

(Entscheid der Eidgenössischen Kommunikationskommission vom 16. August 2000)

Fernmeldewesen. Sicherstellung der Interkonnektion (Art. 11 Abs. 3 FMG). Voraussetzungen eines behördlichen Eingriffs. Vorsorgliche Massnahmen betreffend kostenorientierte Preise.

- Für die Beantwortung der Frage der Zuständigkeit der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom) muss unterschieden werden zwischen Interkonnektionsverhandlungen einerseits und Streitigkeiten aus abgeschlossenen Interkonnektionsverträgen bzw. Interkonnektionsentscheiden andererseits. Die ComCom ist lediglich zuständig bei Streitigkeiten im Rahmen von Interkonnektionsverhandlungen (Ziff. 25-33).

- Aufgrund dessen, dass die Gesuchsgegnerin bei den Interkonnektionsdiensten, welche sie im Basisangebot aufführt, marktbeherrschend ist, muss sie diese Dienste in nichtdiskriminierender Weise anbieten (Art. 11 Abs. 3 FMG in Verbindung mit Art. 29 FDV). Dies muss sie aufgrund ihrer Verpflichtung zur Nichtdiskriminierung selbst dann tun, wenn sie diese Dienste zu tieferen als kostenbasierenden Preisen gemäss Art. 34 FDV anbieten sollte (Ziff. 51).

Télécommunications. Garantie de l'interconnexion (art. 11 al. 3 LTC). Conditions d'une intervention des autorités. Mesures provisionnelles concernant des prix alignés sur les coûts.

- Pour régler la question de la compétence de la Commission fédérale de la communication (ComCom), il faut bien différencier d'une part les négociations d'interconnexion, et d'autre part les litiges concernant les contrats d'interconnexion déjà conclus et les décisions d'interconnexion. La ComCom n'est compétente que dans les cas de litiges portant sur les négociations d'interconnexion (ch. 25-33).

- Du fait que la défenderesse occupe une position dominante sur le marché des services d'interconnexion figurant dans son offre de base, elle est tenue d'offrir ces services de manière non discriminatoire (art. 11 al. 3 LTC en relation avec art. 29 OST), et ce même si elle offre ces services à des tarifs inférieurs aux prix alignés sur les coûts au sens de l'art. 34 OST (ch. 51).

Telecomunicazioni. Garanzia dell'interconnessione (art. 11 cpv. 3 LTC). Condizioni per un intervento delle autorità. Misure provvisoriale concernenti prezzi basati sui costi.

- Per risolvere la questione della competenza della Commissione federale delle comunicazioni (ComCom) occorre distinguere fra le trattative di interconnessione da una parte e le liti concernenti contratti di interconnessione già conclusi risp. le decisioni di interconnessione dall'altra parte. La ComCom è competente solo per liti nell'ambito di trattative di interconnessione (n. 25-33).

- Dato che la controparte occupa una posizione dominante sul mercato dei servizi di interconnessione che figurano nella sua offerta di base, essa deve offrire tali servizi in modo non discriminatorio (art. 11 cpv. 3 LTC in relazione con l'art. 29 OST), anche se gli stessi servizi sono offerti a tariffe inferiori rispetto ai prezzi basati sui costi ai sensi dell'art. 34 OST (n. 51).

Die Gesuchstellerin reichte mit Eingabe vom 20. April 2000 ein Gesuch um Erlass einer Verfügung auf Interkonnektion sowie von vorsorglichen Massnahmen gemäss Art. 11 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG, SR 784.10) in Verbindung mit Art. 43 ff. der Fernmeldedienstverordnung vom 6. Oktober 1997 (FDV, SR 784.101.1) bei der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom) ein. Sie verlangt für die von ihr beanspruchten Interkonnektionsdienstleistungen, welche sie von der Gesuchsgegnerin bezieht, kostenorientierte Preise und die Regelung der Interkonnektionsbedingungen.

(...)

Aus den Erwägungen:

1.1. Zuständigkeit

18. Wie bereits unter Ziff. 2 erläutert, verfügt die ComCom im Falle von Interkonnektionsstreitigkeiten gemäss Art. 11 Abs. 3 FMG die Bedingungen der Interkonnektion auf Antrag des Bundesamtes für Kommunikation (BAKOM) nach markt- und branchenüblichen Grundsätzen, wenn innert drei Monaten zwischen der zur Interkonnektion verpflichteten Anbieterin und der Anfragerin keine Einigung zustande kommt.

19. Für die vertragliche Ausgestaltung ihrer Interkonnektionsbeziehung gilt zwischen den Parteien grundsätzlich das Verhandlungsprimat. Die ComCom schreitet dann ein, wenn zwischen den Parteien innert drei Monaten nach Verhandlungsaufnahme keine Einigung zustande kommt und eine Partei ein Gesuch um Erlass einer Interkonnektionsverfügung bzw. von vorsorglichen Massnahmen einreicht (Art. 11 Abs. 3 FMG).

20. Mit Datum vom 23./24. April 1998 schlossen die beiden Parteien einen Interkonnektionsvertrag ab, der durch denjenigen vom 5. August 1999 ersetzt wurde. Dieser ist bis heute weder gekündigt noch (etwa durch die neue rechtliche Preisberechnungsgrundlage von Art. 34 FDV) nichtig geworden.

21. Die neuen Preise, die die Gesuchstellerin verlangt, müssen seit dem 1. Januar 2000 auf Art. 34 FDV basieren und nicht mehr - wie gemäss dem bestehenden Interkonnektionsvertrag - auf der Übergangsregelung gemäss Art. 65 FDV. Mit Schreiben vom 24. September 1999 teilte die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin mit, dass sie ihren Kunden für verschiedene Dienstleistungen neue Interkonnektionspreise offeriere, die ab dem 1. Januar 2000 Gültigkeit haben würden. Die angepassten Dienstbeschreibungen mit den neuen Preisen würden anfangs November zur Prüfung und zum Akzept unterbreitet. Am 31. Oktober 1999 veröffentlichte die Gesuchsgegnerin die neue Preisofferte, welche sie all ihren Vertragspartnerinnen zustellte.

22. Über diese neue Preisofferte verhandelten die Parteien ab dem 8. November 1999, was die Gesuchstellerin dem BAKOM am 15. November 1999 notifizierte. Dadurch, dass die Gesuchstellerin nebst den Interkonnektionspreisen einige Vertragsklauseln der Standard Offerte der Gesuchsgegnerin nicht akzeptieren kann, verliefen die Verhandlungen zwischen den Parteien erfolglos. Die Gesuchsgegnerin stellte der Gesuchstellerin am 28. Februar 2000 letztmals einen überarbeiteten Vertragsentwurf zu, welchen die Gesuchstellerin jedoch in einigen Punkten nicht akzeptierte, so dass die Verhandlungen abgebrochen wurden.

23. Sowohl die Gesuchstellerin als auch die Gesuchsgegnerin gehen davon aus, dass der Interkonkonnktionsvertrag vom 5. August 1999 zwischen ihnen nach wie vor Gültigkeit hat. Ziff. 13.1 dieser Interkonkonnktionsvereinbarung lautet wie folgt:

«Der Vertrag gilt für eine unbestimmte Dauer. Er kann unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von zwölf Monaten auf das Ende eines Monats gekündigt werden. Falls eine Partei die Weiterführung des Vertrages oder Neuverhandlungen verlangt, ist es ihre Sache, der zuständigen Behörde entsprechend Mitteilung zu erstatten. Wird bis zum Ablauf der Kündigungsfrist keine Einigung erzielt bzw. von der zuständigen Behörde kein Entscheid gefällt, gilt der Vertrag zu den bisherigen Bedingungen weiter, bis die Parteien eine Einigung erzielt haben bzw. von der zuständigen Behörde ein Entscheid gefällt wurde.»

24. Unter Ziff. 14.1 sieht der Interkonkonnktionsvertrag wie folgt Preisanpassungen vor:

«Die Parteien sind berechtigt, Preisanpassungen für eine oder mehrere Dienstleistungen unter Einhaltung einer dreimonatigen Mitteilungsfrist jeweils per 1. Juli und 1. Januar zu verlangen. Es ist Sache der die Preisanpassungen verlangenden Partei, der zuständigen Behörde entsprechend Mitteilung zu erstatten. Sollte bezüglich der Dienstleistungen auf den Zeitpunkt des Anpassungstermins hin weder eine Einigung erzielt worden sein noch ein Entscheid der zuständigen Behörde vorliegen, so werden die Dienstleistungen zu den bisherigen Preisen erbracht, bis die Parteien eine Einigung erzielt haben bzw. von der zuständigen Behörde ein Entscheid gefällt wurde.»

Die Gesuchsgegnerin bezieht sich in ihrem Schreiben vom 24. September 1999, in dem sie Preisanpassungen ankündigt, ausdrücklich auf die Ziff. 14.1 der Vertragsbedingungen.

25. Art. 11 Abs. 3 und Abs. 4 FMG bezeichnen sowohl die ComCom (nach fruchtlosen drei-monatigen Verhandlungen) wie auch die Zivilgerichte (Streitigkeiten aus Interkonkonnktionsvereinbarungen und Interkonkonnktionsentscheiden) für Interkonkonnktionsangelegenheiten als zuständige Behörden. Es stellt sich damit die Frage, wie Art. 11 Abs. 3 und 4 FMG bezüglich der Zuständigkeit der entsprechenden Behörden auszulegen ist. Ausgehend von einer grammatikalischen Auslegung kann geschlossen werden, dass die Voraussetzungen für die Zuständigkeit der ComCom lediglich an die drei-monatige, fruchtlose Verhandlungsdauer zwischen den Verhandlungsparteien geknüpft ist. Art. 11 Abs. 3 FMG unterscheidet nicht, ob es sich dabei um Verhandlungen bei vertragslosem Zustand zwischen den Parteien handelt oder ob trotz bereits vorbestehendem Interkonkonnktionsvertrag «Neuverhandlungen» aufgenommen wurden. Diese Auslegung wird erhärtet durch Art. 40 FDV. Zur Sicherstellung der drei-monatigen Verhandlungsfrist hält Art. 40 FDV nämlich fest, dass die um Interkonkonnktion nachsuchende Partei dem BAKOM die Aufnahme von Interkonkonnktionsverhandlungen oder von Neuverhandlungen schriftlich mitteilt.

26. Art. 11 Abs. 4 FMG erklärt für Streitigkeiten «aus Interkonkonnktionsvereinbarungen und Interkonkonnktionsentscheiden» die Zivilgerichte für zuständig. Diese Bestimmung muss jedoch dahingehend verstanden werden, dass der Gesetzgeber die Zuständigkeit der Zivilgerichte in ihren angestammten Gebieten vorgesehen hat wie z. B. Schadenersatzforderungen aus dem Vertrag (vgl. Votum Stamm im AB 1996 N 2303), nicht-gehörige Erfüllung des Vertrages, Klage gegen angedrohte Abschaltung der Interkonkonnktionsdienste wegen ausstehenden Forderungen (vgl. ComCom-Entscheid vom 2. Juni 1999 i.S. ACT Communications AG vs. Swisscom AG), usw.. Es war jedoch nicht die Meinung des Gesetzgebers, einzig in der Anfangsphase der Marktöffnung ein Instrument zur Regulierung zu haben, wie das die Gesuchsgegnerin in ihrer Eingabe vom 11. Mai 2000 behauptet, sondern ein solches ist nötig, solange in gewissen Bereichen der Telekommunikation Marktbeherrschung vorhanden ist. Solange komplexe fernmelderechtliche Fragestellungen zu beantworten sind, kann es vernünftigerweise nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprochen haben, die Zuständigkeit von der kompetenten Fachbehörde auf Zivilgerichte zu übertragen, die mit dieser Materie nicht vertraut sind. Wenn es also um die Bedingungen der Interkonkonnktion geht - und dazu gehören natürlich insbesondere die Interkonkonnktionspreise - dann muss die ComCom die zuständige und mit der entsprechenden Fachkompetenz ausgestattete Behörde bleiben.

27. Es muss also klar unterschieden werden zwischen Interkonkonnktionsverhandlungen einerseits und Streitigkeiten aus abgeschlossenen Interkonkonnktionsverträgen bzw. Interkonkonnktionsentscheiden (also dem Vollzug des Vertrages) andererseits. Es stellt sich damit die Frage, worum es sich bei der vorliegenden zu beurteilenden Streitsache handelt, ob um eine Streitigkeit aus einem bestehenden Interkonkonnktionsvertrag und dessen Auslegung oder aber um einen Fall von (Neu-)Verhandlungen, mithin um den Abschluss eines neuen Interkonkonnktionsvertrages.

28. Das Recht auf Interkonkonnktion und die Bedingungen zur Ausübung dieses Rechts, also die Möglichkeit, ein Interkonkonnktionsgesuch bei der ComCom stellen zu können, bestehen unabhängig von einem Interkonkonnktionsvertrag. Dies ist von Gesetzes wegen so vorgesehen und stellt ausserdem auch ein wesentliches Instrument gemäss dem 4. Protokoll der Welthandelsorganisation (WTO) betreffend den Anhang zu Verhandlungen über Basis-Telekommunikationsdienstleistungen des Allgemeinen Abkommens vom 6. Oktober 1995 über den Handel mit Dienstleistungen (GATS, SR 0.632.20) dar. Im Falle, dass die Verhandlungsparteien in ihren Interkonkonnktionsverhandlungen nicht zu einem Abschluss kommen, soll gemäss Art. 11 Abs. 3 FMG die ComCom demgemäss die Möglichkeit haben, mittels Verwaltungsakt die Vertragsmodalitäten zu regeln.

29. Die Gesuchsgegnerin hat der Gesuchstellerin wie auch ihren übrigen Interkonkonnktions-Vertragspartnerinnen (unter Bezugnahme auf die obenerwähnte Preisanpassungsklausel Ziff. 14.1) bzw. potentiellen Vertragspartnerinnen neue Preise angeboten. Sie hat also selbst die Vertragsrevision eingeleitet, ausgehend vom evolutiven Charakter der Interkonkonnktionsbeziehungen. Dieser geht unter anderem aus den gesetzlichen Bestimmungen hervor, welche die Nichtdiskriminierung vorschreiben und von der zur Interkonkonnktion verpflichteten Anbieterin regelmässig eine Überprüfung der Bedingungen verlangen, die diese mit ihren Vertragspartnern abgeschlossen oder welche die ComCom auferlegt hat. Bei Akzept dieser neuen Offerte wurde jeweils ein neuer Vertrag abgeschlossen, der den bisherigen - soweit ein solcher bereits bestanden hat - ersetzte. Mit dem neuen Vertragsangebot der Gesuchsgegnerin wurden mithin Vertragsverhandlungen bzw. Neuverhandlungen im Sinne von Art. 11 Abs. 3 FMG eingeleitet. Dabei handelte es sich nicht etwa um eine Anwendungs- oder Auslegungsfrage des vorbestehenden Interkonkonnktionsvertrages.

30. Wenn die Gesuchsgegnerin einerseits ihren Partnern einen neuen Vertrag mit Interkonkonnktionstarifen auf der Basis von Art. 34 FDV unterbreitet, obwohl noch ein Interkonkonnktionsvertrag besteht und sich andererseits darauf beruft, es bestehe ein gültiger Vertrag mit der Gesuchstellerin, so dass diese kein Interkonkonnktionsgesuch bei der ComCom einreichen könne, verhält sie sich widersprüchlich. Wenn die Gesuchsgegnerin mit Fernmeldedienstleistungsanbieterinnen einen neuen und alle bisherigen vertraglichen Regelungen ersetzenden Vertrag abschliesst, sobald eine Einigung zustande kommt, kann sie sich nicht darauf berufen, im Falle der Gesuchstellerin handle es sich um die Auslegung von bestehenden Vertragsbestimmungen. Es geht nicht um die Auslegung des bisherigen Vertrages, sondern um das Aushandeln eines neuen Vertrages, oder zumindest von neuen Preisen im Rahmen eines bestehenden Vertrages.

31. Auch die Erwähnung in Ziff. 14.1 des zwischen den Parteien bestehenden Interkonnektionsvertrages, wonach die eine Anpassung der Preise verlangende Partei der zuständigen Behörde entsprechend Mitteilung erstatten könne, bestätigt, wovon die Parteien bei Abschluss des Vertrages ausgegangen sind. Nämlich davon, dass die entsprechende Notifikation gegenüber dem BAKOM gemäss Art. 40 FDV die 3-monatige Verhandlungsfrist sichern sollte, bevor gemäss Art. 11 Abs. 3 FMG bei der ComCom ein Interkonnektionsgesuch eingereicht werden könne. Eine andere Interpretation dieser Klausel ergibt keinen Sinn.

32. Ein weiteres Argument, welches zeigt, dass es sich im vorliegenden Fall um Neuverhandlungen handelt, welche im Falle eines Akzeptes zu einem neuen Vertrag führt und den vorherigen ersetzt, ist die Tatsache, dass die Gesuchsgegnerin diejenigen Interkonnektionsverträge, welche sie mit ihren Partnern aufgrund ihres neuen Standardangebotes abgeschlossen hat, jeweils rückwirkend auf den 1. Januar 2000 abschloss und vorbestehende Verträge dadurch vollständig ersetzte.

33. Zusammenfassend ergibt sich, dass die ComCom im vorliegenden Verfahren die zuständige Behörde ist.

1.2. Vorsorgliche Massnahmen

3.2.1. Grundsatz

34. Mit dem Erlass von vorsorglichen Massnahmen soll die Wirksamkeit einer erst später zu treffenden definitiven Anordnung sichergestellt werden. Die Voraussetzungen dafür sind, dass (1) die Gestuchstellerin eine günstige Erfolgsprognose glaubhaft macht, dass (2) der Gestuchstellerin 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], 1997, II, S. 322 ff.).

35. Die Gestuchstellerin beantragt in ihrem Gesuch, die Preise für die Interkonnektionsdienstleistungen der Gestuchsgegnerin seien bereits während der Dauer des Verfahrens mit Wirkung per 1. Januar 2000 vorsorglich kostenorientiert, eventualiter auf das Niveau des kommerziellen Angebotes der Gestuchsgegnerin gemäss Vertragsentwurf vom 28. Februar 2000 festzulegen.

3.2.2. Erfolgsprognose

36. Im Rahmen der Erfolgsprognose wird geprüft, ob die Wahrscheinlichkeit besteht, dass die von der Gestuchstellerin für die vorsorglichen Massnahmen gestellten Rechtsbegehren durch den später zu fällenden Hauptentscheid bestätigt werden (Alfred Kölz / Isabelle Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 146).

37. Marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten müssen andern Anbieterinnen von Fernmeldediensten nach den Grundsätzen einer transparenten und kostenorientierten Preisgestaltung auf nichtdiskriminierende Weise Interkonnektion gewähren (Art. 11 Abs. 1 FMG).

38. Sowohl bei der Gestuchstellerin wie auch bei der Gestuchsgegnerin handelt es sich um Fernmeldediensteanbieterinnen, welche beide je potenziell interkonnektionsberechtigt und -verpflichtet sind. Die Gestuchsgegnerin gilt in der öffentlichen Sprachtelefonie nach wie vor als marktbeherrschende Anbieterin. Dies ist amtsnotorisch und wurde von der Wettbewerbskommission (WEKO) letztmals mit Entscheid vom 5. Mai 1997 i.S. Telecom PTT/Blue Window (Untersuchung der Wettbewerbskommission vom 5. Mai 1997, Recht und Politik des Wettbewerbs [RPW] 1997/2, S. 161) gestützt, in welchem festgehalten wurde, dass die Rechtsvorgängerin der Gestuchsgegnerin auf dem schweizerischen Telefoniemarkt als marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) gilt.

39. Die Gestuchsgegnerin ist als marktbeherrschende Anbieterin verpflichtet, andern Anbieterinnen den Zugang zu den für die Interkonnektion notwendigen Einrichtungen, Diensten und Informationen nichtdiskriminierend zur Verfügung zu stellen (Art. 29 Abs. 1 FDV). Gemäss Art. 32 FDV bietet die marktbeherrschende Anbieterin ausserdem im betreffenden Markt mindestens ein Basisangebot für die Erzeugung, Terminierung und den Transit der Verbindungen aller Dienste der Grundversorgung an («Originating, Terminating Access and Tandem Service»; Art. 32 Bst. a FDV). Diese Dienste müsste die Gestuchsgegnerin auch dann anbieten, wenn sie effektiv für einen dieser Dienste nicht mehr marktbeherrschend im Sinne von Art. 4 KG wäre (Art. 11 Abs. 2 FMG in Verbindung mit Art. 37 FDV). Die drei Grunddienste Erzeugung, Terminierung und Transit sollen also immer im Basisangebot offeriert werden. Schon allein diese Regeln genügten als Grundlage, um einen materiellen Entscheid über den Grundsatz der Interkonnektion zu fällen.

40. Die Gestuchsgegnerin hält denn auch gemäss ihrer diesbezüglichen Verpflichtung ein Basisangebot bereit («Standard Offer for the connection of telecommunications installations and services»). Dieses hat sie am 1. November 1999 mit Wirkung auf den 1. Januar 2000 der neuen gesetzlichen Berechnungsgrundlage von Art. 34 FDV («Long Run Incremental Costs» [LRIC]-basierte Interkonnektionspreise), welcher die zweijährige Übergangsregelung von Art. 65 FDV ablöste, angepasst. Im Januar 2000 veröffentlichte die Gestuchsgegnerin eine neue Standardofferte, welche tiefere Interkonnektionspreise und gegenüber dem LRIC-basierenden Angebot veränderte Vertragsklauseln aufweist. Dieses Basisangebot bezeichnet die Gestuchsgegnerin als «kommerzielles Angebot», da es tiefere Preise beinhaltet, als die Gestuchsgegnerin gemäss Art. 11 Abs. 3 FMG in Verbindung mit Art. 34 FDV anzubieten verpflichtet sei. Zur Gewährleistung dieser Interkonnektionspreise ist die Gestuchsgegnerin im Rahmen ihres entsprechenden Basisangebotes allerdings nur bereit bei gleichzeitiger Unterzeichnung ihrer neuen Vertragsbedingungen. Diese verpflichten ihre Vertragspartnerinnen unter anderen dazu, während des Jahres 2000 bei der ComCom kein Interkonnektionsgesuch im Verhältnis zur Gestuchsgegnerin einzureichen. Dies war für die Gestuchstellerin denn auch ein wesentlicher Grund dafür, das «kommerzielle Basisangebot» der Gestuchsgegnerin nicht zu unterzeichnen.

41. Die Gestuchsgegnerin macht in ihrer Stellungnahme vom 11. Mai 2000 geltend, zu den eingeklagten Dienstleistungen liege keine Beurteilung der Marktbeherrschung durch die WEKO vor. Insbesondere bei den Transitdienstleistungen sei sie heute schon nicht mehr marktbeherrschend, was sich aus dem Gutachten der WEKO vom 7. Februar 2000 ergebe, welches im Interkonnektionsverfahren Commcare AG vs. Swisscom AG (RPW 2000/1, S. 70) erstellt worden ist. Ausserdem handle es sich nicht bei allen eingeklagten Diensten um Interkonnektionsdienste, was die Gestuchsgegnerin allerdings nirgends präzisiert.

42. Dass die Gestuchsgegnerin bei den Transitdiensten mit dem Liberalisierungsprozess der Telekommunikation in der Schweiz inzwischen nicht mehr marktbeherrschend sei, kann nicht völlig ausgeschlossen werden. Das von der Gestuchsgegnerin angesprochene Gutachten aus dem obenerwähnten Fall Commcare vs. Swisscom betraf jedoch den Markt von Mietleitungen und

Übertragungsmedien. Dessen Resultat kann nicht unbedingt auf den vorliegenden Fall übertragen werden, da es sich möglicherweise um unterschiedliche relevante Märkte handelt. Auch können gewisse Interkonnektionsdienste, wie z. B. der Terminierungsdienst für «Mobile-Dienste» der Gesuchsgegnerin («Swisscom Transit Termination Service to Swisscom Mobile»), nicht ohne ihren Transitdienst bezogen werden, was wiederum ein klares Indiz für eine Marktbeherrschung darstellt. Zum Markt der öffentlichen Sprachtelefonie liegt bisher keine andere Beurteilung als diejenige der WEKO vom 5. Mai 1997 i.S. Telecom PTT/Blue Window vor. Diese schloss auf Marktbeherrschung der Rechtsvorgängerin der Gesuchsgegnerin. Im Rahmen der summarischen Prüfung zum Erlass vorsorglicher Massnahmen ist es nicht möglich, die Marktbeherrschung der Gesuchsgegnerin bezüglich des Transitdienstes abschliessend zu beurteilen. Diese Frage wird - soweit bestritten - im Rahmen des Hauptverfahrens weiter abzuklären sein. Aufgrund der vorliegenden Informationen kann zumindest für die zentralen Dienste, die Gesuchsgegenstand sind, von einer Marktbeherrschung ausgegangen werden. Dies genügt für den Massnahmenentscheid. Was die übrigen eingeklagten Dienste anbelangt, so begnügt sich die Gesuchsgegnerin mit dem Einwand, dass die WEKO keine Beurteilung betreffend die Marktbeherrschung vorgenommen hatte. Eine diesbezügliche Beurteilung durch die WEKO ist indessen für einen Interkonnektionsentscheid erst dann nötig, wenn sich die Frage der Marktbeherrschung tatsächlich stellt (Art. 11 Abs. 3 FMG).

43. Bei den Interkonnektionsdiensten des Basisangebotes kann indessen - eventuell mit Ausnahme des Transitdienstes - noch immer auf obenerwähnten Entscheid der WEKO i.S. Telecom PTT/Blue Window abgestellt werden, in welchem die Rechtsvorgängerin der Gesuchsgegnerin auf dem schweizerischen Telefoniemarkt als marktbeherrschendes Unternehmen qualifiziert wurde. Diesbezüglich ist die Gesuchsgegnerin an die Nichtdiskriminierung gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG in Verbindung mit Art. 29 FDV gebunden, so dass sie diese Interkonnektionsdienste jeweils zu ihren günstigsten Interkonnektionspreisen anbieten muss, ohne sie mit irgendwelchen Vertragsbedingungen koppeln zu dürfen.

44. Die Gesuchsgegnerin bietet ihr Basisangebot jeweils in ganzen Vertragspaketen an, d. h. die Vertragsurkunde bietet sie momentan in der Version 4.1 an, die Geschäftsbedingungen in der Version 4.0, die Standard-Interkonnektionsdienste ebenfalls in 4.0-Versionen und die Interkonnektionspreise in der Version 4.7 (ab 1. August 2000). Den Transitdienst aus dem entsprechenden Basisangebot heraus zu nehmen und dafür einen abweichenden Preis zu bestimmen, rechtfertigt sich unter anderem deshalb nicht, weil diese Vertragsversionen von der Gesuchsgegnerin offenbar je als Einheit verstanden werden und daher aus Sicht der ComCom nicht ohne Not im Rahmen eines Entscheides um vorsorgliche Massnahmen zerplückt werden sollten. Eine separate Beurteilung des Transitdienstes rechtfertigt sich aber auch aus folgendem Grund nicht:

45. Der Preis des «Transit Service» der Gesuchsgegnerin teilt sich auf in einen Transit-Anteil und einen Drittparteien-Anteil (so genannt «3rd Party Cost»). Der Drittparteien-Anteil versteht sich als jener Anteil, den die Gesuchsgegnerin aufgrund der Fremdkosten der entsprechenden Drittpartei, der sie den Fernmeldedienst übergibt, abgeben muss. Diesbezüglich handelt es sich also um einen Anteil, der sich mit Fremdkosten rechtfertigt und den die Gesuchsgegnerin nicht beeinflussen kann. Nun hat sich aber der Transit-Anteil des «Transit Service» von der so genannten «LRIC-Offerte» der Gesuchsgegnerin bis zur aktuellsten Standard-Offerte nicht verändert, sondern ist gleich geblieben. Es macht somit auch keinen Sinn, den Preis dieses Dienstes im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen separat zu überprüfen, hat doch die Gesuchsgegnerin ihren Kostenanteil dieses Dienstes für das «kommerzielle Angebot» nicht verändert. Auch von daher rechtfertigt sich somit ein Ausschliessen des Transitdienstes aus dem aktuellsten Basisangebot oder seine Preismodifikation nicht.

46. Was diejenigen Dienste anbelangt, welche die Gesuchsgegnerin nicht als Interkonnektionsdienste gelten lassen will, so muss dieser Auffassung widersprochen werden. Bei diesen Diensten nämlich, welche die Gesuchstellerin in ihren Anträgen unter «Verbindungsunabhängige Gebühren» aufführt («Swisscom Network Joining Service, SS7 Testing, PTS Number Implementation, Interconnection Voice Service Implementation Charges, Network Implementation Service»), handelt es sich um für die Interkonnektion zwingend notwendige Leistungen, welche jeweils zusammen mit den übrigen Standard-Interkonnektionsdiensten bezogen werden müssen, um eine funktionierende Interkonnektion überhaupt zu gewährleisten. Insofern gehören diese Leistungen ohne weiteres zu den Interkonnektionsdiensten, und die Gesuchsgegnerin ist zu einem entsprechenden Angebot verpflichtet. Sie werden denn auch allesamt in jedem Basisangebot der Gesuchsgegnerin aufgeführt.

47. Es stellt sich die Frage, ob die Gesuchstellerin gemäss ihrem Gesuch im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen Anspruch auf von ihr geltend gemachte tiefere Interkonnektionspreise hat.

48. Die ComCom erlässt vorsorgliche Massnahmen zur Sicherstellung der Interkonnektion, d. h. sie interveniert in denjenigen Fällen, in denen die entsprechende Sicherstellung während des Verfahrens, beispielsweise mangels physischer Interkonnektion oder wegen exorbitanten Interkonnektionstarifen, nicht gewährt ist. Ob die Interkonnektionspreise in casu tatsächlich weit über demjenigen Preis liegen, zu dem die Gesuchsgegnerin gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG in Verbindung mit Art. 34 FDV verpflichtet ist, lässt sich im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen im vorliegenden Fall nur sehr schwer entscheiden. Die Gesuchstellerin behauptet zu hohe Interkonnektionstarife der Gesuchsgegnerin einerseits gestützt auf die so genannte National Economic Research Associates (NERA)-Studie, welche das BAKOM im vergangenen Jahr zur Ermittlung der vorausschauenden LRIC-Kosten der Gesuchsgegnerin in Auftrag gegeben hat und welche im November 1999 herausgegeben wurde. Andererseits stützt sich die Gesuchstellerin auf Vergleiche mit europäischen Interkonnektionspreisen.

49. Der von der Gesuchstellerin dargestellte Sachverhalt betreffend die Resultate der NERA-Studie ist durchaus richtig. In der Tat lassen sich grosse Unterschiede zwischen dem Top-down-Modell der Gesuchsgegnerin und dem Bottom-up-Modell von NERA feststellen. Diese Unterschiede konnten, wie von der Gesuchstellerin richtig geschildert, durch sukzessives Ersetzen von bestimmten Inputdaten und gewissen Annahmen des NERA-Modells durch Angaben der Gesuchsgegnerin weitgehend erklärt werden. Die grossen Preisunterschiede werden in der zitierten NERA-Studie in gewissen Punkten relativiert oder zumindest zum Teil betreffend der Vergleichbarkeit der Zahlen in Frage gestellt. Beispielsweise lassen die Ausrüstungspreise der Gesuchsgegnerin den Preis für die regionale Terminierung im NERA Modell um 23% ansteigen. Der Hauptunterschied in den Ausrüstungspreisen liegt in Kosten für die Kabelkanäle. Die Gesuchsgegnerin hat die Kosten für die Schächte auf den Meter Kabelkanal umgelegt, was die anderen Fernmeldediensteanbieterinnen möglicherweise nicht gemacht haben und deshalb die Durchschnittskosten für diese Ausrüstung im NERA-Modell deutlich tiefer ausgefallen sind. Ein weiterer Grund, warum man die Resultate des NERA-Modells nicht ohne genauere Überprüfung hinnehmen kann, ist in den Betriebskosten zu finden. Die Angaben der Gesuchsgegnerin erhöhen den regionalen Terminierungspreis im Bottom-up Modell um rund 12%. Im Bericht von NERA wird darauf hingewiesen, dass die Betriebskosten der Gesuchsgegnerin deutlich über dem Durchschnitt der anderen Betreiber waren, jedoch im internationalen Vergleich nicht unbedingt als zu hoch bezeichnet werden können. Die Gesuchstellerin weist bei den europäischen Preisvergleichen (nach Bereinigung der Kaufkraftparität) darauf hin, dass die Gesuchsgegnerin mit ihren Interkonnektionspreisen höher liegt, obwohl nur Grossbritannien LRIC-basierte IC-Preise habe. Es ist jedoch zu erwähnen, dass Österreich ebenfalls über

LRIC-Preise verfügt und diese deutlich höher sind als die von der Gesuchsgegnerin offerierten Preise.

50. Aufgrund der Ausführungen und der vergleichenden Tabellen der Gesuchstellerin kann im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen nicht beurteilt werden, ob die Gesuchsgegnerin offensichtlich zu hohe Interkonnectionspreise aufweist. Hierzu werden im Rahmen des Hauptverfahrens die nötigen Untersuchungen durchzuführen sein.

51. Betreffend den Antrag auf Festsetzung der Interkonnectionspreise auf kostenorientierter Basis ist - soweit im Rahmen dieser summarischen Abklärung möglich - die Erfolgsprognose grundsätzlich positiv. Welches die Höhe dieser Preise sein wird, kann jedoch nicht vorausgesagt werden. Aufgrund dessen, dass die Gesuchsgegnerin bei den Interkonnectionsdiensten, welche sie im Basisangebot aufführt - eventuell mit Ausnahme des Transitdienstes (vgl. Rz. 43) - marktbeherrschend ist, muss sie diese Dienste in nichtdiskriminierender Weise anbieten (Art. 11 Abs. 3 FMG in Verbindung mit Art. 29 FDV). Dies muss sie aufgrund ihrer Verpflichtung zur Nichtdiskriminierung selbst dann, wenn sie diese Dienste zu tieferen als kostenbasierenden Preisen gemäss Art. 34 FDV anbieten sollte. Es ist daher davon auszugehen, dass die Erfolgsprognose für höchstens die jeweils aktuellsten Interkonnectionspreise des «kommerziellen» Basisangebots (siehe Rz. 36) der Gesuchsgegnerin - momentan wäre dies das «Price Manual» Version 4.7 - insgesamt positiv ist.

52. Um die Nichtdiskriminierung bezüglich der Interkonnectionspreise auch während der Dauer des Verfahrens sicherzustellen, hat die Gesuchsgegnerin allfällige Preissenkungen in ihrem Standardangebot, welche sie im vorliegenden Verfahren bis zu einem rechtskräftigen Endentscheid durch die ComCom vornimmt, der Gesuchstellerin gleichermassen anzubieten. Dies gilt auch für Preissenkungen, welche durch rechtskräftige Verfügungen der entsprechenden Behörde während dieser Zeitspanne erwirkt werden.

53. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Gesuchsgegnerin gehalten ist, der Gesuchstellerin nichtdiskriminierende Interkonnectionspreise anzubieten. Im Rahmen des Hauptverfahrens wird zu prüfen sein, ob die Interkonnectionspreise der Gesuchsgegnerin effektiv den Anforderungen von Art. 34 FDV entsprechen, wie dies die Gesuchstellerin bestreitet. Aufgrund der Verpflichtung der Gesuchsgegnerin zur Nichtdiskriminierung aller Anbieterinnen und somit dazu, allen Interkonnectionspartnerinnen dieselben Interkonnectionspreise zu verrechnen, kann für die Bestätigung des Massnahmenescheides in einem Endentscheid eine positive Erfolgsprognose gestellt werden. Dabei ist offen, ob im Endentscheid die Preise des Standard-Angebotes der Gesuchsgegnerin aufgrund der Überprüfung ihrer Kostenorientierung zu reduzieren sein werden.

3.2.3. Nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil

54. Bei der Frage nach dem nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil ist zu prüfen, ob bei einem Zuwarten mit dem Erlass der vorsorglichen Massnahme der Gesuchstellerin ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht.

55. (...)

56. Die Interkonnectionspreise stellen für die Endkundenpreise einen wesentlichen Kostenfaktor dar. Dadurch, dass der Gesuchstellerin das letzte Basisangebot der Gesuchsgegnerin bezüglich der Bedingungen nicht akzeptabel erschien, sie dieses somit nicht unterzeichnete und deshalb gegenüber andern Fernmeldediensteanbieterinnen einen höheren Interkonnectionspreis bezahlen muss, kann die Gesuchstellerin ihre Kundenpreise nicht gleichermassen wie ihre Konkurrenz berechnen und senken. Dass der Gesuchstellerin der Verlust von Marktanteilen sowie Umsatzverluste drohen, versteht sich von selbst. Eine erst nachträgliche Rückerstattung von allfällig zu hoch bezahlten Interkonnectionspreisen können die zwischenzeitlich eingetretenen Marktnachteile kaum mehr ausgleichen. Der Gesuchstellerin droht somit im hart umkämpften Telekommunikationsmarkt offensichtlich ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil. Um dies zu vermeiden, wäre die Gesuchstellerin genötigt, während der Dauer des Verfahrens den entsprechenden Differenzbetrag selbst zu tragen und müsste gegenüber ihren Konkurrentinnen eine Preisdiskriminierung hinnehmen. In Anbetracht dessen, dass die Gesuchstellerin einen Mindestanspruch auf nichtdiskriminierende

Interkonnectionspreise gegenüber ihrer Konkurrenz hat, stellt sich die Frage, wer das entsprechende Kostenrisiko während der Dauer des Verfahrens zu tragen hat, nicht. Die Gesuchstellerin hat einen gesetzlichen Anspruch auf nichtdiskriminierende Behandlung durch die marktbeherrschende Anbieterin. Es kann mithin ohne Erlass vorsorglicher Massnahmen, womit die Gesuchsgegnerin verpflichtet wird, der Gesuchstellerin nichtdiskriminierende Interkonnectionspreise gemäss ihrem Basisangebot zu verrechnen, von einem nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil für die Gesuchstellerin ausgegangen werden. Hingegen wäre kein solcher Nachteil ersichtlich, wenn die Gesuchstellerin während der Dauer des Verfahrens keine tieferen (bzw. «echte») LRIC-Preise erhalten würde als ihre Konkurrentinnen, wie sie es beantragt hat. Im Gegensatz zum Fall Commcare vs. Swisscom, wo die Gesuchstellerin das einzige Unternehmen gewesen wäre, das in den Genuss allfälliger vorsorglich verfügbarer tieferer Preise gekommen wäre, können im vorliegenden Fall die Spiesse mit der Verfügung von vorsorglichen Preisen wieder für alle Wettbewerber gleich lang gemacht werden.

3.2.4. Dringlichkeit

57. Dringlichkeit liegt dann vor, wenn davon ausgegangen werden muss, dass der nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil vor Erlass des Hauptentscheides eintreten wird.

58. (...)

59. Wie bereits aus den Erwägungen betreffend die nicht wieder gutzumachenden Nachteile hervorgeht, ist das Eintreten dieser Nachteile ohne Erlass vorsorglicher Massnahmen schon vor Erlass einer Endverfügung zu befürchten. Damit ergibt sich die erforderliche Dringlichkeit insbesondere aus der Befürchtung des Verlustes von Marktanteilen und von Umsatz, was sich im erst auf den 1. Januar 1998 liberalisierten Schweizerischen Telekommunikationsmarkt besonders negativ auswirken kann. Der Wettbewerb um Marktanteile und die entsprechenden Positionierungskämpfe sind denn noch immer in vollem Gange. Es muss somit von einer Dringlichkeit des Erlasses vorsorglicher Massnahmen zumindest zur Gleichstellung mit ihren Konkurrentinnen bezüglich der Interkonnectionspreise ausgegangen werden.

3.2.5. Verhältnismässigkeit

60. 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.

61. (...)

62. Mittels vorsorglicher Verfügung von denselben Interkonnectionspreisen, wie sie die Gesuchsgegnerin in ihrem letzten Basisangebot offeriert hat, kann der zu befürchtende Nachteil der Gesuchstellerin während der Dauer des Verfahrens in geeigneter Weise verhindert werden.

63. Diese Massnahme erscheint auch als erforderlich, würde doch ohne die Verfügung von nichtdiskriminierenden Preisen und die Verweigerung gleich langer Spiesse gegenüber ihren Mitbewerberinnen der Gesuchstellerin während der Dauer des Verfahrens ein wesentlicher Wettbewerbsnachteil drohen. Ein geringeres Mittel würde nicht ausreichen, da auf dem hart umkämpften Telekommunikationsmarkt die Wettbewerber zumindest im Festnetz nur über sehr enge Margen verfügen.

64. Auch erscheint die Massnahme verhältnismässig, ist doch nicht einzusehen, weshalb die Gesuchstellerin während der Dauer des Verfahrens nicht von denselben Interkonnectionspreisen sollte profitieren können, wie dies ihre Mitbewerberinnen rückwirkend auf den 1. Januar 2000 können. Jedenfalls erscheint das Interesse der Gesuchstellerin, diese Preise bis zu einem Endentscheid zu erhalten und damit kompetitiv auf dem Markt auftreten zu können, demjenigen Interesse der Gesuchsgegnerin übergeordnet, einzelne Unternehmen preislich nicht gleich zu behandeln wie ihre Vertragspartnerinnen, die bereit waren, ihre neuen Vertragsbedingungen zu akzeptieren.

65. Die Verknüpfung des vertraglichen Anspruchs auf tiefere Interkonnectionspreise mit der gleichzeitigen Unterzeichnung ihrer Vertragsbedingungen, wie es die Gesuchsgegnerin im Rahmen ihrer Verpflichtung, ab dem 1. Januar 2000 kostenbasierende LRIC-Preise gemäss Art. 34 FDV zu berechnen zu tun pflegte, rechtfertigt die Diskriminierung derjenigen Anbieterinnen nicht, welche nicht bereit waren, die neuen Vertragsbedingungen der Gesuchsgegnerin zu unterzeichnen. Diese ist von Gesetzes wegen zur Gleichbehandlung aller Interkonnectionspartnerinnen verpflichtet (Art. 29 FDV). Dies bedeutet insbesondere die Anwendbarkeit gleicher Interkonnectionspreise, selbst wenn die Gesuchsgegnerin behauptet, diese würden unter den Preisen gemäss Art. 34 FDV liegen. Über die umstrittenen Vertragsbedingungen, wie sie zwischen den Parteien gelten sollen, wird denn auch im Rahmen des Hauptverfahrens zu befinden sein.

66. Diese eben erwähnte Verknüpfung eines vertraglichen Anspruchs auf tiefere Interkonnectionspreise bei der gleichzeitigen Unterzeichnung der Vertragsbedingungen der Gesuchsgegnerin ist im Übrigen auch mit Blick auf die zwischen den Parteien abgemachte Preisanpassungsklausel (Ziff. 14.3 des Interkonnectionsvertrages vom 5. August 1999) fragwürdig. Hiernach hätte jede Partei die Möglichkeit haben sollen, die standardmässig angepassten Interkonnectionspreise der einen Vertragspartei akzeptieren zu können. Nicht vorausgesetzt ist nach dieser Klausel die gleichzeitige Unterzeichnung neuer Vertragsbedingungen wie beispielsweise die Preisgültigkeitsdauer von einem Jahr.

67. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Erlass von vorsorglichen Massnahmen verhältnismässig ist.

1.3. Fazit

68. Sowohl die fernmelderechtlichen als auch die allgemeinen Voraussetzungen für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen sind erfüllt. Für die Dauer des Verfahrens werden die Preise für die Interkonnectionsdienste der Gesuchsgegnerin im Verhältnis zwischen ihr und der Gesuchsgegnerin auf das Niveau des aktuellen Standard-Angebotes reduziert. Allfällige Preisänderungen, die die Gesuchsgegnerin in ihrem Standard-Angebot während der Dauer des hängigen Verfahrens vornimmt, sind auch im Verhältnis zwischen der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin entsprechend anzupassen.

1.4. Zeitpunkt für die Festlegung der Interkonnectionspreise

69. (...)

70. Die Gesuchsgegnerin veröffentlichte das neue Basisangebot am 31. Oktober 1999 («LRIC-Offerte») bzw. im Januar 2000 («kommerzielles Angebot») im Hinblick auf die neue gesetzliche Grundlage für die Berechnung ihrer Interkonnectionspreise, welche seit dem 1. Januar 2000 dafür anwendbar ist (Art. 11 Abs. 1 FMG in Verbindung mit Art. 34 FDV). Die Gesuchsgegnerin schloss mit denjenigen Vertragspartnerinnen, welche bereit waren, eine dieser Offerten zu unterzeichnen, jeweils auf den 1. Januar 2000 einen entsprechenden Interkonnectionsvertrag ab. In denjenigen Fällen, in denen bereits ein Interkonnectionsvertrag vorbestand hat und sich die Vertragspartnerinnen erst später einigen konnten, wurden diese Verträge standardmässig rückwirkend auf den 1. Januar 2000 abgeschlossen und ersetzen alle vorherigen Vertragsbestimmungen der Parteien.

71. Auch der Vertragsentwurf, der zwischen den Parteien im Rahmen der Neuverhandlungen zustande gekommen ist und den die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin letztmals am 28. Februar 2000 zur Unterzeichnung unterbreitete, wäre im Falle eines Akzeptes rückwirkend auf den 1. Januar 2000 abgeschlossen worden und hätte alle bisherigen Vertragsbestimmungen zwischen den Parteien ersetzt.

72. In Anbetracht der Verpflichtung der Gesuchsgegnerin zur Nichtdiskriminierung ihrer Interkonnectionspartnerinnen und der neuen Berechnungsgrundlage der Interkonnectionspreise von Art. 11 Abs. 1 FMG in Verbindung mit Art. 34 FDV ist die Gesuchsgegnerin verpflichtet, der Gesuchstellerin die Interkonnectionspreise gemäss ihrem aktuellen Standardangebot zu unterbreiten. Dieses sieht für das Price Manual 4.4, welches für die im vorliegenden Verfahren relevanten Interkonnectionsdienste anwendbar ist, im Zusammenhang mit der Vertragsurkunde Version 4.1 standardmässig eine rückwirkende Anwendbarkeit auf den 1. Januar 2000 vor. Die rückwirkende Anwendung auf diesen Zeitpunkt entspricht im Übrigen auch der Absicht der Parteien, wie sie im letzten Vertragsentwurf vom 28. Februar 2000 zwischen den Parteien zum Ausdruck kommt.

73. Die Voraussetzungen dafür, die vorsorglichen Massnahmen rückwirkend auf den 1. Januar 2000 zu erlassen, scheitern allerdings an den Voraussetzungen der Dringlichkeit, den nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteilen sowie der Verhältnismässigkeit, so dass die vorsorglichen Massnahmen «erst» auf den Zeitpunkt der Gesuchseinreichung erlassen werden können. Denn auch betreffend den Zeitpunkt des Erlasses vorsorglicher Massnahmen müssen die Voraussetzungen, wie sie unter Ziff. 3.2 zu prüfen waren, erfüllt sein.

74. Indem die vorsorglichen Massnahmen auf den Zeitpunkt der Gesuchseinreichung bzw. dessen Zuganges bei der ComCom, also auf den 21. April 2000, erlassen werden, erfolgen diese statt auf den 1. Januar 2000 erst knappe 4 Monate später, was in

casu nicht als ausreichende Dringlichkeit interpretiert werden kann.

75. Der der Gesuchstellerin durch das Ausbleiben der von ihr verlangten Rückwirkung des Massnahmenentscheides drohende Nachteil stellt keinen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil dar, werden doch in einem allfälligen Endentscheid LRIC-Preise rückwirkend auf den 1. Januar 2000 verfügt. Diese relativ kurze, 4-monatige Zeitspanne würde im Rahmen des Endentscheides entsprechend zu kompensieren und wieder gutzumachen sein. Diesen Nachteil hat die Gesuchstellerin implizit bereits dadurch in Kauf genommen, dass sie das Gesuch um Festlegung der Interkonnectionspreise und der entsprechenden vorsorglichen Massnahmen erst am 20. April 2000 eingereicht hat.

76. Auch würde ein auf den 1. Januar 2000 rückwirkender Massnahmenentscheid als unverhältnismässig erscheinen, wäre er doch - da auch ein geringeres Mittel die drohenden Nachteile verhindert - nicht erforderlich. Die Preisgestaltung der Angebote der Gesuchstellerin am Markt ist für diesen Zeitraum bereits Geschichte. Die Wirkung des Massnahmenentscheides ab dem 21. April 2000 erscheint als ausreichendes Mittel, die der Gesuchstellerin für die Dauer des Verfahrens drohenden Nachteile zu verhindern. Der inzwischen entgangene Gewinn wird, sofern es im Rahmen dieses Verfahrens nicht zu einer Einigung kommen sollte, durch einen Rückerstattungsanspruch im Endentscheid kompensiert werden.

Die vorsorglichen Massnahmen werden somit auf den 21. April 2000 erlassen, da es an den Voraussetzungen für deren rückwirkenden Erlass auf den 1. Januar 2000 fehlt. Jedoch wird im Rahmen des Endentscheides auf die Wirkung der Preisfestlegung ab dem 1. Januar 2000 mit Blick darauf, die Gesuchstellerin gegenüber den andern Anbieterinnen nicht zu diskriminieren, zurückzukommen sein.

Dokumente der ComCom