgegnerin geltend, die Kostenregelung würde dazu führen, dass sie bedeutende Kostenelemente der Nummernportierung selber tragen müsste und in der Folge keine Anreize für Effizienzsteigerungen mehr hätte. Sie spricht in diesem Zusammenhang von einer Subventionierung der anderen Marktteilnehmer (act. 59 S. 4 und act. 75 S. 4). Um diese Nachteile zu umgehen, so die Gesuchsgegnerin weiter, könne sie alle Prozesse auslagern und so fixe in variable Kosten umwandeln. Die variablen Kosten könnte sie den anderen Anbieterinnen in Rechnung stellen. Aus wettbewerbspolitischer Sicht ist die in Art. 5 ComComV vorgesehene Kostenregelung sinnvoll und entspricht dem Zweck der Fernmeldegesetzgebung (Art. 1 Abs. 1 und insbesondere Abs. 2 lit. c FMG). Die Nummernportabilität ist ein Wettbewerbsinstrument, das den Wechsel der Kunden zwischen den Anbieterinnen erleichtern soll (vgl. vorne Ziff. 3). Entsprechend hoch erscheint der Anreiz gerade für das marktmächtige Unternehmen, solche Kundenabwanderungen durch eine missbräuchliche Preispolitik zu verhindern. Diese Ansicht wird von der Preisüberwachung (act. 63 S. 2) und der WEKO (act. 40 Rz. 13 und 36) geteilt. Es macht somit durchaus Sinn, diesem Missbrauchspotential regulatorisch einen Riegel zu schieben. Dies umso mehr als die Nummernportabilität auch im Konsumenteninteresse liegt. Eine geeignete Massnahme stellt die von der Gesuchstellerin kritisierte Kostenregelung dar: Jede Anbieterin trägt die Kosten des eigenen Portierungssystems. Es gilt somit auch zu beachten, dass Art. 28 Abs. 4 FMG alle Anbieterinnen zur Sicherstellung der Nummernportabilität verpflichtet, was zur Folge hat, dass jede Anbieterin die hierfür notwendigen Investitionen tätigen muss. Demnach müssen neben der Gesuchsgegnerin auch die Gesuchstellerin und alle anderen Anbieterinnen in ihre eigenen entsprechenden Systeme investieren. Dies sieht auch die Gesuchstellerin als Direktbetroffene so (act. 74 Rz. 9 f.). Die Sicherstellung der Anbieterportabilität ist eine allgemeine Betriebsaufgabe, wie andere – beispielsweise die Sicherstellung der Notrufleitweglenkung – auch. Die Kostenregelung in Art. 5 ComComV gereicht der Gesuchsgegnerin auf Grund ihrer Grössenvorteile indirekt sogar zum Vorteil, indem andere (abgebende) Anbieterinnen mit wenigen Portierungsvorgängen die Realisierungskosten nicht diesen wenigen Portierungen zurechnen können. Könnten sie dies, würde dies den Preis für eine einzelne Portierung massiv verteuern und die Nummernportabilität in wirtschaftlicher Hinsicht letztlich verhindern. Der Vorwurf der Subventionierung alternativer Anbieterinnen durch die Gesuchsgegnerin ist jedenfalls verfehlt, da die Kostenregelung nicht einseitig zu Lasten der Gesuchsgegnerin geht. Da jede Unternehmung ihre eigenen Investitionen tragen muss, streben die Anbieterinnen zudem nach der für sie kosteneffizientesten Lösung.¹¹ Könnten hingegen die Realisierungskosten auf andere Anbieterinnen überwältigt werden, würde dieser Ansporn zu effizientem Handeln fehlen. Gerade von der Kostenregelung in Art. 5 ComComV gehen demnach die von der

E. 4.2

Festsetzung des Entgelts

E. 4.2.1

Betroffene Jahre und Wirkungszeitpunkt der Preissetzung Die Gesuchstellerin verlangt die behördliche Preisfestsetzung rückwirkend ab dem 1. November 2003, allerdings ohne diese Rückwirkung näher zu begründen (act. 1 S. 2 ff.). Die Gesuchsgegnerin bemängelt dies zu Recht (act. 10 Rz. 6). Es ist denn auch nicht ersichtlich, weshalb eine Preisverfügung gerade per diesem Datum greifen sollte. Nahe liegender erscheint in der vorliegenden Konstellation, an die Einreichung des Gesuchs am 19. August 2004 anzuknüpfen. Allerdings rechtfertigt es sich, die obligatorische dreimonatige Verhandlungsfrist rückwirkend anzurechnen. Sie darf einer Partei bei der Durchsetzung ihrer materiellen Ansprüche nicht zum Nachteil gereichen. Der vorliegend strittige Portierungspreis ist somit per 19. Mai 2004 zu verfügen.

E. 4.2.2

Kostenorientierung als Folge der Marktbeherrschung Sodann stellt sich die Frage, ob die Gesuchsgegnerin den strittigen Dienst kostenorientiert zu erbringen hat. Voraussetzung für eine kostenorientierte Preisgestaltung im Sinne von Art. 11 Abs. 1 FMG (hier i.V.m. Art. 28 Abs. 4 FMG und Art. 5 Abs. 2 Satz 2 ComComV) ist das Vorliegen einer Marktbeherrschung im entsprechenden Markt. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern im wesentlichen Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG). Sofern die Frage der Marktbeherrschung zu beurteilen ist, konsultiert die Instruktionsbehörde gemäss Art. 11 Abs. 3 FMG die WEKO.

E. 4.2.2.1

Relevanz der Frage der Marktbeherrschung Auf Grund des Verweises in Art. 5 Abs. 2 ComComV hält die ComCom die Frage der Marktbeherrschung entgegen den Auffassungen der Parteien (Gesuchstellerin: act. 4 und act. 44; Gesuchsgegnerin: act. 10, act. 14 und act. 45) auch im Bereich der Nummernportabilität für relevant. Eine Abweichung von den Regeln der Interkonnektion erweist sich nicht als sachgerecht und somit als unbegründet. Dabei wird aber nicht etwa die Portierungspflicht von der Marktbeherrschung abhängig gemacht, denn diese trifft gemäss Art. 28 Abs. 4 FMG alle Anbieterinnen von Fernmeldediensten gleichermaßen, d.h. unabhängig von ihrer Marktstellung. Hingegen können im Falle von Marktbeherrschung auch im Bereiche der Nummernportabilität die im Interkonnektionsregime statuierten Grundsätze und Methoden der Preisregulierung für marktbeherrschende Unternehmen ergänzend zur Anwendung kommen. Dies betrifft beispielsweise den Grundsatz der Nichtdiskriminierung (Art. 11 Abs. 2 FMG resp. Art. 40 FDV) oder – wie die Gesuchsgegnerin selber einzuräumen scheint (act. 14 S. 2)¹² – auch die

E. 4.2.2.2

WEKO-Gutachten zur Marktbeherrschung Das Gutachten der WEKO vom 13. Juni 2005 (act. 40) stützt sich neben öffentlich zugänglichen Informationen insbesondere auf eine Befragung der Parteien (act. 31 f.), welche die Instruktionsbehörde in Zusammenarbeit mit der WEKO durchführte. Eine breit angelegte Marktbefragung erschien der WEKO vorliegend nicht notwendig (act. 26 S. 1). Die WEKO kam in ihrem Gutachten zum Schluss, dass die Gesuchsgegnerin betreffend die Portierung von Einzelnummern als marktbeherrschende Anbieterin von Fernmeldediensten gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG resp. Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren sei. Zusammenfassend hielt sie fest, dass auf Grund des unzureichenden aktuellen und potenziellen Wettbewerbs die Gesuchsgegnerin in der Lage

sei, sich auf dem vorliegend relevanten Markt für Festnetzanschlüsse, welche zur Übertragung von Sprachtelefonie geeignet sei, von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern, Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Dabei sei die Portierung von Rufnummern als Bestandteil dieses relevanten Marktes anzusehen (act. 40 Rz. 43 f.). Die WEKO betrachtet die Nummernportierung als Vorleistungsmarkt (Wholesale), wobei sie annimmt, dass die Nachfrage durch die Bedürfnisse der Endkunden mitdeterminiert wird. Bei der Definition und Festlegung des sachlich relevanten Marktes sei folglich von der Beschreibung der Merkmale der Endkundenmärkte unter Berücksichtigung der Substitutionsmöglichkeiten auf der Angebots- und Nachfrageseite auszugehen (act. 40 Rz. 16). Die Nachfrage des Endkunden nach einer Rufnummer sei in der

12/22

Regel verbunden mit der Nachfrage nach einem Anschluss, weshalb sich vorliegend rechtfertige, die Nachfrage nach Anschlüssen, respektive die Substituierbarkeit von sprachtelefoniefähigen Anschlüssen zu untersuchen (act. 40 Rz. 17 und 28). Gemäss ihrer Praxis kämen drahtlose und insbesondere mobile Zugänge auf Grund ihrer unterschiedlichen Eigenschaften nicht als Substitute in Frage, sprachtelefoniefähige Festnetzanschlüsse über Kabelnetze (Stichwort: VoIP), sowie die direkte Erschliessung von Endkunden durch Glasfaserkabel oder Powerline Communications (Stromnetz) dagegen schon (act. 40 Rz. 19 ff.). Bei der Analyse des aktuellen Wettbewerbs erkennt die WEKO zwar einen gewissen Druck seitens der Kabelnetzbetreiber und insbesondere der Gesuchstellerin, glaubt aber insbesondere unter Verweis auf die konkreten Marktanteile der Gesuchsgegnerin (95.7% bei den Telefoniekunden) nicht, dass dieser dazu führe, dass sich letztere nicht unabhängig im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verhalten könne (act. 40 Rz. 31 ff.). Ebenso stellt die Gutachterin fest, dass der potenzielle Wettbewerbsdruck durch Kabel-, Glasfaser- und Stromnetze trotz zu erwartenden Markteintritten nicht in genügendem Masse disziplinierend wirke (act. 40 Rz. 39 ff.).

E. 4.2.2.3

Stellungnahmen der Parteien Zunächst hält die Gesuchsgegnerin in ihrer Stellungnahme vom 28. Juli 2005 zum WEKO-Gutachten (act. 45) an der Auffassung fest, dass die Nummernportabilität – da keine fernmelderechtliche Übertragung von Informationen an Dritte erfolge und auch kein Gerät, bzw. Leitung oder Einrichtung, welche für diesen Zweck bestimmt oder benutzt werde – weder ein Fernmeldedienst gemäss Art. 3 lit. b FMG noch eine Fernmeldeanlage im Sinne von Art. 3 lit. d FMG sei. Somit liege kein Interkonnektionsbestand vor und die Regeln der Interkonnektion seien daher nur sinngemäss anwendbar, weshalb es sich erübrige eine Marktbetrachtung vorzunehmen. Zudem könne nicht von einem eigenständigen Markt für Adressierungselemente ausgegangen werden, da es sich dabei nicht um frei handelbare, wettbewerbsfähige Güter handle, sondern diese bloss einen nummernspezifischen Nutzungszweck zu erfüllen hätten. Es erübrige sich somit eine Marktbetrachtung vorzunehmen und das Gutachten sei deshalb aus den Akten zu weisen (Hauptantrag). Eventualiter beantragt die Gesuchsgegnerin die Einholung eines neuen Gutachtens. Das Vorliegende beruhe nicht nur auf falschen Ansätzen, sondern erweise sich zudem als unvollständig. Konkret bemängelt die Gesuchsgegnerin, dass nicht die Fernmeldediensteanbieterinnen, sondern die Teilnehmer die Nachfrager der Nummernportierung seien. Werde diese Tatsache berücksichtigt, sei es denn auch nicht zu erklären, weshalb es sich bei der Nummernportierung um ein

Wholesale-Angebot handeln sollte. Die Feststellung der WEKO, dass die Nachfrage nach einer Rufnummer, respektive deren mögliche Portierung, nicht isoliert von einem Anschlusswechsel betrachtet werden könne, sei falsch; zeige sich doch gerade bei Nummern für Mehrwert- und Sonderdienste, dass dies eben gerade nicht notwendigerweise so sei. Zudem sei die Marktbefragung der Instruktionsbehörde für die Untersuchung der Verhältnisse weder bestimmt noch geeignet gewesen. Auch sei die WEKO auf die durch die Gesuchsgegnerin im Fragebogen gegebenen Antworten nicht eingegangen. So habe die Gesuchsgegnerin geltend gemacht, dass als sachlich relevanter Markt der dem Kunden zu erbringende Fernmeldedienst zu betrachten sei, der Markt der physischen Anschlüsse dagegen jedoch keine Rolle spiele. Schliesslich werde die Tatsache unberücksichtigt gelassen, dass der heutige Portierungspreis nicht von der Gesuchsgegnerin festgelegt worden sei, sondern von einer Industrie-Arbeitsgruppe unter der Leitung der Instruktionsbehörde. Folglich sei die Gesuchsgegnerin nicht in der Lage gewesen, sich bei der Preisfestlegung für die Nummernportierung unabhängig zu verhalten. Die Gesuchstellerin teilt in ihrer Stellungnahme vom 19. Juli 2005 (act. 44) für den Fall, dass die Frage der Marktbeherrschung relevant ist, die Auffassung der WEKO, wonach die Gesuchsgegnerin betreffend die Portierung von Einzelnummern als marktbeherrschende Anbieterin von Fernmeldediensten im Sinn von Art. 11 Abs. 1 FMG zu qualifizieren sei.

E. 4.2.2.4

Würdigung Gemäss Art. 19 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) i.V.m. Art. 40 des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess (BZP, SR 273) würdigt die entscheidende Behörde sämtliche Beweismittel nach freier Überzeugung. Dabei ist aber gerade bei neutralen Gutachten

13/22

und gutachtensmässigen Ausführungen von Amtsstellen Zurückhaltung geboten. Abweichungen sind nur bei triftigen Gründen angezeigt, da der Gutachter ja gerade auf Grund seines Expertenwissens beigezogen wird (BGE 122 V 157 S. 161, Urteil des Bundesgerichts 2A.450/2005, 2A452/2005 vom 21. April 2006 E. 4.4.1). Dies gilt umso mehr, wenn wie in Art. 11 Abs. 3 FMG das Gesetz den Beizug einer Expertenmeinung zwingend vorschreibt (BGE 101 IV 129 S. 130). Darüber hinaus bezweckt die Konsultation der WEKO auch die Sicherstellung, dass die Anwendung von Art. 11 FMG im Einklang mit dem Wettbewerbsrecht erfolgt und nicht unterschiedliche Behörden eine unterschiedliche Praxis für gleiche Tatbestände entwickeln (BB1 1996 III 1427). Ob die Nummernportierung ein Fall der Interkonnektion ist, was die Gesuchsgegnerin bestreitet, kann – wie bereits unter Ziff. 3 ausgeführt – auf Grund des Verweises in Art. 5 Abs. 2 Satz 2 ComComV offen bleiben. Bezüglich der erneut vorgebrachten, aber weiterhin unsubstantiiert gebliebenen Behauptung, der strittige Preis sei von einer Industrie-Arbeitsgruppe – hier angeblich sogar unter der Leitung der Instruktionsbehörde – festgelegt worden, kann auf die entsprechenden Ausführungen unter Ziff. 2 verwiesen werden. Die Marktabgrenzung und die Bewertung der Marktverhältnisse durch die WEKO erscheinen bezogen auf die vorliegende Situation konsistent und im Ergebnis überzeugend. Einleuchtend erscheint die Grundannahme, dass hier Vorleistungs- und Endkundenmärkte nicht unabhängig voneinander betrachtet werden können, ebenso die Tatsache, dass im vorliegend zu beurteilenden Fall die Rufnummer mit dem Anschluss in Verbindung gebracht wird. Dies muss freilich nicht ausschliessen, dass auch eine Anbieterin, welche im Anschlussnetz keine Marktbeherrschung aufweist, bei der Nummernportierung marktbeherrschend sein

könnte. Zu bemerken ist, dass die Zahlen, auf welche sich die WEKO bei ihrer Analyse abstützt, unbestritten blieben. Dagegen wirken die einzelnen Kritikpunkte der Gesuchsgegnerin wenig überzeugend oder erweisen sich gar als irrelevant. Sie stellen jedenfalls keine Gründe dar, vom Gutachten der Fachbehörde in Wettbewerbsfragen abzuweichen. So ist der Hinweis der Gesuchsgegnerin auf die Verhältnisse bei Rufnummern für Mehrwert- und Sonderdienste (nicht-geographische Dienste) nicht von Bedeutung. Denn im vorliegenden Verfahren geht es eben gerade nicht um die Portierung von solchen Mehrwert- und Sonderdiensten. In diesem Sinn beziehen sich die Aussagen des WEKO-Gutachtens auf die Portierung von Einzelnummern im Festnetzbereich. Und wie die WEKO jedenfalls überzeugend darlegt, können vorliegend Telefonnummern des öffentlichen Telefondienstes nicht unabhängig von einem Anschluss betrachtet werden. Ferner geht aus dem Gutachten der WEKO nicht hervor, dass Adressierungselemente einen eigenständigen relevanten Markt darstellen würden. Die Negierung dieser vermeintlichen Aussage durch die Gesuchsgegnerin ist deshalb irrelevant. Ebenso wenig hilfreich erscheint die daran anschliessende Bemerkung, Adressierungselemente seien keine handelbaren Güter. Die Handelbarkeit von Gütern und Dienstleistungen ist keine Bedingung für die Existenz der entsprechenden Märkte. So gibt es gemäss dem klassischen Schulbeispiel einen Markt für Haarschnitte, ohne dass diese Dienstleistung handelbar wäre. Gleiches gilt für den vorliegend relevanten Markt. Schliesslich geht auch der Einwand der Gesuchsgegnerin, wonach die Teilnehmer und nicht die Fernmeldediensteanbieterinnen die Nachfrager der Nummernportierung seien, ins Leere. Explizit erwähnt die WEKO, dass die Bedürfnisse der Endkunden die Nachfrage hier mitbestimmen.¹³ Auf Grund des umfassenden Verweises in Art. 5 Abs. 2 Satz 2 ComComV ist vorliegend auch die Frage der Marktbeherrschung als Anknüpfungspunkt für besondere Preisregulierungsbestimmungen von Bedeutung. Am Ergebnis des WEKO-Gutachtens zur Frage der Marktbeherrschung ist festzuhalten. Die Gesuchsgegnerin gilt bei der vorliegend strittigen Portierung von Einzelnummern als marktbeherrschend. Auf die Einholung eines neuen Gutachtens ist zu verzichten.

E. 4.2.2.5

Konsequenz der Marktbeherrschung Da die Gesuchsgegnerin, wie die WEKO in ihrem Gutachten aufzeigt, bei der Portierung von Einzelnummern als marktbeherrschend gilt, hat ihr Kostennachweis resp. ihre Preisbestimmung neben den Anforderungen in Art. 5 ComComV auch dem Grundsatz der Kostenorientierung im Sinn von Art. 11 Abs. 1 FMG zu entsprechen. Gemäss eigenem Bekunden beruhen die Preisberechnungen der Gesuchsgegnerin, welche diese zumindest ab dem Jahr 2005 unter Beizug ihres LRIC-Modells COS-MOS anstellte (act. 15/1 Ziff. 2), denn auch "auf den Grundsätzen der Preisgestaltung für Interkonnexion, welche in Art. 45 der Verordnung für Fernmeldewesen [...] konkretisiert sind" (act. 15/1 Ziff. 1.1).

E. 4.2.3

Kostennachweis und Preisgestaltung

E. 4.2.3.1

Beweislastregelung Nach Art. 58 Abs. 3 FDV (vorliegend i.V.m. Art. 28 Abs. 4 FMG und Art. 5 Abs. 2 Satz 2 ComComV) obliegt es der portierungspflichtigen Anbieterin, die Einhaltung der vorgegebenen Kostenregelungen nachzuweisen. Vermag sie diesen Nachweis nicht zu erbringen, verfügt die ComCom die Preise auf der Grundlage von markt-

und branchenüblichen Vergleichswerten (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.450/2005, 2A.452/2005 vom 21. April 2006, E. 3.3.1, mit Verweisen). Die Gesuchsgegnerin kam ihrer Beweispflicht nach und hat den Kostennachweis im Grundsatz erbracht. Das heisst, sie hat die von ihr geltend gemachte Kostenstruktur in geeigneter und nachvollziehbarer Weise dargelegt und wo erforderlich auch ergänzt. Freilich sagt dies, wie die nachfolgenden Ausführungen noch zeigen werden, noch nichts über die Berechtigung resp. die Richtigkeit der ausgewiesenen Kosten aus. Immerhin wird aber die in Art. 58 Abs. 3 FDV angedrohte Folge der Beweislosigkeit, nämlich das (ausschliessliche) Abstützen auf markt- und branchenübliche Vergleichswerte, nicht zur Anwendung kommen. Allerdings erscheint der Beizug von markt- und branchenüblichen Vergleichswerten zur Plausibilisierung von Input-Werten als mit den gesetzlichen Vorgaben vereinbar (Urteil des Bundesgerichts 2A.450/2005, 2A.452/2005 vom 21. April 2006, E. 6).

E. 4.2.3.2

Eingereichte Beweismittel Erste Angaben zum Kostennachweis für das Jahr 2005 reichte die Gesuchsgegnerin mit Schreiben vom 1. Februar 2005 ein (act. 14 f.). Auf Basis dieser Eingaben hat die Instruktionsbehörde der Gesuchsgegnerin eine Abfragemaske in Form einer Excel-Datei zugestellt (act. 22). Die entsprechenden Daten und Informationen für das Jahr 2005 reichte die Gesuchsgegnerin mit Schreiben vom 31. März 2005 ein (act. 28). Weitere Präzisierungen und Ergänzungen zum Kostennachweis (insbes. Berechnung Anzahl produktiver Stunden pro Jahr, Angabe der Anzahl Portierungen pro Monat seit Anfang 2004) hat sie mit der Eingabe vom 22. April 2005 vorgelegt (act. 33). Angaben zum Kostennachweis für das Jahr 2004 hat die Gesuchsgegnerin mit Schreiben vom 29. April 2005 eingereicht (act. 34). Der Kostennachweis für das Jahr 2006 ist schliesslich in der Eingabe vom 14. Dezember 2005 (act. 59 f.) enthalten. Mit Schreiben vom 14. April 2005 (act. 31) legte die Gesuchsgegnerin ferner ihren Vertrag mit Teldas GmbH, der Betreiberin des für die Nummernportierung verwendeten INet-Servers, vor. Der definitive Kostennachweis der Gesuchsgegnerin in tabellarischem Überblick (Excel-Datei) findet sich in act. 64 (abgedeckte Version: act. 66), wogegen die vorzunehmenden Anpassungen resp. die zu verfügbaren Preise aus act. 79 (abgedeckte Version: act. 67) ersichtlich sind. Bei act. 79 handelt es sich um eine auf Grund der Schlussstellungen der Parteien überarbeitete Version von act. 65.

E. 4.2.3.3

Leistungsmengenneutrale Kosten Die Gesuchsgegnerin macht in ihrem Kostennachweis neben leistungsmengeninduzierten (variablen) Kosten auch leistungsmengenneutrale (fixe) Kosten für Supportsysteme, Projekte und den Overhead geltend (act. 15/5 Tabellenblatt Detail Produktkosten). Die Gesuchsgegnerin hat diese mittels ihres Top Down-Kostenmodells (COSMOS) hergeleitet (act. 15/1 S. 4 f.).

15/22

Gemäss der in Ziff. 4.1.1 beschriebenen Auslegung von Art. 5 ComComV dürfen lediglich die mit der Portierung direkt verbundenen Verwaltungskosten – somit nur leistungsmengeninduzierte Kosten – in die Preisfestsetzung einfließen. Aus diesem Grund werden die (fixen) Kosten für Supportsysteme und Projekte sowie den Overhead gestrichen. Die Art der Kostenzuschlüsselung verdeutlicht, dass es sich bei den leistungsmengenneutralen Kosten um keine direkten (Verwaltungs-)Kosten der Nummernportierung handeln kann. Die Gesuchsgegnerin hält denn auch fest, dass diese

Kosten nicht direkt der Ausportierung zugerechnet werden können, sondern mittels einer Zuschlagskalkulation dem strittigen Dienst zugeschlüsselt werden (act. 15/1 S. 8). Der Anteil der leistungsmengenneutralen Kosten an den von der Gesuchsgegnerin ausgewiesenen Kosten für die drei relevanten Jahre 2004, 2005 und 2006 beträgt um die 50% 14.

E. 4.2.3.4

Leistungsmengeninduzierte Kosten 4.2.3.4.1. Methodisches Vorgehen Die Gesuchsgegnerin hat die leistungsmengeninduzierten Kosten anhand einer Bottom Up-Berechnung hergeleitet (act. 15/1 S. 6). Hierzu wurden die drei Teilprozesse "Order Monitoring" mit dem Prozessschritt „Aufträge periodisch abrufen“, "Platform" mit dem Prozessschritt „PFM Configuration“ und "Service Fulfillment Exception Handling" mit den vier Prozessschritten „Annulation“, „ONP Exceptions“, „Störungsbehebung“ und „Anfragebeantwortung“ definiert (act. 64 Tabellenblätter 2004, 2005 und 2006).

Teilprozesse Prozessschritte Order Monitoring Aufträge periodisch abrufen Service Fulfillment Exception Handling Annulationen ONP Exceptions Störungsbehebung Anfragebearbeitung Platform PFM Configuration
Tabelle 1: Teilprozesse und ihre Prozessschritte

Die Kosten eines Prozessschrittes ergeben sich aus einer Multiplikation von Eintretenswahrscheinlichkeit, Prozessdauer und Stundensatz. Im Gegensatz zu den leistungsmengenneutralen Kosten dürfen leistungsmengeninduzierte Kosten gemäss Art. 5 Abs. 2 ComComV bei der Preisfestsetzung berücksichtigt werden. Das methodische Vorgehen der Gesuchsgegnerin ist transparent und für die Herleitung dieser Kosten geeignet. Eine Würdigung der drei im Bottom Up-Modell verwendeten Faktoren erfolgt in den nachfolgenden Kapiteln.

E. 5

Art. 46 Abs. 3 des deutschen Telekommunikationsgesetz (TKG) vom 22. Juni 2004.

E. 6

Lignes directrices relatives à la Portabilité des Numéros Mobiles (PNM), Annexe à la décision n° 02-549 de l'Autorité de régulation des télécommunications, Annexe 2.

E. 7

NOTIFICATION UNDER SECTION 48(1) OF THE COMMUNICATIONS ACT 2003, Notification setting general conditions under section 45 of the Communications Act 2003, chapter 18.

E. 8

Art. 37 des dänischen Telekommunikationsgesetzes (BILL on Competitive Conditions and Consumer Interests in the Telecommunications Market).

E. 9

Determination on the multi-party application for determination of 'local telephone number portability service' and 'cellular telephone number portability service' designated multinet network services, Seite 32.

E. 10

Europe Economics/Arcome, Study on the Cost Allocation for Number Portability, Carrier Selection and Carrier Pre-Selection, Final Report for DGXIII of the European Commission, Volume I, October 1999, S. 36 (abrufbar unter: <http://europa.eu.int/ISPO/infosoc/telecompolicy/en/costall2.pdf>).

9/22

und zudem sämtliche Konkurrenten gleichermaßen trifft. Der Kerngehalt der Freiheitsrechte bleibt in jedem Fall unangetastet. Art. 92 BV erlaubt es dem Bund, im Bereich des Fernmelderechts von der Wirtschaftsfreiheit abzuweichen (BGE 131 II 13 E. 9 S. 43). Schliesslich erweisen sich auch die Befürchtungen der Gesuchsgegnerin als unberechtigt, sie hätte die Nummernportierung "weitgehend gratis" zu erbringen. Wie die vorliegende Verfügung im Ergebnis zeigt, ist es ihr möglich, Verwaltungskosten im Sinne von Art. 5 Abs. 2 ComComV vollumfänglich zu verrechnen. Darüber hinaus wäre es ihr zudem möglich, die Kosten der Verkehrssteuerung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 ComComV über das Interkonnectionsverhältnis zu verrechnen. Über die Frage, weshalb die Gesuchsgegnerin Letzteres offensichtlich nicht tut (act. 75 S. 14), soll hier nicht spekuliert werden. Immerhin sei in diesem Zusammenhang darauf verwiesen, dass die Gesuchsgegnerin in ihrem Kostennachweis solche Kosten der Verkehrssteuerung auch nicht speziell ausweist.

E. 11

Vgl. dazu auch ECTRA, a.a.O., S. 38.

10/22

Gesuchsgegnerin gewünschten Anreize zur Effizienzsteigerung aus. Schliesslich ist auch das von der Gesuchsgegnerin angeführte Argument der Auslagerung so nicht stichhaltig. Freilich steht es der Gesuchsgegnerin offen, von ihr erwähnte Systeme und Projekte nach eigenem Gutdünken auszulagern. Allerdings bedeutet dies nicht, dass solche Auslagerungen "kostenrechnerisch" in jedem Fall als solche toleriert resp. berücksichtigt würden. Eine Umgehung der Kostenregelung in Art. 5 ComComV und somit der offene Missbrauch eines Rechts darf keinen Rechtsschutz finden (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Oder um die Worte des Bundesgerichts in einer Entgegnung zu einem vergleichbaren Argumentationsversuch zu verwenden: Eine "künstliche Trennung schliesst eine einheitliche (wirtschaftliche) Betrachtung nicht aus" (Urteil 2A.450/2005, 2A.452/2005 vom 21. April 2006, E. 7.2). Es ist somit festzuhalten, dass die Kostenregelung in Art. 5 ComComV entgegen der Auffassung der Gesuchsgegnerin wettbewerbspolitisch sinnvoll resp. zweckmässig und auch sonst willkürfrei ist.

E. 12

Die Argumentation der Gesuchsgegnerin ist in diesem Punkt allerdings nicht widerspruchsfrei. In act. 10 Rz. 12 lehnt sie die LRIC-Methode noch ab, in ihrer Beweisführung (Kostennachweis) bringt sie die Methode dann aber doch ausdrücklich selber zur Anwendung (act. 15 S. 3 f.).

11/22

Methodik der Kostenbestimmung (LRIC, Art. 45 FDV). Dies macht wie erwähnt insbesondere deshalb Sinn, weil sowohl die Interkonnection als auch die Nummernportabilität (Anbieterportabilität) wettbewerbspolitisch motiviert sind und

letztlich demselben Gesetzeszweck dienen. Hätte der Gesetzgeber, wie dies die Gesuchsgegnerin geltend macht, lediglich einen Verweis auf die Verfahrensvorschriften der Interkonnektion ins Auge gefasst, hätte er dies auch ausdrücklich vorgesehen, beispielsweise durch die Formulierung: Das Verfahren bei Streitigkeiten richtet sich nach demjenigen der Interkonnektion. Auch die Bezugnahme der Gesuchsgegnerin auf Art. 36 Abs. 2 FMG (Mitbenutzungsrecht für Fernmeldeanlagen und Sendestandorte) stützt nicht die Annahme, der Verweis in Art. 5 Abs. 2 Satz 2 ComComV beziehe sich lediglich auf Verfahrensbestimmungen. Genau das Gegenteil ergibt sich aus der von der Gesuchsgegnerin angeführten Botschaft zur jüngsten FMG-Revision: "Der Verweis auf die Interkonnektionsregeln im bisherigen Absatz 2 zweiter Satz erübrigt sich, da sowohl der Umfang der Entschädigung als auch das Verfahren in Artikel 36 Absatz 2 ausreichend bestimmt sind" (BBl 2003 S. 7984). Mit dem Umfang der Entschädigung wird ein materieller und nicht ein formeller Aspekt angesprochen. Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass für die Entgeltung der Mitbenutzung im aktuellen Art. 39 FDV eine ergänzende resp. von der LRIC-Methode abweichende Vollkostenmethode vorgeschrieben wird. Dies erscheint deshalb als gerechtfertigt, da Art. 36 Abs. 2 FMG nicht wettbewerbspolitisch sondern heimat- und umweltschützerisch motiviert ist (BBl 1996 III 1439). Man beachte auch hier den genauen Wortlaut des Verweises: "Die Vorschriften über die Interkonnektion (Art. 11) gelten sinngemäss" (Art. 36 Abs. 2 Satz 2 FMG) – eben dort, wo dies sachlich gerechtfertigt ist, resp. wo nicht (ausdrücklich) davon abgewichen wird. Die Gesuchstellerin geht davon aus, dass die Nummernportierung grundsätzlich kostenorientiert (im Sinn von Art. 11 Abs. 1 FMG resp. Art. 45 FDV) anzubieten sei, da die Portierungspflicht jede Fernmeldediensteanbieterin treffe, unabhängig, ob sie marktbeherrschend sei oder nicht. – Diese Argumentation erscheint weder zwingend noch sachgerecht. Wie bereits erwähnt, ist die Nummernportabilität insbesondere wettbewerbspolitisch motiviert und es rechtfertigt sich daher durchaus, bezüglich des Preises in methodischer Hinsicht eine unterschiedliche Behandlung von marktbeherrschenden und nicht marktbeherrschenden Fernmeldediensteanbieterinnen vorzusehen. Der Preisregulierung nach Art. 11 Abs. 1 FMG liegt das Konzept zugrunde, den Wettbewerb zu simulieren. Im Ergebnis werden marktbeherrschende und nicht marktbeherrschende Anbieterinnen somit gleich behandelt. Es liegen somit keine Gründe vor, die Marktbeherrschung in sinngemässer Anwendung der Regeln der Interkonnektion nicht als speziellen Anknüpfungspunkt der Preisregulierung zu berücksichtigen.

E. 13

Der Ursprung für die Nachfrage für eine Nummernportierung liegt beim Teilnehmer. Dieser will seine bestehende Nummer bei einer anderen, der aufnehmenden Fernmeldediensteanbieterin nutzen. Damit dieser Nachfrage nachgekommen werden kann, ist gemäss Ziffer 5.1 Anforderung 1 im Anhang 1 der ComComV geregelt, dass die aufnehmende Anbieterin die administrative Koordination der Rufnummernportierung wahrnehmen muss. Demzufolge übernimmt die aufnehmende Anbieterin mit einer entsprechenden Vollmacht des Teilnehmers die Nachfrage gegenüber der abgebenden Anbieterin.

14/22

E. 14

Die Preisauswirkung werden zur Verhinderung von Rückschlüssen auf Geschäftsgeheimnisse der Gesuchsgegnerin nur ihrer Grössenordnung nach angegeben. Die genauen Werte sind act. 64 und act. 79 zu entnehmen.

16/22

4.2.3.4.2. Stundensatz Der verwendete Stundensatz setzt sich aus einem Stundenlohn (Personalaufwand) und den Komponenten Mietaufwand, Informatikaufwand, Verwaltungsaufwand und übriger Betriebsaufwand zusammen (act. 64 Tabellenblätter 2004, 2005 und 2006). Der mit Abstand grösste Kostenblock des Stundensatzes stellt der Personalaufwand dar. Für dessen Bestimmung sind einerseits die Anzahl produktiver Stunden und andererseits die Höhe des Bruttolohns massgebend. Die ComCom kann sich weder mit der von der Gesuchsgegnerin geltend gemachten Anzahl produktiver Stunden pro Jahr noch mit der von ihr angeführten Höhe des Lohns einverstanden erklären. Der von der Gesuchsgegnerin angeführte Bruttolohn liegt über dem Lohn eines Diplomingenieurs. Dies scheint nicht gerechtfertigt. Die mit der Ausportierung einer Einzelnummer in Verbindung stehenden Arbeiten rechtfertigen keinen Lohn in dieser Höhe. Auf Grund der auszuführenden administrativen Tätigkeiten ist der durchschnittliche Lohn eines Diplomingenieurs vielmehr als Obergrenze zu definieren. Ausgehend von einem entsprechenden Nettolohn für das Jahr 2000 von Fr. 90'000.-- ergibt sich nach Anpassung der Teuerung gemäss Angaben des Bundesamtes für Statistik zum Landesindex für Konsumentenpreise und der Berücksichtigung eines Zuschlags für Sozialabgaben von rund 17% ein Bruttolohn von Fr. 108'611.-- für das Jahr 2004. In den Folgejahren beträgt der entsprechende Bruttolohn Fr. 109'875.-- für 2005 resp. Fr. 111'034.-- für 2006 (act. 79 Tabellenblatt Lohnkosten).¹⁵ Die von der Gesuchsgegnerin geltend gemachte Anzahl produktiver Stunden pro Jahr erscheint dagegen tief (act. 33 S. 3). Erfahrungswerte zeigen, dass in der Schweiz die jährliche produktive Arbeitszeit 1845 Stunden beträgt.^{16/17} Dividiert man den Bruttolohn durch die Anzahl produktiver Stunden erhält man Lohnkosten von rund Fr. 60.-- pro Stunde. Um den internen Kostensatz pro Stunde zu erhalten, werden zu diesem Stundenlohn die Angaben der Gesuchsgegnerin zum Mietaufwand, Informatikaufwand, Verwaltungsaufwand und übrigen Betriebsaufwand unverändert hinzuaddiert (act. 28 CD-Rom, act. 34 CD-Rom und act. 33 S. 2). Die Preisüberwachung ist mit der Höhe des angesetzten Stundensatzes einverstanden (act. 63 S. 2). Die Gesuchsgegnerin ist mit dem festgelegten Stundensatz nicht einverstanden, da er ihrer Ansicht nach zu tief ausfällt (act. 75 S. 9 ff.). Sie verwende einen für die ganze Organisationseinheit einheitlichen, durchschnittlichen Stundensatz und könne in ihrem Kostenmodell aus Komplexitätsgründen nicht für jedes Produkt differenzierte Stundensätze veranschlagen. Zudem sei der ausbezahlte Lohn nur ein Bestandteil des massgeblichen Stundensatzes. Zu berücksichtigen gelte es auch die tatsächlichen Sozialleistungen sowie Kosten für die Büromiete, Fahrzeuge, Informatik, Overhead der Organisationskostenstelle, übrige Personalkosten und übrigen Betriebsaufwand. Die tatsächlichen, d.h. inklusive der zur Sanierung der Pensionskasse zu leistenden Arbeitgeberbeiträge für Sozialleistungen würden über den angesetzten, gesetzlich geforderten 17.05% liegen. Zur Rechtfertigung ihres Stundensatzes verweist die Gesuchsgegnerin auf den fakturierten Stundensatz eines Automechanikers. Dieser verdiene weniger als der vorliegend relevante Bruttolohn, verrechnet würde aber üblicherweise ein Stundensatz von gegen Fr. 120.--. Der Kritik der Gesuchsgegnerin muss widersprochen werden. Wie von der Gesuchsgegnerin gefordert sind neben den eigentlichen Lohnkosten auch die weiteren ausgewiesenen

Kostenelemente (Büro- miete, Informatik, Verwaltungsaufwand und übriger Betriebsaufwand) sowie Sozialleistungen enthalten (act. 79). Die Tatsache, dass die leistenden Arbeitgeberbeiträge der Gesuchsgegnerin auf Grund der Sanierung ihrer Pensionskasse über den gesetzlichen Minimalbeiträgen liegen, ist dagegen irrelevant. Die Gesuchstellerin und andere Fernmeldedienstanbieterinnen haben nicht für die Pensi-

E. 15

Die Berechnung entspricht derjenigen in der ComCom-Verfügung vom 10. Juni 2005 in Sachen Swisscom Fixnet AG vs. TDC Switzerland AG betreffend Interkonnektion (Vf05-06-10_011), S. 121, gestützt durch das Urteil des Bundesgerichts 2A.450/2005, 2A452/2005 vom 21. April 2006.

E. 16

So auch die in FN 15 erwähnte ComCom-Verfügung, S. 121, gestützt durch das ebendort angeführte Urteil des Bundesgerichts. Die ComCom-Verfügung stützt sich primär auf die Studie: Wirtschaftsförderung Kanton Bern, Facts, Zahlen - Daten - Informationen zum Kanton Bern als Unternehmensstandort, 2000.

E. 17

Erholzeit/Pausen werden im Ansatz der Gesuchsgegnerin durch die Differenz der Netto- zur Bruttozeit berücksichtigt (act. 64 Tabellenblatt 2004). Dieses Vorgehen wird vorliegend übernommen. Somit ergibt sich für die Preisfestsetzung eine jährliche Netto-Arbeitszeit von 1'677 Stunden.

17/22

onskassensanierung der Gesuchsgegnerin aufzukommen. Dies würde insbesondere auch dem LRIC- Konzept in Art. 45 FDV widersprechen. Zudem verschweigt die Gesuchsgegnerin in diesem Zusammenhang, dass der im Jahr 2004 beschlossene Sanierungsbeitrag des Arbeitgebers bereits per Ende 2005 wieder aufgehoben wurde (so der Jahresbericht 2005 der Swisscom AG18, S. 59). Die Gesuchsgegnerin verwendet aus Komplexitätsgründen in ihrem Kostenmodell durchschnittliche Lohnkosten pro Organisationseinheit. Im Allgemeinen scheint dieses Vorgehen nicht a priori falsch zu sein. Im vorliegenden, konkreten Fall führt das Vorgehen der Gesuchsgegnerin jedoch zu einer klaren Kostenüberschätzung, die so nicht mehr tolerierbar ist. Auch der Hinweis auf den Lohn eines Automechanikers ist hier wenig hilfreich. Denn der Stundensatz eines Automechanikers in der erwähnten Höhe von Fr. 120.-- umfasst Kostenelemente wie beispielsweise Abschreibungen und Kapitalkosten der Werkstattausrüstung – oder in der Terminologie von Art. 5 ComComV die gesamten Realisierungskosten –, welche einen erheblichen Anteil am Stundensatz haben dürften und vorliegend auf Grund der gesetzlichen Kostenregelungen irrelevant sind. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die von der Gesuchsgegnerin für die Herleitung der Lohnkosten verwendeten Angaben zum Bruttolohn und zur Anzahl produktiver Stunden nicht plausibel sind. Entsprechend wurde beim Bruttolohn auf einen branchenüblichen Lohn eines Diplomingenieurs abgestützt und die Anzahl produktiver Stunden auf ein plausibles Niveau von 1845 erhöht (act. 79 Tabellenblatt Lohnkosten). Es handelt sich dabei um Werte, welche die ComCom zum wiederholten Male zur Anwendung bringt und die vom Bundesgericht auch geschützt wurden.¹⁹ Der daraus resultierende Stundensatz wird in seiner Grössenordnung auch durch die Preisüberwachung gestützt (act. 63 S. 2). Die Anpassung des Stundensatzes

bewirkt eine Reduktion der von der Gesuchsgegnerin ausgewiesenen Kosten um ca. 15%²⁰. 4.2.3.4.3. Eintretenswahrscheinlichkeit der Prozessschritte Die Gesuchsgegnerin weist für jeden Prozessschritt die Eintretenswahrscheinlichkeit aus (act. 15/1 S. 6 oder act. 64). Dabei hat sie die Werte für die Jahre 2005 und 2006 auf der Basis von Prognosen (forward-looking) und die Werte für das Jahr 2004 auf der Basis der entsprechenden Ist-Werte (backward-looking) hergeleitet (act. 75 S. 11).²¹ Die Gesuchsgegnerin führt in diesem Zusammenhang zudem aus, dass sie am 1. Juni 2004 die Ausportierung von Einzelnummern automatisiert und als Sollprozess definiert habe (act. 64 Tabellenblatt Erklärungen_Delta_05-04). Den Kostennachweis für das Jahr 2004 hat die Gesuchsgegnerin auf Grund der Verhandlungs- resp. Verfahrenskonstellation erst im Jahre 2005 erstellt. Eine forward-looking Betrachtung ist im Nachhinein freilich nicht mehr möglich. Im vorliegenden Fall ist dies hinzunehmen. Die angesetzten Eintretenswahrscheinlichkeiten für das Jahr 2004 erscheinen plausibel. Folglich sind auch keine Anpassungen angezeigt. Hingegen ist das Vorgehen der Gesuchsgegnerin für das Jahr 2005 nur teilweise korrekt. Da sie den Preis für das Jahr 2005 vor Einführung der Automatisierung berechnet hat, sind die mit der Automatisierung einhergehenden Effizienzsteigerungen nicht vollumfänglich in die Preisfestsetzung eingeflossen (act. 64 Tabellenblatt Erklärungen_Delta_05-04 und act. 15/1 S. 5). Art. 45 FDV verlangt von marktbeherrschenden Anbieterinnen eine Preisfestsetzung auf Basis von Prognosen (forward-looking). Die mit einer Prognose einhergehende Unschärfe ist zu akzeptieren, solange sie nicht zu groben systematischen Abweichungen führt. Sie liegt in der Natur der Sache.²²

E. 18

Abrufbar unter:

http://www.swisscom.com/NR/rdonlyres/1E5C54FE-C11B-4796-B88C-4FD907B8605B/0/GB05_0_de.pdf.

E. 19

Vgl. dazu FN 15 und 16.

E. 20

Vgl. FN 14.

E. 21

Entgegen der Auffassung der Gesuchsgegnerin (act. 72. S. 11) wurde dieser Sachverhalt von der Instruktionsbehörde korrekt erkannt und auch der Preisüberwachung so mitgeteilt (act. 62 S. 5).

E. 22

In Abweichung zur Instruktionsbehörde (act. 62 Anhang S. 6) geht die ComCom davon aus, dass die Gesuchsgegnerin die Eintretenswahrscheinlichkeit des Prozessschrittes "ONP Exceptions" für die Jahre 2005 und 2006

18/22

Jedoch darf von der Gesuchsgegnerin erwartet werden, dass sie für ihre Prognosen alle zur Verfügung stehenden Informationen berücksichtigt. Dies hat sie bei den Prozessschritten "Störungsbehebung" und "Anfragebeantwortung" unterlassen (act. 64 Tabellenblatt Erklärungen_Delta_05-04). Für das Jahr 2005 hätte die Gesuchsgegnerin die

Eintretenswahrscheinlichkeit dieser beiden Prozess- schritte unter Berücksichtigung ihrer vorgenommenen Automatisierung schätzen müssen. Nach Ein- führung der Automatisierung per 1. Juni 2004 wären ihr hierfür mehrere Monate Zeit zur Verfügung gestanden. Die Eintretenswahrscheinlichkeit des Teilprozesses "Störungsbehebung SF" wird auf ei- nen Wert reduziert, wie ihn die Gesuchsgegnerin für das Jahr 2004 nach der Automatisierung fest- stellte. Für den Teilprozess "Anfragebeantwortung" wird der Wert aus dem gleichen Grund nach oben korrigiert (act. 64 Tabellenblatt Erklärungen_Delta_05-04 und act. 65 Tabellenblatt 2005_ComCom). Im Resultat betragen die vorgenommenen Anpassungen ca. 1%²³ des von der Gesuchsgegnerin aus- gewiesene Kostenniveaus, da die beiden Effekte unterschiedliche Vorzeichen haben und sich deshalb weitgehend gegenseitig aufheben.

4.2.3.4.4. Bruttozeit der Prozessschritte Die Gesuchsgegnerin hat neben der Eintretenswahrscheinlichkeit auch die Bruttozeit für jeden Pro- zessschritt einzeln ausgewiesen (act. 15/1 S. 6 und act. 64). Die Bruttozeit gibt darüber Auskunft, wie lange ein Prozessschritt für die Herstellung des Produkts Ausportierung einer Einzelnummer dauert. Auf Grund eines Rechenfehlers hat die Gesuchsgegnerin die Bruttozeit für den Prozessschritt „PFM Configuration“ für das Jahr 2005 zu tief angesetzt. Die ComCom passt den Wert für das Jahr 2005 an, indem es den korrekt berechneten höheren Wert aus dem Jahr 2004 übernimmt (act. 64 Tabellenblatt Erklärungen_Delta_05-04 und act. 65 Tabellenblatt 2005_ComCom). Daraus resultiert eine Erhöhung der Kosten um ca. 3%²⁴ in Bezug auf das von der Gesuchsgegnerin ausgewiesene Kostenniveau. Die Angaben zur Bruttozeit der übrigen Prozessschritte erscheinen plausibel und wurden deshalb unverändert für die Berechnung der verfügbaren Preise übernommen.

4.2.3.4.5. Kosten aus der Benutzung des INet-Servers Da jede Fernmeldediensteanbieterin im Rahmen der Nummernportierung sowohl in der Rolle als abge- bende wie auch als aufnehmende Anbieterin betroffen sein kann, hat sich die Branche auf standardi- sierte Portierungsprozesse geeinigt und dafür ein elektronisches Workorder Handling System mit der webbasierten Applikation ONP auf dem sog. INet-Server entwickelt. Bereitstellung, Betrieb und Unter- halt wird von Teldas GmbH sichergestellt. Die Gesuchsgegnerin ist Gründungsmitglied dieser Gesell- schaft. Für die Nutzung der Applikation müssen alle Anbieterinnen einen Benutzervertrag mit der Betreiberin abschliessen und bezahlen dafür eine jährliche Grundgebühr sowie eine volumenabhängi- ge Transaktionsgebühr für jede Nummernportierung. Dabei handelt es sich definitionsgemäss um leistungsmengeninduzierte (variable) Kosten, welche im Sinn von Art. 5 Abs. 2 ComComV berücksich- tigt werden können. Aus dem Vertrag über die Benutzung der Nummernportabilitäts-Datenbank (TSP INet-Server) für Ge- sellschafter kann der Preis entnommen werden, den die Gesuchsgegnerin Teldas GmbH pro Portie- rungstransaktion entrichten muss (act. 31/1). Es handelt sich hierbei um einen Tarif mit Mengenrabatt. Konkret werden von den Gesellschaftern ab einer bestimmten Anzahl Portierungstransaktionen pro Jahr ein tieferer Preis verlangt (act. 31/1 S. 2). Aus der Anzahl Portierung für die drei relevanten Jahre kann der zu verwendende Betrag eruiert werden. Die Gesuchsgegnerin hat den Charakter dieser Kos- ten anfänglich verkannt und diese für die Jahre 2004 und 2005 nicht geltend gemacht. Dies ist ent- mit einer Abweichung von wenigen Prozentpunkten genügend genau geschätzt hat und in diesem Bereich kein Anpassungsbedarf besteht (vgl. act. 72 S. 12).

E. 23

Vgl. FN 14.

E. 24

Vgl. FN 14.

19/22

sprechend zu korrigieren. Die Gesuchsgegnerin hat ihr Versehen zwischenzeitlich erkannt und macht die Kosten für das Jahr 2006 entsprechend geltend (act. 60 Anlage 1). Im Vergleich zu den für die Jahre 2004 und 2005 ausgewiesenen Kosten der Gesuchsgegnerin erhöht sich der kostenorientierte Preis um ca. 7%²⁵.

5. Ergebnis Aus den vorangehend erwähnten Gründen sind zusammenfassend folgende Anpassungen vorzunehmen, welche ceteris paribus zu den aufgelisteten Preisauswirkungen führen. Die Preisauswirkungen werden – wie bisher in dieser Verfügung – zur Verhinderung von Rückschlüssen auf Geschäftsgeheimnisse der Gesuchsgegnerin nur ihrer Grössenordnung nach angegeben. Die genauen Werte sind act. 64 und act. 79 zu entnehmen.

Kostenanpassungen Preisauswirkung in Prozent Streichung der leistungsmengenneutralen Kosten ca. -50% Stundenansatz ca. -15% Eintretenswahrscheinlichkeit der Prozessschritte ca. -1% (nur für 2005) Bruttozeit der Prozessschritte ca. +3 % (nur für 2005) Kosten aus der Benutzung des INet-Servers ca. +7% (nur für 2004 und 2005) Tabelle 2 : Überblick über die Kostenanpassungen mit Zirka-Preisauswirkung

Diese Anpassungen führen zu einer erheblichen Senkung der gemäss Art. 5 ComCom und Art. 45 FDV zu berücksichtigenden Kosten und somit des strittigen Preises für die Portierung einer Einzelnummer. Die zu verfügenden Preise für die relevanten Jahre sind der Tabelle 3 zu entnehmen, wo sie zudem dem von der Gesuchsgegnerin verlangten Preis, sowie den von dieser effektiv geltend gemachten Kosten gegenüber gestellt werden. Zudem weist Tabelle 3 die zu verfügende Preisanpassung in Prozenten aus.

Jahr von der Gesuchsgegnerin verlangter Preis von der Gesuchsgegnerin geltend gemachte Kosten zu verfügender Preis Anpassungen in Prozent (gerundet) 2004 Fr. 31.-- [...] Fr. 17.65 43% 2005 Fr. 31.-- [...] Fr. 15.15 51% 2006 Fr. 31.-- [...] Fr. 11.90 62%
Tabelle 3 : Zu verfügende Preise für die Portierung von Einzelnummern ("Single Line [Single Number or one MSN Number Range] in Working hours") für die Jahre 2004 bis 2006

E. 25

Vgl. FN 14.

20/22

Die Gesuchsgegnerin macht unter Berufung auf die Dispositionsmaxime geltend, dass der zu verfügende Preis in keinem Fall unter Fr. [...] zu liegen kommen dürfe, nämlich dem Betrag, welchen die Gesuchstellerin anlässlich der Schlichtungsverhandlung als Einigungsangebot geäußert habe (act. 75 S. 15 f.). – Es ist zu bezweifeln, ob das im Rahmen einer Schlichtungsverhandlung von einer Partei gemachte Einigungsangebot seinem Wesen nach geeignet ist, im Sinn der Dispositionsmaxime eine Untergrenze für die Preisverfügung zu definieren. Der streitschlichtende resp. kompromissorientierte Charakter des Einigungsangebots steht dieser Sichtweise eher entgegen. Im massgeblichen Antrag 1 ihres Gesuchs verlangt die Gesuchstellerin jedenfalls, der strittige Preis sei kostenorientiert festzulegen (act. 1 S. 1). Ohnehin hat aber die Gesuchstellerin ihren Einigungsvorschlag in

einem Zeitpunkt abgegeben, in welchem der Portierungspreis für das Jahr 2006 – einzig hier würde die Dispositions- maxime greifen – noch gar nicht Verfahrensgegenstand war, weshalb die Preise, wie in Tabelle 3 ausgewiesen, zu verfügen sind.

6. Internationale Vergleichswerte Die Gesuchstellerin stützt die Begründung ihres Gesuchs mitunter auf einen Benchmark der deutschen Regulierungsbehörde Bundesnetzagentur (BNetzA, vormals RegTP; act. 2/11). Dieser würde zeigen, dass das Preisniveau der Gesuchsgegnerin bei der Nummernportierung um rund 43% über dem Durchschnitt der übrigen aufgeführten Vergleichsländer liege (act. 1 Rz. 36). Die Gesuchsgegnerin stellt in ihrer Schlussstellungnahme selber einen internationalen Preisvergleich an, da sie der Meinung ist, dass der Preisvergleich der BNetzA aus dem Jahre 2003 nicht mehr aktuell sei und zudem methodische Schwächen aufweise (act. 75 S. 13 ff.). Da sich die vorliegende Verfügung weder auf den Benchmark der Gesuchstellerin noch auf denjenigen der Gesuchsgegnerin abstützt, brauchen diese vorliegend auch nicht umfassend gewürdigt zu werden. Trotzdem erscheinen einige Bemerkungen angezeigt: - Tatsächlich stammt der Preisvergleich der BNetzA aus dem Jahre 2003. Seine Aussagekraft in Bezug auf eine Preisobergrenze ist dennoch gegeben. Denn es ist anzunehmen, dass die generelle Zunahme von Portierungen seit dem Jahr 2003 und der technologische Fortschritt zu eher tieferen Stückkosten geführt haben. - Die Gesuchsgegnerin nimmt eine Änderung im Vergleichsgegenstand vor. Statt des Preises für die Portierung einer Einzelnummer betrachtet sie den Preis pro Portierungsauftrag. Die Gesuchsgegnerin geht offensichtlich davon aus, dass pro Portierungsauftrag zum Teil mehrere Nummern portiert werden. Ohne dies näher zu erläutern scheint sie die Kosten der Ausportierung bei digitalen Anschlüssen (mit mehreren portierten Nummern) höher einzuschätzen als bei analogen Anschlüssen (mit einer Nummer). - Die Gesuchsgegnerin weist in ihrem Kostennachweis abgesehen vom Prozessschritt "Plattform" keine Kostenunterschiede zwischen der Nummernportierung bei einem analogen und einem digitalen Anschluss aus (act. 15/1 S. 6). Ende 2005 wurde dieser Prozessschritt sogar automatisiert, wodurch minimale Kostenunterschiede zwischen der Ausportierung von analogen und digitalen Anschlüssen jedenfalls ganz verschwanden (act. 64 Tabellenblatt 2006). - Die Gesuchsgegnerin nimmt in ihrem Preisvergleich eine zumindest teilweise Kaufkraftbereinigung vor (Composite Rate 60/40). Dabei verkennt sie, dass gerade im Bereich der wettbewerbspolitisch motivierten Preisregulierung solche Kaufkraftbereinigungen zu unerwünschten Ergebnissen führen, indem (ungerechtfertigte) internationale Preisunterschiede "zementiert" werden. Entsprechend hat die ComCom in ihren jüngsten Interkonnectionsentscheiden auf Empfehlung der

21/22

Preisüberwachung hin keine solche Kaufkraftbereinigungen mehr vorgenommen. Dieses Vorgehen wurde vom Bundesgericht ausdrücklich geschützt.²⁶ Vor diesem Hintergrund ist der von der Gesuchsgegnerin angestellte Preisvergleich nicht geeignet zu belegen, dass die vorliegend zu verfügenden Preise einem internationalen Vergleich nicht standhalten würden.

III. Kosten Gemäss Art. 3b i.V.m. Art. 1 der Verordnung des UVEK vom 22. Dezember 1997 über Verwaltungsgebühren im Fernmeldebereich (SR 784.106.12; hier i.V.m. Art. 28 Abs. 4 FMG und Art. 5 Abs. 2 Satz 2 ComComV) erhebt die ComCom für den vorliegenden Entscheid eine Verwaltungsgebühr von mindestens Fr. 10'000.--, berechnet nach der aufgewendeten Zeit bei einem Stundenansatz von 260.-- Franken. Zudem können die Auslagen, beispielsweise für die Kosten für Expertisen, den Parteien auferlegt werden.

Es entspricht einem allgemeinen prozessualen Grundsatz, dass die unterliegende Partei die Verfahrenskosten trägt (BGE 132 II 47 E. 3.3). Auf Grund der zu verfügenden beträchtlichen Preisreduktionen für den strittigen Dienst im Umfang von 43 bis 62% ist die Gesuchsgegnerin vorliegend als unterliegende Partei zu betrachten. Folglich hat sie die Verfahrenskosten zu tragen. [...] Die Zusprechung einer Parteientschädigung erweist sich im vorliegenden erstinstanzlichen Verfahren in Ermangelung einer gesetzlichen Grundlage indes als unzulässig (BGE 132 II 47 E. 5).

E. 26

So die in FN 15 angeführte ComCom-Verfügung, S. 125 f., geschützt durch das ebendort erwähnte Urteil des Bundesgerichts, E. 6.5.

22/22

Aus diesen Gründen wird verfügt:

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