



Eidgenössische
Kommunikations-
Kommission

Commission
fédérale
de la communication

Commissione
federale
delle comunicazioni

Cumissiu
federala
da comunicaziun

Federal
Communications
Commission

Anordnung vorsorglicher Massnahmen zur Sicherstellung der Interkonnektion

**Entscheid
der Eidgenössischen Kommunikationskommission
vom 9. November 2000**

Bemerkung: Das Bundesgericht hat diese Verfügung mit Entscheid vom 13. März 2001 aufgehoben.

Remarque: Le Tribunal fédéral a annulé cette décision par un jugement du 13 mars 2001.

Entscheid der Eidgenössischen Kommunikationskommission vom 9. November 2000

Anordnung vorsorglicher Massnahmen zur Sicherstellung der Interkonnektion

Die Entbündelung der Teilnehmeranschlussleitung kann in den Formen „Bitstream Access“, „Line Sharing“ sowie „Full Access“ unter das Interkonnektionsregime subsumiert werden.

Im Anschlussbereich bestehen weder zur Zeit noch in naher Zukunft Alternativen zum Netz der Gesuchsgegnerin, so dass sie dort als marktbeherrschend beurteilt werden kann. In Bezug auf die Anwendung von Art. 11 Abs. 1 FMG und die daraus folgende Verpflichtung der Gesuchsgegnerin zur Gewährung der Interkonnektion hinsichtlich der verlangten Entbündelungsdienstleistungen zu kostenorientierten Preisen kann eine positive Erfolgsprognose gestellt werden.

Die Voraussetzungen für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen hinsichtlich des „Bitstream Access“ sind erfüllt; die ComCom verfügt bereits für die Dauer des Verfahrens die Sicherstellung der Interkonnektion und die Bedingungen. Die Interkonnektion umfasst sowohl den Zugang zu den Betriebssystemen der Gesuchsgegnerin als auch die Kollokation, soweit dies notwendig ist, um die für einen reibungslosen Ablauf notwendigen Einrichtungs- und Unterhaltsarbeiten vornehmen zu können. Die Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen sind ebenso für die Dienste „Shared Line“ und „Full Access“ erfüllt, soweit sie die Vorbereitungsmaßnahmen, nämlich das Erarbeiten eines Standardangebotes innert 3 Monaten betreffen.

1. Voraussetzungen für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen

1.1 Grundsatz

Mit dem Erlass von vorsorglichen Massnahmen soll die Wirksamkeit einer erst später zu treffenden definitiven Anordnung sichergestellt werden. Die Voraussetzungen für den Erlass einer solchen provisorischen Anordnung sind, dass (1) die Gesuchstellerin eine günstige Erfolgsprognose in der Hauptsache glaubhaft macht, dass (2) der Gesuchstellerin ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht, dass (3) die anzuordnenden Massnahmen dringend und (4) verhältnismässig sind (vgl. Isabelle Häner, Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, ZSR 1997, II, S. 322 ff.). Die Prüfung dieser Voraussetzungen erfolgt in einem summarischen Verfahren, welches sich auf die vorhandenen Akten stützt.

1.2 Erfolgsprognose

1.2.1 Grundsatz

Im Rahmen der Erfolgsprognose wird geprüft, ob die Wahrscheinlichkeit besteht, dass die von der Gesuchstellerin für die vorsorglichen Massnahmen gestellten Anträge durch den später zu fällenden Hauptentscheid bestätigt werden (Kölz/Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Rz. 146).

Gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG i.V.m. Art. 29 ff. FDV müssen marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten ändern Anbieterinnen von Fernmeldediensten nach den Grund-

sätzen einer transparenten und kostenorientierten Preisgestaltung auf nichtdiskriminierende Weise Interkonnektion gewähren. Wer Dienste der Grundversorgung nach Art. 16 FMG anbietet, muss gemäss Art. 11 Abs. 2 FMG i.V.m. Art. 37 FDV die Kommunikationsfähigkeit zwischen allen Benutzern dieser Dienste sicherstellen und ist auch zur Interkonnektion verpflichtet, wenn sie keine marktbeherrschende Stellung hat und nicht Grundversorgungskonzessionärin ist.

Bei den Grundversorgungsdiensten handelt es sich gemäss Art. 16 Abs. 1 Bst. a FMG u.a. um den öffentlichen Telefondienst, nämlich die fernmeldetechnische Übertragung von Daten mit Datenraten, wie sie über die Übertragungswege für Sprache geleitet werden können. Art. 15 Abs. 1 Bst. a FDV präzisiert, dass es sich beim Grundversorgungsdienst um Sprachübertragung in Echtzeit und um Datenübertragung mit (niedriger) Übertragungsrate über den Sprachkanal oder einen digitalen Kanal handelt.

Über die Teilnehmeranschlussleitung können zwar Dienste der Grundversorgung angeboten werden. Die verlangten Entbündelungsformen per se sind aber kein Dienst der Grundversorgung im obgenannten Sinne, weshalb Art. 11 Abs. 2 als gesetzliche Grundlage für den Interkonnektionsanspruch der Gesuchstellerin zum Vornherein ausscheidet.

Gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG besteht alsdann ein Anspruch auf Interkonnektion, wenn sich zwei Fernmeldedienstanbieterinnen gegenüberstehen, wenn es sich bei den nachgefragten Dienstleistungen um einen Anwendungsfall der Interkonnektion handelt und wenn die zu verpflichtende Anbieterin marktbeherrschend ist.

Die Gesuchstellerin stützt sich auf das Interkonnektionsregime, um von der Gesuchsgegnerin 3 Formen der Entbündelung der Teilnehmeranschlussleitung zu verlangen. Gegenstand der Erfolgsprognose ist demnach die summarische Prüfung der drei erwähnten Voraussetzungen für die Interkonnektionspflicht.

1.2.2 Fernmeldedienstanbieterinnen

Interkonnektionsberechtigt nach Art. 11 FMG sind alle konzessions- und meldepflichtigen Anbieterinnen von Fernmeldediensten (Art. 4 FMG) sowie Anbieterinnen internationaler Fernmeldedienste (Art. 31 FDV).

Eine Fernmeldedienstanbieterin ist eine natürliche oder juristische Person, welche Informationen für Dritte fernmeldetechnisch selber überträgt oder übertragen lässt und diesem Dritten gegenüber im Rahmen eines Vertragsverhältnisses die Verantwortung für die Erbringung der versprochenen Dienstleistung übernimmt (vgl. Art. 3 Bst. a – c FMG).

Wie eingangs erwähnt, ist die Gesuchstellerin Inhaberin je einer Konzession für das Erbringen von Fernmeldediensten auf dem Festnetz und von digitalen Mobilfunkdiensten. Sie ist somit als Fernmeldedienstanbieterin zu betrachten.

Die Gesuchsgegnerin ist Inhaberin der Grundversorgungskonzession Nr. 25510000 und bietet Mobilfunk- und Festnetzdienste (Konzession Nr. 25100001) für Dritte an. Sie ist somit ebenfalls eine Fernmeldedienstanbieterin.

1.2.3 Entbündelung der Teilnehmeranschlussleitung als Anwendungsfall der Interkonnektion

Der Begriff („Local Loop“) „Unbundling“ oder auf Deutsch der „entbündelte Zugang zu Teilnehmeranschlussleitungen“ wird meist nicht in einer klaren Weise definiert. Sachlich geht es um Zugangsmöglichkeiten innerhalb einer gewissen Infrastruktur- oder genauer - um einen

kosteneffizienten und technisch sachgerechten Zugang zur „letzten Meile“ („Local Loop“) im Anschlussnetz sowie zu Breitbandübertragungstechniken.

1.2.3.1 Formen des entbündelten Zugangs zu Teilnehmeranschlussleitungen

Unter dem Begriff "Teilnehmeranschlussleitung" wird die physische Leitung verstanden, die den Anschluss der Teilnehmerin oder des Teilnehmers mit der Ortszentrale, einem Konzentrador oder einer ähnlichen Fernmeldeanlage der Fernmeldediensteanbieterin verbindet.

Dabei werden heute im Allgemeinen drei Formen des Zugangs zu Teilnehmeranschlussleitungen unterschieden: Die vollständige Entbündelung (Full Access), die gemeinsame Nutzung der Teilnehmeranschlussleitung (Shared Line Access) und der sogenannte schnelle Bitstrom-Zugang (Bistream Access). Diese Unterscheidung und die entsprechenden Definitionen basieren auf der Mitteilung der EU-Kommission über den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss vom 26. April 2000 (KOM(2000)237), auf welche der Entwurf für eine Verordnung der EU-Kommission vom 12. Juli 2000 (KOM[2000]394) verweist. Der Ministerrat und das Europäische Parlament haben diesem Entwurf zugestimmt und ihn auf Ende 2000 in Kraft gesetzt. Die Gesuchstellerin beruft sich in ihren Rechtsbegehren auf diese Definitionen der EU und verlangt von der Gesuchsgegnerin die entsprechenden Angebote.

a) Full Access

Der vollständig entbündelte Zugang zum Teilnehmeranschluss ("Full Access" oder auch "Full Unbundling") bedeutet die Bereitstellung des Zugangs zum Kupferanschluss der zur Entbündelung verpflichteten Betreiberin (in der Regel die ehemalige Monopolistin) in der Weise, dass die neuen Marktteilnehmer über ein ausschliessliches Nutzungsrecht für das gesamte Frequenzspektrum der Kupferleitung verfügen und dem Endnutzer eine vollständige Palette von Sprach- und Datendiensten anbieten können.

Bei der vollständigen Entbündelung des Teilnehmeranschlusses wird das Kupferkabel an einen Dritten zur ausschliesslichen Nutzung vermietet. Der Mieter übt die ungehinderte Kontrolle der Beziehungen zu seinen Kunden bei der Bereitstellung einer vollständigen Palette von Telekommunikationsdiensten über den Teilnehmeranschluss aus, einschliesslich des Einsatzes digitaler Teilnehmeranschlusssysteme (Digital Subscriber Line Systems - DSL) für Datenanwendungen mit hoher Geschwindigkeit über das Kupferkabel. Der Mieter ist frei, welche Übertragungstechnik er einsetzen will, solange keine technischen Gründe (z.B. Interferenzen) entgegenstehen. Spricht man von xDSL, sind die verschiedenen Varianten von DSL eingeschlossen (bspw. ADSL, Asymmetric Digital Subscriber Line; HDSL, High bit-rate Digital Subscriber Line).

b) Shared Line Access

"Gemeinsamer Zugang zum Teilnehmeranschluss" bezeichnet die Bereitstellung des Zugangs zu den nicht für Sprachdienste genutzten Frequenzen einer Kupferleitung, über welche die zur Entbündelung verpflichtete Betreiberin den Basistelefondienst anbietet, wobei den neuen Marktteilnehmern die Möglichkeit geboten wird, Technologien wie DSL einzusetzen, um dem Endnutzer zusätzliche Dienste anbieten zu können.

Bei dieser Zugangsform bietet die zur Entbündelung verpflichtete Betreiberin also weiterhin den Telefondienst an, während die neue Marktteilnehmerin mit Hilfe eigener Breitband-DSL-Modems schnelle Datendienste über denselben Teilnehmeranschluss bereitstellt. Telefon- und Datenverkehr werden durch einen Signalverteiler vor der Vermittlung der zur Entbündelung verpflichteten Betreiberin getrennt. Der Teilnehmeranschluss bleibt Teil des öffentlichen Telefonnetzes und an dieses angeschlossen.

c) Bitstream Access

Beim schnellen Bitstrom-Zugang mit hoher Bandbreite (Bereitstellung von DSL-Diensten durch den etablierten Betreiber) stellt der etablierte Betreiber selber eine Breitbandverbindung zum Kunden her. Diese Verbindung stellt er anderen Fernmeldediensteanbieterinnen zu einem Wholesalepreis zur Verfügung, welche ihrerseits die entsprechende Dienste an ihre Endkunden weiterverkaufen können.

1.2.3.2 Grammatikalische und systematische Auslegung

Bei der grammatikalischen und systematischen Auslegung wird der effektive Gesetzestext interpretiert. Es wird auf Wortlaut, Wortsinn und Sprachgebrauch abgestellt. Unter Sprachgebrauch ist dabei in der Regel der allgemeine Sprachgebrauch zu verstehen. Jede Bestimmung bildet einen Bestandteil eines Ganzen oder einer Rechtsverordnung, so dass sie nicht isoliert, sondern im Zusammenhang mit dem ganzen Erlass gedeutet werden muss. Aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ist auf die Bedeutung der fraglichen Bestimmung zu schliessen (vgl. Häfelin/Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Rz. 75 ff.; Fritz Gygi, Verwaltungsrecht, S. 137 ff.).

Der entbündelte Zugang zu Teilnehmeranschlussleitungen (ULL; unbundled local loop), wie ihn die Gesuchstellerin verlangt, wird in der schweizerischen Fernmeldegesetzgebung nirgends explizit erwähnt. Es stellt sich daher die Frage, inwiefern dieser Tatbestand durch die bestehenden Gesetzesbestimmungen abgedeckt wird.

Die Gesuchstellerin macht geltend, die von ihr beantragten drei Formen der Entbündelung würden in der Verbindung von eigenen Fernmeldeanlagen mit Fernmeldeanlagen der Gesuchsgegnerin bestehen und könnten daher unter den Interkonnektionsbegriff gemäss Art. 3 Bst. e FMG subsumiert werden.

Die Gesuchsgegnerin macht demgegenüber geltend, die drei geforderten Entbündelungsdienste würden nicht unter den Interkonnektionstatbestand von Art. 3 Bst. e FMG fallen. Zwar würde eine physische Zusammenschaltung von Fernmeldeanlagen vorgenommen, das in Art. 3 Bst. e FMG verlangte fernmeldetechnische und logische Zusammenwirken von Fernmeldediensten verschiedener Anbieterinnen fände jedoch nicht statt.

Der Begriff Interkonnektion wird im Gesetz unter Art. 3 lit. e FMG definiert als „Verbindung von Fernmeldeanlagen und Fernmeldediensten, die ein fernmeldetechnisches und logisches Zusammenwirken der verbundenen Teile und Dienste sowie den Zugang zu Diensten Dritter ermöglicht“. Als Fernmeldeanlagen gelten gemäss Art. 3 lit. d FMG „Geräte, Leitungen oder Einrichtungen, die zur fernmeldetechnischen Übertragung von Informationen bestimmt sind oder benutzt werden“. Als Fernmeldedienst gilt gemäss Art. 3 lit. b FMG die „fernmeldetechnische Übertragung von Informationen für Dritte.“ Die fernmeldetechnische Übertragung besteht in elektrischem, magnetischem, optischem oder anderem elektromagnetischen Senden oder Empfangen von Informationen über Leitungen oder Funk (Art. 3 Bst. c FMG). Informationen sind für Menschen, andere Lebewesen oder Maschinen bestimmte Zeichen, Signale, Schriftzeichen, Bilder, Laute und Darstellungen jeder anderen Art (Art. 3 Bst. a FMG).

Gemäss Art. 3 lit. d FMG sind Leitungen auch Fernmeldeanlagen. Unter einer "Teilnehmeranschlussleitung" wird die physische Leitung verstanden, welche den Netzabschluss der Teilnehmerin oder des Teilnehmers mit der Ortszentrale verbindet. Diese Anschlussleitung endet normalerweise in einer Fernmeldeanlage (Hauptverteiler) der Gesuchsgegnerin. Bei der Entbündelung würde sie bei allen der drei beantragten Formen in der Ortszentrale aber mit einer Fernmeldeanlage (Modem, Multiplexer etc.) der Gesuchstellerin verbunden. Mit dieser Verbindung würde grundsätzlich das Zusammenwirken von Anlagen und Diensten der

Parteien im Sinne von Art. 3 Bst. e FMG mit dem Zweck bewirkt, die Übermittlung von Informationen jeglicher Art für Menschen oder Maschinen zu ermöglichen.

Eine summarische Überprüfung der einschlägigen Gesetzesbestimmung in grammatikalischer und systematischer Hinsicht ergibt daher, dass die Entbündelung der Teilnehmeranschlussleitung unter das Interkonnektionsregime subsumiert werden kann.

Mit anderen Worten ist die Entbündelung im Schweizerischen Recht nichts anderes als eine Form der Interkonnektion und im Übrigen wird dieser Begriff durch das Gesetz breit definiert. Es handelt sich um eine Rahmenregelung, die der raschen Entwicklung im Telekommunikationsmarkt Rechnung tragen soll.

1.2.3.3 Historische Auslegung

Bei der historischen Auslegung ist der Wille des Gesetzgebers massgebend. Um diesen zu ermitteln, können u. a. Entwürfe, amtliche Berichte, Botschaften des Bundesrates, Protokolle der Ratsverhandlungen etc. beigezogen werden. Zusätzlich soll mit der historischen Auslegung auch auf den Sinn der Norm vor dem Hintergrund der allgemeinen Verhältnisse im Zeitpunkt der Entstehung abgestellt werden (Gygi, a.a.O, S. S. 139).

Die Materialien zur Fernmeldegesetzgebung geben keine explizite Auskunft darüber, ob die Entbündelung als Anwendungsfall der Interkonnektion zu betrachten ist. Daraus kann jedoch kein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers abgeleitet werden, denn die Problematik ist nicht nur aufgrund der subjektiv-historischen, sondern auch der objektiv-historischen und der übrigen Auslegungsmethoden zu erörtern.

Der Gesetzgeber hat mehrfach betont, dass er mit dem FMG eine Rahmengesetzgebung schaffen wollte, welche offen für neue Entwicklungen, zukunftsgerichtet und eurokompatibel sein soll. Er verzichtete bewusst darauf, jede Einzelheit auf Gesetzesstufe zu regeln, sondern wählte viel mehr allgemeine Umschreibungen, welche insbesondere der Verwirklichung des Zweckartikels Rechnung tragen sollten. „International kompetitive Dienste können nur dann erbracht werden, wenn auch der freie Marktzugang zu den Netzen besteht“ (vgl. Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Wintersession des Nationalrates 1996, Votum Caccia, S. 2275 ff.; Botschaft zum FMG vom 10. Juni 1996, BBl 1996 III S. 1418 f und S. 1417 f). Aus objektiv-historischer Sicht wollte der Gesetzgeber also eine möglichst grosszügig interpretierte Interkonnektionspflicht, weil er erkannt hatte, dass der Erfolg der Liberalisierung grösstenteils von einem Zugang zu bestehenden Netzen und Diensten zu fairen Bedingungen abhängt. Wie unten unter Ziff. 1.2.5.4 lit. d gezeigt wird, ist diese Auffassung auch EU-kompatibel.

Bei der historischen Auslegung sind zwar grundsätzlich Gesetzesartikel aufgrund ihrer Materialien auszulegen. Der Beizug von Ausführungsbestimmungen auf Verordnungsstufe ist daher nur indirekt zulässig, um den Willen des Gesetzgebers zu eruieren. Immerhin wurden die Ausführungsbestimmungen aber von denjenigen Verwaltungseinheiten vorbereitet und erlassen, welche auch den Gesetzesentwurf vorbereitet und massgeblich mitgeprägt haben. Es ist daher durchaus zulässig, aus dem Verständnis der Ausführungsbehörden mittelbar auf den Willen des Gesetzgebers zu schliessen. Für das BAKOM und das damalige Eidgenössischen Verkehrs- und Energiewirtschaftsdepartement (EVED), welche das Fernmeldegesetz und die entsprechenden Verordnungen vorbereitet haben, war es immer klar, dass auch die Entbündelung der Teilnehmeranschlussleitung ein Fall der Interkonnektion ist. Diese Überzeugung fand ihren Niederschlag im Verordnungsentwurf über Fernmeldedienste vom 30. Mai 1997 (E-FDV).

Art. 32 Abs. 1 E-FDV sah die Entbündelung denn auch explizit als Fall der Interkonnektion vor:

„Die Interkonnektion zwischen einer marktbeherrschenden und einer anderen Anbieterin von Fernmeldediensten ist innerhalb und ausserhalb des Vermittlungsbereiches durch eine gemeinsame Nutzung von Fernmeldeanlagen, Gebäuden und Grundstücken sicherzustellen. (...). Vermittlungsbereich ist die Gesamtheit aller Fernmeldeanlagen, die eine gewählte Verbindung zwischen Teilnehmerinnen und Teilnehmern ermöglichen.“

Die Teilnehmeranschlussleitung befindet sich dabei ausserhalb des Vermittlungsbereiches. Mit dieser Bestimmung sollte sichergestellt werden, dass die Verpflichtung zur Interkonnektion auch in diesem Bereich des Fernmeldenetzes besteht.

Gemäss dem Antrag des EVED wurde dieser Artikel aber nicht etwa wegen einer fehlenden gesetzlichen Grundlage gestrichen. Ausschlaggebend waren letztlich rein politische Gründe. So war insbesondere die EU damals noch nicht so weit und die entsprechenden Richtlinien nicht genügend klar, so dass das EVED dem Bundesrat beantragte, einer EU Regelung nicht vorzugreifen. Man wollte es vielmehr den Parteien überlassen, diese Frage in ihren Interkonktionsvereinbarungen zu regeln:

„Notamment pour rester plus proche du système européen, nous proposons au Conseil fédéral de ne pas fixer dans l'OST d'obligations générale du fournisseur dominant de garantir l'interconnexion en dehors du domaine de commutation et de laisser cette question à l'appréciation des parties dans leurs accords d'interconnexion.“

Diesem Antrag des EVED stimmte der Bundesrat zu und die FDV wurde am 6. Oktober 1997 entsprechend verabschiedet und per 1. Januar 1998 in Kraft gesetzt. Damit ist klar, dass das ULL nicht im Sinne eines konkludenten Schweigens aus dem E-FDV gestrichen wurde. Vielmehr sollte das ULL den Interkonktionsverhandlungen der Parteien überlassen sein und die ComCom nur dann zu einem Entscheid angerufen werden, wenn sie sich nicht einigen können (Art. 11 Abs. 3 in initio FMG). Auch klar ist damit, dass der Bundesrat von einer ausreichenden gesetzlichen Regelung für das ULL ausgegangen ist. Andernfalls könnten Verhandlungen über das ULL nicht den Parteien überlassen werden und im Fall, dass es zu keiner Einigung kommt, ein Interkonktionsgesuch an die ComCom gestellt werden, welche darüber zu entscheiden hätte. Indem er darauf verzichtet hat, diese Fragen im Detail zu regeln, beabsichtigte der Bundesrat dem Regulator genügend Spielraum einzuräumen, um auch die Entwicklungen des EU-Rechts in Betracht ziehen zu können (vgl. Ziff. 1.2.3.5).

Die das Gesetz und die Ausführungsverordnungen vorbereitenden bzw. erlassenden Behörden gingen also immer davon aus, dass die Entbündelung in den Bestimmungen zum Interkonktionsregime eine genügende gesetzliche Grundlage haben. Dieser Argumentationslinie blieb der Bundesrat auch anlässlich der ersten Revision der FDV (25. April 2000) sowie in seiner Antwort vom 24. März 2000 zur Interpellation Ehrler treu, in der er ausgeführt hat, dass die Interkonktionsregelung Grundsätze enthalte, „wonach auch die Entbündelung des Teilnehmeranschlusses gegenüber marktbeherrschenden Anbieterinnen von Fernmeldediensten durchsetzbar ist. Der Bundesrat hat auf eine spezifische Regelung einer Entbündelung auf Verordnungsstufe verzichtet und die Modalitäten dem Verhandlungsprimat der Fernmeldediensteanbieter überlassen.“

Es liegt demnach kein qualifiziertes Schweigen des Ordnungsgebers vor, sondern der Bundesrat stellte bewusst auf das vom Gesetzgeber für diese Fälle zur Verfügung gestellte Instrument der Interkonnektion ab.

1.2.3.4 Teleologische Auslegung

Die teleologische Auslegung stellt ab auf die Zweckvorstellung, die mit einer Rechtsnorm verbunden ist. Der Wortlaut einer Norm soll nicht isoliert, sondern im Zusammenhang mit den Zielvorstellungen des Gesetzgebers betrachtet werden. Immer aber muss der Zweck in der Norm selbst enthalten sein (Häfelin/Haller, a.a.O., Rz. 99).

Zunächst ist zu prüfen, um was es bei der Interkonnektion überhaupt geht und wie der Begriff praktisch zu verstehen ist.

Die Subsumption der Entbündelung der Teilnehmeranschlussleitung unter die Interkonnektionsbestimmungen stimmt mit dem vom Gesetzgeber verfolgten Zweck überein, den er mit der Interkonnektion verfolgt hat. Die Botschaft zum Fernmeldegesetz hält diesbezüglich fest, dass die Interkonnektionspflicht ein zentrales Steuerungselement sei. Marktbeherrschende Anbieterinnen sollen nicht neuen Konkurrenten mit prohibitiven Preisen und technischen Auflagen den Zugang zum Netz verbauen können. So müsse die Telecom PTT in Marktsegmenten, die sie auch nach 1998 noch dominiere, den Konkurrenten den Netzzugang zu angemessenen Bedingungen ermöglichen (Botschaft, a.a.O., S. 1418 f.). „Der Begriff „Interkonnektion“ umfasst sämtliche notwendigen Voraussetzungen, damit Partner miteinander in Kontakt treten und sich gegenseitig Informationen in verständlicher und vollständiger Form zusenden können. Dies bedingt nicht nur die technische und physikalische Verbindung ihrer Anlagen, sondern auch die Kommunikationsfähigkeit zwischen den verwendeten Betriebs- und Übertragungssystemen sowie zwischen Fernmeldediensten. Die Interkonnektion ist Voraussetzung dafür, dass alle Teilnehmer am Fernmeldeverkehr untereinander kommunizieren und dass überhaupt neue Anbieter auftreten können. Marktneulinge sind meist darauf angewiesen, ihre Dienste ganz oder teilweise unter Inanspruchnahme der Übermittlungsdienste bisheriger Betreiber anbieten zu können.“ (Botschaft, a.a.O., S. 1425).

Bei der Interkonnektion geht es einerseits darum, dass die neu in den Markt eintretenden Anbieterinnen von Fernmeldediensten ihren Nachteil gegenüber der historischen (und gegenüber einer allfälligen zukünftigen) marktbeherrschenden Anbieterin aufwiegen können und andererseits darum, dass alle Teilnehmenden am Fernmeldeverkehr mit allen kommunizieren können, unabhängig davon, bei welcher Anbieterin sie ihre Dienste beziehen. Es handelt sich um die Verbindung, Zusammenschaltung und Mitbenutzung von Infrastrukturen und Netzen zwischen verschiedenen Anbieterinnen von Fernmeldediensten. Damit geht es um ein Kernstück der Regulierung der Telekommunikation (vgl. dazu Peter R. Fischer, Das Interkonnektionsregime, in: *Le droit des télécommunications en mutation*, Editions Universitaires, Fribourg 2000, unter Ziff. I, wird demnächst erscheinen). Diese Auffassung wird durch die herrschende Lehre gestützt, so bspw. auch durch Patrik Ducrey (Der Einfluss des EU-Wettbewerbsrechts auf die Liberalisierung der schweizerischen Infrastrukturmärkte, in: Peter Forstmoser/Hans Caspar von der Crone/Rolf H. Weber/Dieter Zobl, *Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz*, Schulthess, Zürich 1999, S. 287): „Im Telekommunikationsmarkt ist die Umsetzung des Konzepts des Zugangs zu wesentlichen Einrichtungen sicherlich das Haupterfordernis, damit sich wirksamer Wettbewerb entfalten kann“. De même, Markus Ruffner (Die EG-Harmonisierungs- und Liberalisierungsrichtlinien — Blaupause und Regelungsstandard für das schweizerische Telekommunikationsrecht am Beispiel der Interkonnektion, in: Peter Forstmoser/Hans Caspar von der Crone/Rolf H. Weber/Dieter Zobl [Hrsg.], *Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz*, Schulthess, Zürich 1999, p. 414-415):

„Interkonnektion kann als eigentliches „Herzstück“ eines wettbewerblichen Telekommunikationsmarktes betrachtet werden, das neuen Marktteilnehmern den Zugang zu Endnutzern sichert und damit die Basis für die Entwicklung neuer Dienste und ein nachhaltiges Marktwachstum schafft. Mit der Interkonnektion wird das Ziel verfolgt, die Interoperabilität im Sinne einer „any-to-any

communication“ zu sichern. Interkonnektion soll es neuen Anbietern ermöglichen, Zugang zu der bestehenden Netzinfrastruktur zu erhalten. Damit lässt sich die bestehende Netzinfrastruktur optimal nutzen und ausbauen, während gleichzeitig duplizierende Investitionen vermieden werden können.“

Beherrscht nun ein Marktakteur ein oder mehrere nur schwer duplizierbare Segmente der Wertschöpfungskette (sog. „essential facilities“), worauf die andern Akteure angewiesen sind, um ihre Dienstleistungen produzieren oder anbieten zu können, besteht eine besondere Marktsituation. „Damit ist die Situation angesprochen, in der eine marktbeherrschende Anbieterin von – im vorliegenden Fall – Fernmeldediensten andern, speziell neu in den Markt eintretenden Anbieterinnen gegenübersteht. In einem Markt wie der Telekommunikation ist diese Situation schon aus historischen Gründen gegeben, da die früheren staatlichen Betreiberinnen, in der Schweiz die PTT-Betriebe, ihre Dienste im Monopol erbrachten. In der Zeit des Monopols hatten die PTT-Betriebe die Gelegenheit und den Auftrag, eine flächendeckende Infrastruktur mit grosser Kapillarität, mit praktisch einem Anschluss in jeden Haushalt, aufzubauen und zu betreiben“ (vgl. dazu Peter Fischer, Fernmelderecht, in: SBVR, Basel 1996, S. 2ff, 21ff, 39ff).

Diese Infrastruktur kann mindestens im Anschlussbereich nicht einfach dupliziert werden, deshalb sind faktisch alle „neuen“ Dienstanbieterinnen auf die Mitbenutzung der Infrastruktur und Dienste der Gesuchsgegnerin angewiesen. Hingegen ist die Gesuchsgegnerin in vielen Bereichen kaum darauf angewiesen, die Dienste der andern Fernmeldediensteanbieterinnen zu nutzen. Um dieses Verhandlungsungleichgewicht zu entschärfen, sieht das FMG eine Interkonnektionspflicht für marktbeherrschende Diensteanbieterinnen vor (Katharina Stampfli, Die Prinzipien Nichtdiskriminierung, Kostenorientierung und Transparenz im Rahmen der Interkonnektion aus ökonomischer Sicht: Der Schlüssel zu wirksamem Wettbewerb?, in: Weber R.H. (Hrsg.), Neues Fernmelderecht. Erste Orientierung, Zürich 1998, S. 78).

Mit dieser Regelung wird ein Gedanke des Wettbewerbsrechts aufgenommen und sektoriell den speziellen Gegebenheiten der Telekommunikation entsprechend geregelt. Für neu in den Markt eintretende Wettbewerberinnen zur Gesuchsgegnerin stellt die Erstellung einer national und lokal flächendeckenden Infrastruktur eine signifikante Marktzutrittsschranke dar. Wegen der technischen sowie wirtschaftlichen Spezialität und Komplexität der Sachverhalte und Abmachungen, die der Interkonnektion in der Telekommunikation zu Grunde liegen, wird diese im FMG spezialgesetzlich geregelt und nicht einfach auf das allgemeine Wettbewerbsrecht abgestellt (Botschaft a.a.O.; S. 1418 f und S. 1427 f). Man könnte hierin auch einen spezialgesetzlichen Fall der Umsetzung der „essential facilities“-Doktrin aus dem angelsächsisch geprägten Wettbewerbsrecht sehen (vgl. dazu B. Hübscher und P. Rieder, Die Bedeutung der „essential facilities“-Doktrin für das schweizerische Wettbewerbsrecht, in: sic!, 5/1997, S. 445; Katharina Schindler, Wettbewerb in Netzen als Problem der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht, Bern 1998). „Je nach dem, wie die technische und wirtschaftliche Entwicklung verläuft, können neue marktbeherrschende Unternehmen für einzelne unumgehbare Segmente bzw. relevante Märkte entstehen, auf die diese Regelung dann auch anwendbar wäre.“ (Peter Fischer, a.a.O., unter II.).

Ziel des Gesetzgebers war also ein umfassender Wettbewerb insbesondere auf der Diensteebene. Mittel zur Erreichung dieses Zieles ist der Infrastrukturwettbewerb auf der einen Seite. Auf der anderen Seite ist der Aufbau von Alternativinfrastrukturen aber gerade im Anschlussbereich aufgrund der Bau- und Bewilligungsvorschriften sowie den nötigen Investitionen und deren Amortisationsfähigkeit zeitlich und finanziell äusserst aufwendig. Mit dem Interkonnektionsregime stellte der Gesetzgeber daher einen Mechanismus zur Verfügung, welcher das von ihm angestrebte Ziel in bestimmten Teilen der Wertschöpfungskette („essential facilities“) auch auf einem anderen Weg zu erreichen erlaubt.

Der Anschlussbereich ist das wichtigste Glied in der Kette zum funktionierenden Wettbewerb, insbesondere im lokalen Sprachtelefoniebereich und im Breitband-Datenbereich. Wenn daher die Gesuchsgegnerin den Mitbewerbern den Zugang zu ihren Teilnehmeranschlüssen verweigert, wird dies vermutlich den neuen Marktteilnehmern die Möglichkeit nehmen, überhaupt auf dem nationalen Markt bei den vorgenannten Diensten in Wettbewerb zu treten, und sie müssten sich auf solche regionalen und lokalen Märkte beschränken, auf denen es ihnen gelänge, Alternativnetze aufzubauen. Es ist höchst unwahrscheinlich, dass all diese alternativen Netze zusammen in absehbarer Zeit dem landesweiten Kupferkabelnetz der Gesuchsgegnerin gleichkommen und den gesamten Kundenkreis der alternativen Anbieterinnen bedienen können. Daher ist der Teilnehmeranschluss derzeit eine wesentliche Einrichtung, zu der die neuen Anbieterinnen Zugang erhalten müssen, um unter fairen Bedingungen landesweit mit der Gesuchsgegnerin auf den vorgenannten Märkten konkurrieren zu können. Die Entbündelung gäbe den neuen Anbieterinnen die Freiheit, innovative Dienste unabhängig von den Entscheidungen der Gesuchsgegnerin anzubieten. Sie würde es den neuen Anbieterinnen erlauben, ihre Kunden direkt mit neuen und auf die Bedürfnisse derselben zugeschnittenen Dienstleistungen bedienen zu können und eine wesentliche Preissenkung im multimedialen Breitband- und Lokalbereich zur Folge haben. Die technologische Innovation wird in diesem Bereich zunehmen.

Dies ist zweifellos im Sinne des Gesetzgebers. Er wollte diesen wichtigsten Teil des Marktes mit Sicherheit nicht ausklammern. Dafür bestehen keinerlei Anhaltspunkte.

1.2.3.5 „Europarechtskonforme“ Auslegung

Eine "europarechtskonforme" Auslegung ist zwar kein eigentliches Auslegungsmittel. Insbesondere muss das Recht der Europäischen Union (EU) in der Schweiz weder *tel quel* übernommen werden, noch ist es direkt anwendbar (vgl. dazu Olivier Jacot-Guillarmod, *Traces de droit communautaire dans la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse*, in: G. C. Rodriguez Iglesias/O. Due/R. Schintgen/C. Elsen, *Mélanges en hommage à Fernand Schockweiler*, Nomos, Baden-Baden 1999, S. 216 ff. ; so auch Thomas Cottier/Krista N. Schefer, *The relationship between World Trade Organization law, national and regional law*, in: *Journal of international economic law* 1/1998, S. 88 ff.). Der Gesetzgeber hat aber klar zum Ausdruck gebracht, dass die Liberalisierungsentwicklungen in der EU die Schweiz unter Zugzwang gesetzt haben und dass das neue FMG unter Berücksichtigung der schweizerischen Besonderheiten eurokompatibel sein soll (Botschaft, a.a.O.; S. 1412; zum Begriff der Kompatibilität mit dem europäischen Recht vgl. Bruno Spinner/Daniel Maritz, *EG-Kompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts: Vom autonomen zum systematischen Nachvollzug*, in: Peter Forstmoser/Hans Caspar von der Crone/Rolf H. Weber/Dieter Zobl, *Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz*, Schulthess, Zürich 1999, S. 127 ff.). So wurde das FMG auch auf sich künftig abzeichnendes Recht in der EU abgestimmt. „Wo die Europäische Union noch keine Regelungen getroffen hat, wurde der Entwurf so ausgestaltet, dass die künftige Rechtsentwicklung der Union – wie sie nach bisheriger Erfahrung zu erwarten ist – weitmöglichst ohne Änderung des Gesetzes nachvollzogen werden kann“ (Botschaft, a.a.O., S. 1473). Insbesondere soll dem Verordnungsgeber die Möglichkeit eröffnet werden, „die Übereinstimmung mit dem Recht der Union auch bei nicht vorhersehbaren Entwicklungen zu erreichen“ (Botschaft, a.a.O., S. 1473).

Die Regelung der Entbündelung in der EU hat also indirekt Einfluss auf die Auslegung von Art. 11 Abs. 1 FMG, zumal sich der Gesetzgeber gerade im Bereich der Interkonnektion stark von der entsprechenden Regelung in der EU inspirieren liess (Botschaft; a.a.O., S. 1427; vgl. Bundesrat, Schweiz – Europäische Union, Integrationsbericht 1999, insbesondere S. 164 ff., Nr. 222.12; etwas genereller vgl. Heinrich Koller, *Globalisierung und Internationalisierung des Wirtschaftsrechts – Auswirkungen auf die nationale Gesetzgebung*, in: Schweizer Juristenverein, *Referate*, Heft 3, 2000, S. 315 ff.). Dieser Wille stützt sich auch auf den Um-

stand, dass die Telekommunikation nicht vor der Schweizerischen Grenze Halt macht und dass es notwendig ist, den Entwicklungen in den Nachbarländern rasch Rechnung tragen zu können. Auch dieser Zielsetzung wird durch den offenen Rahmen entsprochen, welcher durch den Gesetzgeber festgelegt worden ist.

Einerseits erlaubt es das bereits bestehende EU-Recht den Mitgliedstaaten, die Entbündelung einzuführen. Grundlage dafür sind die ONP-Richtlinien (Open Network Provision) und das dazugehörige Regelwerk. Die ONP-Richtlinie 98/10 regelt in Art. 16 den sogenannten Sonderzugang zum Netz (special Network Access). Danach haben die nationalen Regulierungsbehörden sicherzustellen, dass Organisationen mit beträchtlicher Marktmacht bei der Bereitstellung fester öffentlicher Telefonnetze plausible Anträge von Organisationen, die Telekommunikationsdienste bereitstellen, auf Zugang zum festen öffentlichen Telefonnetz an anderen als den üblichen Netzabschlusspunkten bearbeiten (Abs. 1). Die Entbündelung lässt sich damit grundsätzlich unter den Sonderzugang zum Netz gemäss der erwähnten Richtlinie subsumieren. Der schnelle Bit-Stromzugang wird in Ziffer 5.2 der Mitteilung der Kommission (KOM[2000]237) sogar explizit als Anwendungsfall von Art. 16 der Richtlinie 98/10 bezeichnet. Die Mitgliedstaaten können damit die Entbündelung bereits gestützt auf das bestehende Regelwerk einführen. Dies wurde u.a. bereits in Deutschland, Österreich, Grossbritannien, den Niederlanden, Schweden und Luxemburg teilweise mit allen 3 Formen der Entbündelung vollzogen.

Andererseits hat die Kommission am 26. April 2000 eine Empfehlung „Entbündelter Zugang zum Teilnehmeranschluss: Wettbewerbsorientierte Bereitstellung einer vollständigen Palette elektronischer Kommunikationsdienste einschliesslich multimedialer Breitband- und schneller Internet-Dienste (2000/417/EG) sowie eine Mitteilung dazu (KOM[2000]237) erlassen, welche die zu gewährenden Entbündelungsformen definiert und für die Einführung eine Frist bis zum 31.12.2000 vorschlägt. Weil eine solche Empfehlung von den Mitgliedstaaten aber nicht umgesetzt werden muss und diese explizit ein verbindlicheres Instrument gewünscht haben, hat die Kommission zum Instrument einer „self-executing“ Verordnung gegriffen. Sie hat einen Verordnungsentwurf über den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss erarbeitet (12. Juli 2000 (KOM[2000]394)), welcher die Einführung der Entbündelung bis zum genannten Datum verbindlich vorschreibt.

Der Ministerrat und das Europäische Parlament haben – wie bereits oben unter Ziff. 1.2.3.1 erwähnt - diesem Entwurf zugestimmt und ihn auf Ende 2000 in Kraft gesetzt (für eine „informelle und konsolidierte“ Version dieses Textes in englisch vgl. unter http://europa.eu.int/comm/information_society/policy/telecom/localloop/infregep_en.htm).

Soweit die Entbündelung von den Mitgliedstaaten nicht bereits eingeführt worden ist, wird dies in Kürze europaweit der Fall sein. Die Kompatibilität mit dieser Entwicklung ist im Sinne des schweizerischen Gesetzgebers.

1.2.3.6 Zwischenergebnis

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass die Entbündelung in der nachgefragten Form in grammatikalischer, systematischer, historischer und teleologischer Hinsicht sowie unter Berücksichtigung des Europarechts unter das Interkonnektionsregime subsumiert werden kann (gleicher Meinung Ursula Widmer/Konrad Bähler; Rechtsfragen beim electronic commerce; 2. Auflage 2000, S. 62).

1.2.4 Die Marktbeherrschung

1.2.4.1 Ausgangslage

Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 Kartellgesetz; KG). Um festzustellen, ob sich ein einzelnes oder mehrere Unternehmen in einem bestimmten Bereich tatsächlich in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten können, ist jeweils vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen. Sofern die Frage der Marktbeherrschung zu beurteilen ist, konsultiert das BAKOM gemäss Art. 11 Abs. 3 FMG i.V.m. Art. 45 FDV die Wettbewerbskommission (WEKO).

(...)

1.2.4.2 Das Gutachten der WEKO vom 7. Februar 2000

Im Gutachten ging die WEKO von einem sachlich relevanten Markt „Mietleitungen“ aus und unterschied zwischen Anschluss- und Fernnetz. Diese beiden Netze würden keine Substitute darstellen, sondern in einer komplementären Beziehung zueinander stehen. Zudem ging sie von einem räumlich relevanten Markt Schweiz aus.

Bezüglich der Anschlussnetze - und nur diese sind in casu von Interesse - gebe es insbesondere in den Städten Zürich und Genf mehrere Fernmeldedienstanbieterinnen, die eigene Infrastruktur gebaut haben. Weitere Fernmeldedienstanbieterinnen hätten in verschiedenen Städten Anschlusspunkte an das Netz der Gesuchsgegnerin gebaut. Zum Netz der Gesuchsgegnerin sei aber allen alternativen Netzen zumindest ein Mangel gemeinsam. Weder eines noch alle Netze zusammen könnten nämlich auch nur annähernd eine Flächendeckung erreichen. Damit sei auch klar, dass nur die Gesuchsgegnerin eine beliebige Punkt-zu-Punkt Verbindung garantieren könne.

Für Mietleitungen im Anschlussnetz kommt die WEKO zum Schluss, dass nur vereinzelt alternative Infrastruktur bestehe. Die Fernmeldedienstanbieterinnen seien weitgehend auf das Mietleitungsangebot der Gesuchsgegnerin angewiesen, welches unabhängiges Verhalten durch die vorhandenen alternativen Stadtnetze und Anschlusspunkte der Fernmeldedienstanbieterinnen nicht verunmöglicht werde. Zwar könnten in Zukunft mittels Kabel-TV-Netzen (CATV) und Wireless Local Loop (drahtloser Teilnehmeranschluss, WLL) möglicherweise Mietleitungen basierend auf dem herkömmlichen Telekommunikationsnetz der Gesuchsgegnerin bzw. anderer Fernmeldedienstanbieterinnen substituiert werden. Insbesondere wegen zeitlicher und technischer Unsicherheiten sei die Wirkung des potentiellen Wettbewerbs zur Zeit aber als gering einzuschätzen. Deshalb kommt die WEKO zum Ergebnis, dass die Gesuchsgegnerin im Markt für Mietleitungen im Anschlussnetz eine beherrschende Stellung i.S. von Art. 4 Abs. 2 KG einnehme.

1.2.4.3 Erwägungen der ComCom

Die ComCom hat sich dazu entschieden, für das vorliegende Verfahren um Erlass von vorsorglichen Massnahmen die WEKO nicht zu konsultieren. Einerseits gilt es im Rahmen des Massnahmeverfahrens, einen raschen Entscheid zu fällen, um den Zweck dieses prozesualen Mittels nicht durch ein langes Verfahren auszuhöhlen. Eine ähnliche Situation besteht auch im Kartellrecht, wo die WEKO in Übereinstimmung mit der entsprechenden Rechtsprechung (inkl. derjenigen des Schweizerischen Bundesgerichtes) zum Schluss kommt, dass Art. 15 KG in Massnahmeverfahren nicht zur Anwendung gelangt (RPW 1997/4 595 § 6: "Wird in einem zivilrechtlichen Verfahren die Anordnung vorsorglicher Massnahmen verlangt,

ist der Richter nicht gehalten, bei der Kommission ein Gutachten einzuholen"). Andererseits liegt bereits ein Gutachten der WEKO vor, das vom Grundsatz her zu dieser Frage Stellung nimmt. Es diene als Grundlage im ComCom-Entscheid vom 2. Oktober 2000 [betreffend Mietleitungen und Übertragungsmedien].

(...)

Zwar wurde dieses Gutachten, welches den Mietleitungsmarkt in der Schweiz beurteilte, in einem anderen Verfahren erstellt [ComCom-Entscheid vom 2. Oktober 2000 betreffend Mietleitungen und Übertragungsmedien]. Zentral ist aber in beiden Verfahren die gleiche Frage, nämlich diejenige nach der Marktbeherrschung der Gesuchsgegnerin im Anschlussbereich. Dabei spielt es – wie nachfolgend gezeigt wird – keine Rolle, ob die Gesuchstellerin im Rahmen der Interkonnektion Mietleitungs- oder Entbündelungsdienstleistungen verlangt.

Grundsätzlich handelt es sich bei Mietleitungen und der Entbündelung um verwandte Dienstleistungen. Es handelt sich bei beiden Dienstleistungen um Formen des Zugangs zur Infrastruktur der Gesuchsgegnerin. Bei beiden findet eine Verbindung von Fernmeldeanlagen und –diensten statt, weshalb sie auch dem Interkonnektionsregime unterstehen. Unterschiedlich ist letztlich der Ort der Interkonnektion. Während diese bei den Mietleitungen an einem von der Gesuchsgegnerin offerierten Interkonnektionspunkt (Point of Interconnection, POI) stattfindet, erfolgt die Interkonnektion bei den Entbündelungsdienstleistungen in der Ortszentrale.

Die WEKO kam bezüglich der Mietleitungen zum Schluss, dass für diese eine Substituierbarkeit erst ab den POI's bestehe. Die Gesuchsgegnerin beherrscht mithin den Markt für Mietleitungen im Anschlussbereich bis zu diesen Punkten, da vorher keine Alternativen zu ihrem Angebot bestehen. Wenn nun schon keine Alternativen bis zu den von der Gesuchsgegnerin angebotenen 18 POI's bestehen, so muss für die Entbündelungsdienstleistungen bis zu den Ortszentralen erst recht eine Marktbeherrschung bestehen.

Dieser Schluss wird insbesondere auch durch die von der ComCom im bereits erwähnten Fall [ComCom-Entscheid vom 2. Oktober 2000 betreffend Mietleitungen und Übertragungsmedien] vorgenommene Einschätzung gestützt, wonach im Anschlussbereich zur Zeit und auch in naher Zukunft keine vollwertigen Alternativen bestehen. Diese Ausführungen gelten a maiore minus auch für die Teilnehmeranschlussleitungen der Gesuchsgegnerin.

So ist insbesondere der drahtlose Teilnehmeranschluss (WLL) noch kein tragfähiges Substitut. Obwohl die WLL-Frequenzen zum heutigen Zeitpunkt grösstenteils vergeben sind, stehen den Betreibern noch etliche Hürden bevor, so insbesondere die Schwierigkeiten beim Erstellen von Antennen (Baubewilligungsverfahren mit entsprechenden Rekursmöglichkeiten, welche – wie die Erfahrung bei der Erstellung der GSM-Netze zeigt – rigoros ausgenützt werden). Es muss also mit erheblichen Verzögerungen beim Aufstellen der für die WLL-Netze nötigen Antennen gerechnet werden. Dieselben Unsicherheiten gelten für die von der Gesuchsgegnerin als alternative Breitbandanwendung angeführte UMTS-Technologie (Universal Mobile Telecommunications System), deren Konzessionsvergabe für November 2000 vorgesehen ist.

Für WLL steht zudem ein anderer „Business-Case“ im Vordergrund. Die WLL-Betreiber werden in erster Linie Geschäftskunden für e-business-Anwendungen anschliessen und keine flächendeckende Lokaltelefonie oder Breitbanddienste für Einzelkunden anvisieren, zumal bei der Erstellung von WLL-Netzen die Geografie ein wesentliches Problem darstellt. WLL-Netze sind bezüglich der Distanz und je nach Frequenzband unterschiedlichen Einschränkungen unterworfen. Vor allem aber benötigen WLL-Verbindungen Sichtkontakt, was gerade bei der schweizerischen Topographie zu grösseren Schwierigkeiten und Mehraufwand bei

der Erstellung von Antennen führen wird. Da in den vergebenen WLL-Konzessionen auch keine Vorgaben betreffend die Flächendeckung gemacht wurden und die Wirtschaftlichkeit wahrscheinlich nur in Marktsegmenten erreicht werden kann, werden diese Netze auch in Zukunft nur in den Ballungszentren zur Verfügung stehen und mit Sicherheit nicht in der ganzen Schweiz.

Als zweite Substitutionsmöglichkeit für die Teilnehmeranschlussleitung werden vielfach die CATV-Netze genannt. Diese werden in der Schweiz insbesondere von Cablecom beherrscht. Cablecom hat gemäss eigenen Angaben aber erst 25% der Netze für die bidirektionale Kommunikation ausgerüstet. Zudem bestehen beim Ausbau der Kabelnetze erhebliche technische (Kapazitätsengpässe bei Mehrfachnutzungen) und finanzielle Schwierigkeiten, welche von der Cablecom offensichtlich unterschätzt worden sind. Nach Einschätzung der Swisscable (Verband der schweizerischen Kabelnetzbetreiber) wird die Verbreitung von Radio- und Fernsehprogrammen auch mittelfristig das Kerngeschäft der Kabelnetzbetreiberinnen bleiben. Ähnlich wie bei WLL werden die Kabelnetze überdies nur dort bidirektional ausgebaut, wo ein grosses Kundenpotential besteht, mithin also in den grösseren Städten und Agglomerationen.

Was die Power Line Communication (PLC), also die Datenübermittlung über das Niederspannungsnetz, als weitere potenzielle Alternativ-Technologie anbelangt, welche die Gesuchsgegnerin anführt, so sind die damit verbundenen zeitlichen und technischen Unsicherheiten relativ gross. Die Forschung und Entwicklung bei PLC sind in vollem Gange.

Die ComCom kommt also zum Schluss, dass im Anschlussbereich weder zur Zeit noch in naher Zukunft Alternativen zum Netz der Gesuchsgegnerin bestehen. (...).

1.2.5 Fazit

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen kann in Bezug auf die Anwendung von Art. 11 Abs. 1 FMG und die daraus folgende Verpflichtung der Gesuchsgegnerin zur Gewährung der Interkonnektion hinsichtlich der verlangten Entbündelungsdienstleistungen zu kostenorientierten Preisen unter Einhaltung des Transparenz- und Nichtdiskriminierungsgebots eine positive Erfolgsprognose gestellt werden.

1.3 Nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil

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

(...)

Wie bereits oben unter Ziff. 1.2.4.3 gezeigt, bestehen keine Alternativen zu den von der Gesuchstellerin nachgefragten Entbündelungsdienstleistungen. Auch der von der Gesuchsgegnerin inzwischen lancierte Dienst „Broadband Connectivity Service“ ist kein echter Ersatz zur Entbündelung (...). Durch die Beschränkung der Übertragungskapazität auf 256 kbit bzw. 512 kbit pro Sekunde wird es der Gesuchstellerin verunmöglicht, ihren Kunden auf sie zugeschnittene Breitbandangebote zu machen. Auch handelt es sich bei den von der Gesuchsgegnerin verlangten Wholesalepreisen nicht um kostenorientierte Preise. Die Gesuchstellerin verfügt damit nicht über den gleichen Handlungsspielraum wie mit einer vollständigen Entbündelung auf Kostenbasis. Die Gesuchsgegnerin andererseits hat den beliebigen Zugriff auf ihr eigenes Anschlussnetz und kann jederzeit Breitbanddienste anbieten, die mit den von der Gesuchstellerin verlangten vergleichbar sind, ohne dass die Gesuchstellerin zeitgerecht mit einem eigenen Angebot darauf reagieren könnte.

Der Zeitfaktor spielt in der Telekommunikation für den Markteintritt von neuen Konkurrentinnen überdies eine entscheidende Rolle. Multimediale Breitbanddienste sind nach allgemeiner Einschätzung ein enormer Zukunfts- und Wachstumsmarkt. Dies zeigt auch das überwältigende Interesse an den UMTS-Konzessionen. Die Zugriffsmöglichkeit auf neue Technologien zu einem möglichst frühen Zeitpunkt ist in diesem Markt für die neuen Teilnehmerinnen sehr wichtig. Durch Verzögerungen würde der Marktzutritt erschwert und es bestünde die Gefahr der Etablierung von faktischen Monopolen, die von neuen Konkurrentinnen nur schwer durchbrochen werden könnten. Wer diesen Markt zuerst bearbeiten kann, hat entscheidende Vorteile. In der Schweiz ist dieser Markt von seiner Grösse und Struktur her beschränkt. Die Positionierungskämpfe werden denn auch entsprechend direkt ausgetragen. Zudem ist es sehr schwierig, Kunden von anderen Fernmeldediensteanbieterinnen zurückzugewinnen. Erfahrungswerte im Telekommunikationssektor zeigen denn auch deutlich, dass nur ein kleiner Teil derjenigen Kunden, welche sich einmal für eine Anbieterin entschieden haben, anschliessend auch tatsächlich zu einer neuen Anbieterin wechseln (sog. churn-rate). Jede Verzögerung des Markteintritts ist somit mit wesentlichen und nur schwer aufholbaren Nachteilen verbunden.

Die Interkonnectionspreise stellen für die Endkundenpreise einen wesentlichen Kostenfaktor dar. Die Gesuchstellerin würde auch deshalb nicht leicht wieder gutzumachende Nachteile erleiden, wenn nicht bereits im heutigen Zeitpunkt provisorische Preise verfügt würden. Nur so hat sie wenigstens eine gewisse Berechnungsgrundlage, um Endkundenpreise festzulegen. Im übrigen ist es auch für die Gesuchsgegnerin von Vorteil, bereits Einnahmen aus der Entbündelung generieren zu können.

Die ComCom ist daher der Auffassung, dass der Gesuchstellerin ohne vorsorgliche Sicherstellung der Interkonnection und ohne vorsorgliche Festlegung von Preisen ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht.

1.4 Dringlichkeit

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

(...)

Wie bereits aus den Erwägungen betreffend die nicht wiedergutzumachenden 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. Auch wenn die Gesuchsgegnerin gegenwärtig nicht planen sollte, zu jedem von der Gesuchstellerin verlangten Dienst ein gleichartiges Konkurrenzprodukt zu lancieren, besteht dennoch die Gefahr für die Gesuchstellerin, dass die Gesuchsgegnerin plötzlich entsprechende Angebote auf den Markt bringen könnte und sie ausser Stande wäre, zeitgerecht darauf zu reagieren. Die Entwicklungen in der EU gehen klar in Richtung Entbündelung. Der Ministerrat und das Europäische Parlament haben am 3. bzw. am 26. Oktober 2000 dem Entwurf zu einer Verordnung der EU-Kommission vom 12. Juli 2000 (KOM[2000]394) zugestimmt und ihn auf Ende 2000 in Kraft gesetzt. Wenn ab 2001 in den EU-Ländern die Entbündelung eingeführt wird und alsdann neue Breitbandanwendungen angeboten werden, ist es durchaus möglich, dass auch die Gesuchsgegnerin in diesem Bereich aktiv wird, um im internationalen Wettbewerb bestehen zu können. Um sich aber gleichzeitig mit der Gesuchsgegnerin an die europäischen Entwicklungen anpassen zu können, ist es für neue Konkurrentinnen eminent wichtig, rechtzeitig in den Markt eintreten zu können. Andernfalls wären erhebliche Marktanteilsverluste zu befürchten.

Diese Umstände führen dazu, dass sich ein Entscheid über die Verpflichtung zur Interkonexion bzw. der Festlegung der Preise vor Erlass eines Endentscheides aufdrängt, denn die Gesuchstellerin ist für ihren Markteintritt auf einen möglichst schnellen Entscheid angewiesen.

Die Dringlichkeit ist damit ebenfalls zu bejahen.

1.5 Verhältnismässigkeit

1.5.1 Grundsatz

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit umfasst gemäss Lehre und Rechtsprechung drei Komponenten, welche kumulativ erfüllt sein müssen (vgl. dazu insbesondere Häfelin/Haller, a.a.O. S. 120 ff. N 492 ff. und René A. Rhinow/Beat Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Band I, S. 337 ff. Nr. 58 und Ergänzungsband S. 178 ff. Nr. 58 mit Hinweisen).

Geeignetheit: Eine Massnahme muss erstens im Hinblick auf das angestrebte Ziel geeignet sein. Zu prüfen ist die Zwecktauglichkeit bzw. die Erfolgsaussicht der ins Auge gefassten Massnahme. Ungeeignet ist eine Massnahme insbesondere dann, wenn sie die Erreichung des angestrebten Zustandes sogar erschwert oder verhindert.

Erforderlichkeit: Die beabsichtigte Massnahme muss zweitens erforderlich sein, um das angestrebte Ziel zu erreichen. Sie darf damit einerseits nicht übermässig sein, indem sie zu stark in die Rechte der Betroffenen eingreift. Es ist daher das mildeste Mittel zu ergreifen, welches noch zum erhofften Erfolg führt. Andererseits darf die Massnahme aber auch nicht zu schwach und damit hinsichtlich des Ziels wirkungslos sein. Mit anderen Worten: „Es ist das mildeste der wirksamen Mittel zu wählen“ (Rhinow/Krähenmann, a.a.O., S. 181). Von einer normierten Regel muss daher aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips abgewichen werden können, „wenn sich ihre Anwendung im Einzelfall infolge einer Ausnahmesituation als ungerechtfertigt hart erweisen würde“ (ZBI 1988 S. 230).

Verhältnismässigkeit im engeren Sinne: Nach der Rechtsprechung ist der Entscheid über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen unter Abwägung der entgegenstehenden Interessen und unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips zu fällen, wobei der durch die Endverfügung zu treffende Zustand weder präjudiziert noch verunmöglicht werden darf (BGE 125 II 613, E.7). Eine Verwaltungsmassnahme ist nur dann gerechtfertigt, wenn sie ein vernünftiges Verhältnis zwischen dem angestrebten Ziel und dem Eingriff, den sie für die Betroffenen bewirkt, wahrt. Es wird also eine Rechtfertigung durch ein hinreichend gewichtiges öffentliches Interesse verlangt (VPB 1978 Nr. 29). Diese Rechtfertigung ist durch Interessenabwägung festzustellen. Der staatliche Eingriff ist nur dann zulässig, wenn das öffentliche Interesse jenes des Privaten überwiegt. „Eine Massnahme, an der nur ein geringes öffentliches Interesse besteht, die aber tiefgreifende Auswirkungen auf die Rechtsstellung der betroffenen Privaten hat, soll unterbleiben“ (Häfelin/Haller, a.a.O., Rz. 516). Es muss also eine Abwägung der einander entgegenstehenden privaten Interessen und eine Abwägung zwischen dem öffentlichen und dem privaten Interesse der Gesuchgegnerin vorgenommen werden.

(...)

Einerseits wurde schon in Ziffer 1.3 darauf hingewiesen, dass die von der Gesuchgegnerin erwähnten Möglichkeiten keine valablen Alternativen zu den verlangten Entbündelungsdiensten darstellen, auch nicht im Rahmen einer provisorischen Lösung. Zudem macht die Ge-

suchsgegnerin vor allem finanzielle und personelle Aufwände geltend. Auch wenn die Umsetzung der Entbündelung – je nach Zugangsform - mit grossem personellen und administrativem Aufwand verbunden ist, haben diese Argumente keinen Einfluss darauf, ob den Massnahmebegehren zu entsprechen ist. Einerseits kann die Gesuchsgegnerin kostenorientierte Preise verlangen, so dass die entstehenden Kosten gedeckt sein werden und andererseits kann den Bedenken der Gesuchsgegnerin bezüglich die Realisierungsschwierigkeiten Rechnung getragen werden, indem ihr genügend Zeit eingeräumt wird, diese Arbeiten zu planen, vorzubereiten und auszuführen.

1.5.2 Bitstream Access

(...) Was die grundsätzliche Realisierung des "Bitstream Access" betrifft, kann die Gesuchsgegnerin weitgehend auf bestehende Infrastruktur zurückgreifen und in denjenigen Städten, in denen sie ihren eigenen Broadband Connectivity Service anbietet, hat sie auch schon die notwendigen Tests durchgeführt. Es sind denn auch vor allem diese Städte, die für die Gesuchstellerin von Interesse sind. Wie jede Einführung eines neuen Angebotes ist auch die Vorbereitung für die Lancierung des "Bitstream Access" mit personellem Aufwand und technischen Arbeiten verbunden. Die Realisierung des "Bitstream Access" ist von den drei Zugangsarten diejenige, die mit dem geringsten Aufwand angeboten werden kann. Die Aufwendungen sind wie aufgezeigt beschränkt und Kollokation (das zur Verfügung stellen der entsprechenden Räumlichkeiten für die notwendige eigene Infrastruktur in den Ortszentralen) ist nicht erforderlich. Der Eingriff in die Interessen der Gesuchsgegnerin kann daher als mässig beurteilt werden, während dasjenige der Gesuchstellerin an einem möglichst baldigen Zugang in der Form des "Bitstream Access" das Interesse der Gesuchsgegnerin an der Vermeidung der notwendigen finanziellen und personellen Mittel überwiegt. Die Gesuchsgegnerin ist daher vom Grundsatz her zu verpflichten, die Zugangsform des "Bitstream Access" zu Interkonnectionsbedingungen anzubieten.

Das gestellte Rechtsbegehren ist aber in seiner Breite unverhältnismässig. Die Gesuchsgegnerin muss zum Voraus wissen, welche konkreten Dienstleistungen sie zur Verfügung stellen muss. Dabei ist es insbesondere zu vermeiden, dass sie Dienstleistungen bereitstellen muss, für welche später keine Nachfrage besteht. Es ist für die Gesuchstellerin, aber auch für den Wirtschaftsstandort Schweiz wichtiger, dass möglichst rasch ein Standardangebot an gängigen Dienstleistungen angeboten werden kann, als dass mit einem übermässigen Zeit-, Geld-, und Personalaufwand zu einem späteren Zeitpunkt ein unverhältnismässig breites Angebot an Bandbreiten erzwungen wird. Neben den von der Gesuchsgegnerin im Rahmen des Broadband Connectivity Service bereits in sieben sogenannten „Main Cities“ angebotenen Bandbreiten 256 und 512 kBit/s rechtfertigt es sich deshalb, die Gesuchsgegnerin zusätzlich noch zum Anbieten von 1024 und 2048 kBit/s zu verpflichten (betreffend die Abdeckung des „Broadband Connectivity Service“ der Gesuchsgegnerin vgl. "Annex 1 to the Standard Manual of Technical Specification - Access, geographical coverage of Broadband Connectivity Service“, Version 2.1 vom 31. August 2000).

Unverhältnismässig wäre zudem, die Gesuchsgegnerin dazu zu verpflichten, diesen Dienst innert einer bestimmten Frist flächendeckend in der ganzen Schweiz anzubieten. Damit würden unter Umständen Installationen errichtet, die nie nachgefragt werden. Sachgerecht ist jedoch, dass die entsprechenden Vorbereitungshandlungen unverzüglich an die Hand genommen werden, so dass die einzelnen Anschlüsse auf Ersuchen der Gesuchstellerin von der Gesuchsgegnerin innert nützlicher Frist geschaltet werden können.

Die Gesuchsgegnerin wird daher zu folgendem Vorgehen verpflichtet:

Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, der Gesuchstellerin auf nichtdiskriminierende Weise Interkonnection für xDSL-Dienste in der Zugangsform "Bitstream Access" gemäss folgendem zeitlichen Ablauf und der folgenden geographischen Ausdehnung zu gewährleisten:

Innert 3 Monaten ab Eröffnung dieser Verfügung hat die Gesuchsgegnerin gegenüber der Gesuchstellerin die technischen und administrativen Voraussetzungen bereitzustellen, um mindestens die Bandbreiten 256 kbit/s, 512 kbit/s, 1024 kbit/s und 2048 kbit/s für deren Kunden erhältlich zu machen, welche den Nummernbereichen der sieben Städte Lausanne, Genf, Zürich, St. Gallen, Basel, Bern und Luzern angeschlossen sind.

Innert 6 Monaten ab Eröffnung dieses Entscheides hat die Gesuchsgegnerin gegenüber der Gesuchstellerin die technischen und administrativen Voraussetzungen zu schaffen, um mindestens die oben aufgeführten Bandbreiten für den Dienst "Bitstream Access" in allen Anschlusszentralen mit mehr als 3000 aktiven Anschlüssen einzurichten.

Innert 9 Monaten ab Eröffnung dieses Entscheides hat die Gesuchsgegnerin gegenüber der Gesuchstellerin auf deren Antrag die technischen und administrativen Voraussetzungen zu schaffen, um mindestens die oben aufgeführten Bandbreiten für den Dienst "Bitstream Access" in allen Anschlusszentralen mit mehr als 1000 aktiven Anschlüssen einzurichten.

Zur Gewährleistung des Dienstes innert 9 Monaten hat sich die Gesuchsgegnerin zusammen mit der Gesuchstellerin innert 3 Monaten ab Eröffnung dieses Entscheides über das Vorgehen zu einigen, um die technischen und administrativen Voraussetzungen des Dienstes zu regeln.

Können sich die Parteien innert dieser Frist von 3 Monaten nicht einigen, so haben die Parteien die offenen, von der Gegenpartei abweichenden Standpunkte wie auch die vereinbarten Punkte umgehend dem BAKOM schriftlich und begründet darzulegen. Das BAKOM beantragt diesfalls der ComCom einen Entscheid.

Die Gesuchsgegnerin kann die Gewährleistung des Dienstes "Bitstream Access" gegenüber der Gesuchstellerin für deren Kunden verweigern, welche zwar die obenerwähnten Voraussetzungen erfüllen, wo aber die Distanz zwischen deren Netzabschlusspunkten und der für den "Bitstream Access" vorgesehenen Zentrale der Gesuchsgegnerin die für die Gewährleistung dieses Dienstes notwendigen technischen Voraussetzungen nicht erfüllt. Diesfalls hat sie entsprechende Verweigerungen der Gesuchstellerin umgehend unter detaillierter Angabe zu begründen.

Diese Art der Verpflichtung zur Bereitstellung der erwähnten "Bitstream Access"-Dienstleistungen ist als Massnahme geeignet und auch erforderlich, um den gerechtfertigten Bedürfnissen der Gesuchstellerin Rechnung tragen und der schweizerischen Fernmeldegesetzgebung Nachachtung verschaffen zu können. Die verfügte Massnahme ist in dieser Ausgestaltung zudem verhältnismässig und berücksichtigt die überwiegenden öffentlichen Interessen an einem funktionierenden Wettbewerb auch im Anschlussbereich. Dass diese Verpflichtung verhältnismässig ist, ergibt sich indirekt im Übrigen auch aus dem EU-Fahrplan. Wenn es gesamteuropäisch möglich und für die ehemaligen Monopolistinnen zur Pflicht wird, per 1. Januar 2001 alle drei Formen der Entbündelung anzubieten, ist die gestaffelte Einführung der erwähnten Formen des "Bitstream Access" für die Gesuchsgegnerin sicher nicht unverhältnismässig.

1.5.3 Shared Line und Full Access

Um die Zugangsform Shared Line Access anbieten zu können, ist der Aufwand auf Seiten der Gesuchsgegnerin deutlich grösser als beim "Bitstream Access". Es muss sichergestellt werden, dass die Gesuchstellerin ihre eigenen Einrichtungen in den Ortszentralen installieren kann (Kollokation), und die Gesuchsgegnerin hat das Notwendige vorzukehren, damit die Ausrüstungen der beiden Parteien miteinander verbunden werden können. Ins Gewicht bei den Vorbereitungsarbeiten fällt insbesondere das Spektrummanagement. Es muss sichergestellt sein, dass sich die Einrichtungen der verschiedenen Anbieter nicht gegenseitig stören, wozu einerseits Tests notwendig sind und andererseits Absprachen unter den Betreibern ge-

troffen werden müssen. Auch wenn die Aufwendungen der Gesuchsgegnerin nicht genau abgeschätzt werden können, sind sie sicher beträchtlich.

Was die dritte, obenerwähnte Entbündelungsform, den "Full Access", betrifft, so weicht diese Form der Entbündelung nur wenig vom Shared Line Access ab. Beim Shared Line Access wird die Teilnehmeranschlussleitung (also das Kupferkabel) nach dem Hauptverteiler dem sog. Splitter zugeführt, welcher die breit- von den schmalbandigen Frequenzen trennt und sie der alternativen Anbieterin übergibt. Die Gesuchsgegnerin behält in diesem Fall die schmalbandigen Frequenzen für das Anbieten von Telefondiensten, während die alternative Anbieterin die für das Anbieten von Datendiensten vorgesehene breitbandigen Frequenzen erhält. Im Gegensatz dazu wird beim "Full Access" die Teilnehmeranschlussleitung des Endkunden nach dem Hauptverteiler direkt mit dem Netz der Gesuchstellerin verbunden, so dass sie das ganze Frequenzspektrum betreiben kann. In beiden Fällen bleibt jedoch die Gesuchsgegnerin für die Gewährleistung der Teilnehmeranschlussleitung bis und mit Hauptverteiler verantwortlich.

Das Interesse der Gesuchstellerin, möglichst bald Dienste anbieten zu können, bei denen sie selber die Bandbreite und in einem bestimmten Rahmen auch die anzuwendende Technik bestimmen kann, überwiegt dasjenige der Gesuchsgegnerin, die mit der Gewährung des Zugangs verbundenen Aufwendungen zu vermeiden. Dies insbesondere deshalb, weil die Gesuchstellerin ohne die Möglichkeit, ihren Kunden individualisierte Breitbanddienste oder Lokaltelefoniedienste (Internet) anbieten zu können, zu einem grossen Teil von den entsprechenden Märkten ausgeschlossen wäre.

Nachdem die Gesuchstellerin im Gegensatz zum "Bitstream Access" aber die für das Anbieten weder von Shared Line Access noch von "Full Access" nötigen technischen, administrativen oder kommerziellen Vorbereitungsarbeiten an die Hand genommen hat und für die Lancierung eines solchen Angebots tatsächlich ungleich grössere Investitionen in personeller und finanzieller Hinsicht gemacht werden müssten, als für den Ausbau des Bitstream Access Angebots nötig sein wird, ist die Erzwingung eines solchen Angebots in einem Verfahren auf Erlass von provisorischen Massnahmen lediglich gestützt auf eine summarische Prüfung der Sach- und Rechtslage unverhältnismässig.

Aufgrund der eindeutigen Erfolgsprognose in der Hauptsache ist es aber zweifellos sachgerecht, dass die entsprechenden Vorbereitungshandlungen unverzüglich an die Hand genommen werden, soweit dafür noch keine Änderungen an der Infrastruktur gemacht bzw. entsprechende Investitionen getätigt werden müssen. Die Erarbeitung eines Standardangebotes in Zusammenarbeit mit der Gesuchstellerin wird es ermöglichen, einen allenfalls positiven Entscheid in der Hauptsache rasch umsetzen zu können. Der dafür nötige Aufwand rechtfertigt sich angesichts der grossen Bedeutung dieser Entbündelungsformen für die Gesuchstellerin und die Schweizer Volkswirtschaft. Dies auch für den Fall, dass der Hauptsachenentscheid negativ ausfallen würde. Die Gesuchsgegnerin wird also verpflichtet, in Zusammenarbeit mit der Gesuchstellerin innert 3 Monaten ein Standardangebot für die xDSL-Dienste „Shared Line Access“ und den „Full Access“ auszuarbeiten, welches sämtliche Bedingungen für das Anbieten dieser Dienste an nachfragende Fernmeldediensteanbieterinnen enthält, und dem BAKOM als Instruktionsbehörde einzureichen. Das Standardangebot richtet sich nach den Grundsätzen der Nichtdiskriminierung und der Transparenz gemäss Art. 11 Abs. 1 und Abs. 5 FMG i.V.m. Art. 29 und Art. 33 FDV. Die Ausgestaltung dieses Standardangebotes richtet sich nach einem vom BAKOM ausgearbeiteter Leitfaden, welcher dieser Verfügung als Anhang beigelegt ist. Zu regeln sind insbesondere die für das Anbieten dieser Dienstleistungen nötigen technischen, juristischen und ökonomischen Voraussetzungen.

Diese Massnahme ist geeignet und auch erforderlich, um den Bedürfnissen der Gesuchstellerin in angemessener Form Rechnung tragen und der schweizerischen Fernmeldegesetzgebung Nachachtung verschaffen zu können. Die verfügte Massnahme ist in dieser Ausge-

staltung zudem verhältnismässig und berücksichtigt die überwiegenden öffentlichen Interessen an einem funktionierenden Wettbewerb auch im Anschlussbereich.

1.6 Fazit

Damit sind alle Voraussetzungen für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen hinsichtlich des „Bitstream Access“ erfüllt, so dass die ComCom bereits für die Dauer des Verfahrens einen Entscheid betreffend die Sicherstellung der Interkonnektion und deren Bedingungen fällen kann. Die Interkonnektion umfasst sowohl den Zugang zu den Betriebssystemen der Gesuchsgegnerin als auch die Kollokation, soweit dies notwendig ist, um die für einen reibungslosen Ablauf notwendigen Einrichtungs- und Unterhaltsarbeiten vornehmen zu können. Andernfalls hat die Gesuchsgegnerin lediglich die für das Funktionieren dieser Dienste nötigen Übertragungsdienste zu erbringen.

Die Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen sind ebenso für die Dienste „Shared Line“ und „Full Access“ erfüllt, soweit sie die Vorbereitungsmaßnahmen, nämlich das Erarbeiten eines Standardangebotes innert 3 Monaten betreffen.

(...)

2. Interkonnektionspreise

Die Gesuchsgegnerin hat der Gestaltlerin die Zugangsform "Bitstream Access" nach einer transparenten und kostenorientierten Preisgestaltung auf nichtdiskriminierende Weise zu gewähren. Für das Massnahmeverfahren rechtfertigt es sich, die Kosten mangels entsprechender Beibringung von Berechnungsgrundlagen durch die Parteien gemäss Art. 11 Abs. 3 FMG i.V.m. Art. 47 Abs. 3 FDV festzulegen, mithin einen sog. „Benchmark“ durchzuführen.

2.1 Methodik

Die ComCom hat für die Festsetzung der vorsorglichen Preise für den "Bitstream Access" auf der Basis des bestehenden Angebots Broadband Connectivity Service der Gesuchsgegnerin Vergleichszahlen aus ausländischen, mehrheitlich europäischen Angeboten beigezogen. In den meisten Fällen standen Retailpreisangebote zur Verfügung. Um davon ausgehend kostenorientierte Preise zu erhalten, mussten die Zahlen in zweifacher Hinsicht nach unten korrigiert werden. In einem ersten Schritt erfolgte eine Reduktion zur Erreichung des Wholesalenniveaus. In einem zweiten Schritt musste dieser Preis noch nach unten korrigiert werden, um die Kostenorientierung berücksichtigen zu können.

In Anlehnung an die Methode der EU-Kommission für die Berechnung der Mietleistungsangebote dienten als Basis die ADSL-Angebote für Endverbraucher (Retailpreise), welche verschiedenen Quellen entnommen werden konnten. Diese Retailpreise wurden um 20% nach unten korrigiert. Damit wurde dem Umstand Rechnung getragen, dass es sich um ein Interkonnektionsangebot für Grossverbraucher (Wholesale) handelt. Diese Methodik ist im Anhang der Empfehlung der Kommission über die Zusammenschaltungsentgelte für Mietleitungen auf einem liberalisierten Telekommunikationsmarkt vom 24. November 1999 beschrieben. Die Spanne von 20% ist von der veröffentlichten Buchführung eines typischen etablierten Betreibers abgeleitet, der diesem Ansatz folgt (z.B. British Telecom Current cost financial statements for the business and activities 1998).

Um dem Umstand der Kostenorientierung Rechnung zu tragen, wurde eine weitere Preisreduktion von 10% vorgenommen. Dies bedeutet also, dass Vergleichsangebote auf Retailbasis um 30% und Vergleichsangebote auf Wholesalebasis um 12.5% nach unten korrigiert

wurden. Wholesalepreise müssen um 12.5% reduziert werden, weil die Basis für die Berechnung der Reduktion der Retailpreis bleibt. (Dies kann anhand eines einfachen Zahlenbeispiels erläutert werden: Retailpreis 100.--, 30% Reduktion ergibt 70.--. Wenn hingegen zuerst der Wholesalepreis 80.-- mit einer Reduktion von 20% ermittelt wird, müssen von diesen 80.-- nochmals 12.5% abgezogen werden, um dieselben 70.-- zu erhalten.)

Bei internationalen Preisvergleichen stellt sich zudem jeweils die Frage, wie die Umrechnung von den entsprechenden Landeswährungen zum Schweizerfranken zu erfolgen hat. Diese kann über den Wechselkurs oder unter Berücksichtigung der Kaufkraftparitäten vorgenommen werden. Die Kaufkraftparitäten tragen dem Umstand Rechnung, dass zwischen den verglichenen Ländern erhebliche Unterschiede in den Preisniveaus vorliegen können. Für die Umrechnung der Vergleichswerte wurde ein Mischwert („composite rate“) verwendet, der zu 60% die Kaufkraftparität und zu 40% den Wechselkurs berücksichtigt. Dies ist dadurch gerechtfertigt, dass Telekommunikationsausrüstungen auf internationalen Märkten gekauft werden, wo allein der Wechselkurs massgebend ist und das lokale Preisgefüge, insbesondere das Lohnniveau, keine Rolle spielt. Eine volle Berücksichtigung der Kaufkraftparität ist vor allem in stark arbeitsintensiven Branchen sinnvoll. Die vor allem in der Telekommunikationsbranche tätige englische Beraterfirma OVUM verwendet in ihrer Publikation Ovum Interconnect, Annual Country Profiles 1999, ebenfalls die Aufteilung 60% Kaufkraft und 40% Wechselkurs für internationale Preisvergleiche. Die „composite rate“ wurde anhand der Wechselkurse (Stand Oktober 2000) und der Kaufkraftparitätsfaktoren der OECD errechnet, wobei der US-Dollar als Referenzwährung diente.

2.2 Berechnung

Ausgehend davon, dass die Gesuchsgegnerin lediglich im Bereich des Anschlussnetzes bis hin zu den POI's als marktbeherrschend betrachtet werden kann, gelten die ermittelten kostenorientierten Preise bis zum nächsten POI.

Als Vergleichswerte für die monatlichen Anschlussgebühren (exklusiv Endkundengeräte und Installationsgebühren) wurde die Angebote der folgenden Betreiber herbeigezogen: telco Kingston Communications, Telefonica, US West, Bell Atlantic, France Télécom, BT, KPN Tele Danmark, Ameritech, Bell Atlantic, NTT, Mangoosta, Easynet, Belgacom, Deutsche Telekom, EPT Luxembourg, Bell South, Telia. Die Stichprobe für die verschiedenen Bandbreiten war jedoch unterschiedlich, teils weil schlicht keine Angebote vorhanden waren, teils weil aus den Angeboten nicht klar wurde, was der Preis alles beinhaltet. Auch so weisen die einzelnen Werte der Stichproben erhebliche Unterschiede auf.

Bandbreite (downstream)	Preis pro Monat (in CHF)
256 kbit/s	42
512 kbit/s	60
1 Mbit/s	114
2 Mbit/s	140

One-time Charges (OTC)	CHF
Initialisation of Broadband Access Connection	350
Alteration of Speed Profile, Access Area and Relocation	350
Cancellation of Service	350
IP Connectivity Charges	
	CHF
Initialisation of each IP Connection	17500
OTC for each Access Area (City)	21875
Each Reconfiguration of LNS Routing	8750

Für die einmaligen Anschlusskosten sowie die einmaligen und monatlichen IP Verbindungsgebühren konnten keine verlässlichen Vergleichszahlen aus dem Ausland herbeigezogen werden. Aus diesem Grund wurden die Preise aus dem Angebot Broadband Connectivity Service der Gesuchsgegnerin übernommen und gemäss der beschriebenen Methode um 12.5% reduziert, um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass kostenorientierte und nicht Wholesale-Preise verrechnet werden müssen.

Monthly Recurring Charges

IP Connectivity Link by Steps of 5 Mbps: Prices per 1 Mbps

Bandwith of served IP Connection	Tarif per 1 Mbps in CHF		
	to 20 Mbps	to 80 Mbps	over 80 Mbps
10 to 20 Mbps	656	656	656
25 to 80 Mbps		525	525
85 to 120 Mbps			481

In Anbetracht dessen, dass die somit errechneten Interkonnexionspreise lediglich für das Massnahmeverfahren zur Anwendung gelangen und ein allfälliger davon abweichender Entscheid zu entsprechenden rückwirkenden Korrekturen dieser Preise führen würde, entstehen den Parteien dadurch keine nicht wiedergutzumachenden Nachteile.

