



Eidgenössische
Kommunikations-
Kommission

Commission
fédérale
de la communication

Commissione
federale
delle comunicazioni

Cumissiu
federala
da communicaziun

Federal
Communications
Commission

Interkonnektionsentscheid.

Mietleitungen und Übertragungsmedien

Entscheid der Eidgenössischen Kommunikationskommission vom 2. Oktober 2000

Bemerkung: Das Bundesgericht hat diese Verfügung mit Entscheid vom 3. Oktober 2001 aufgehoben.

Remarque: Le Tribunal fédéral a annulé cette décision par un jugement du 3 octobre 2001.

Entscheid der Eidgenössischen Kommunikationskommission vom 2. Oktober 2000

Interkonnectionsentscheid. Mietleitungen und Übertragungsmedien

Mietleitungen sind als Anwendungsfall der Interkonnection zu betrachten. Sie werden von der Interkonnection gemäss Art. 3 Bst. e FMG i.V.m. Art. 11 FMG erfasst, da es dabei um die Verbindung von Fernmeldeanlagen und -diensten geht und eine Mietleitung einen Fernmeldedienst darstellt. Übertragungsmedien können einen Anwendungsfall der Interkonnection darstellen, sofern es um die Interkonnection zwischen zwei Netzen von einander unabhängigen Fernmeldediensteanbieterinnen geht. In casu wurde das Vorliegen eines Interkonnectionstatbestandes verneint.

Die Gesuchsgegnerin beherrscht den Markt für Mietleitungen im Anschlussbereich bis zu den Netzübergabepunkten (Points of Interconnection), da bis dort keine Alternativen zu ihrem Angebot bestehen. Sie ist in diesem Bereich daher zur Interkonnection gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG verpflichtet. Im Fernbereich sind alternative Mietleitungsangebote vorhanden, so dass in diesem Bereich nicht von einer Marktbeherrschung der Gesuchsgegnerin gesprochen werden kann.

1 Voraussetzungen für den Erlass von Interkonnectionsverfügungen

Gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG müssen marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten andern Anbieterinnen von Fernmeldediensten nach den Grundsätzen einer transparenten und kostenorientierten Preisgestaltung auf nichtdiskriminierende Weise Interkonnection gewähren. Wer Dienste der Grundversorgung nach Art. 16 FMG anbietet, muss gemäss Art. 11 Abs. 2 FMG die Kommunikationsfähigkeit zwischen allen Benutzern dieser Dienste sicherstellen und ist auch zur Interkonnection 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 Mietleitungen und Übertragungsmedien können zwar Dienste der Grundversorgung angeboten werden. Das Anbieten von Mietleitungen und Übertragungsmedien per se ist aber kein Dienst der Grundversorgung im obgenannten Sinne, weshalb Art. 11 Abs. 2 als gesetzliche Grundlage für den Interkonnectionsanspruch der Gesuchstellerin zum Vornherin ausscheidet.

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

1.1 Fernmeldediensteanbieterinnen

Eine Fernmeldediensteanbieterin ist eine natürliche oder juristische Person, welche Informationen für Dritte fernmeldetechnisch selber überträgt oder übertragen lässt und diesem Drit-

ten gegenüber im Rahmen eines Vertragsverhältnisses die Verantwortung für die Erbringung der versprochenen Dienstleistung übernimmt.

Der Gesuchstellerin wurde am 3. November 1998 eine Konzession zur Erbringung von verschiedenen Fernmeldediensten, so das Anbieten von Übertragungskapazität und das Erbringen von Datenübertragungsdiensten sowie verschiedener Mehrwertdienste erteilt.

Die Gesuchsgegnerin ist Inhaberin der Grundversorgungskonzession und bietet zudem Mobilfunk- und Festnetzdienste für Dritte an. Sie ist somit ebenfalls als Fernmeldedienstanbieterin zu betrachten.

1.2 Anwendungsfall der Interkonnektion

1.2.1 Begriff der Interkonnektion

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. c FMG).

Die Interkonnektion beinhaltet damit die folgenden Elemente:

- Verbindung von Fernmeldeanlagen und Verbindung von Fernmeldediensten;
- fernmeldetechnisches und logisches Zusammenwirken der verbundenen Teile und Dienste;
- Zugang zu Diensten Dritter.

1.2.2 Begriff der Mietleitung

Unter dem Begriff der Mietleitungen wird gemäss Art. 1 Bst. b FDV das „Bereitstellen von Übertragungskapazität im Sinne der ONP-Richtlinie 92/44/EWG des Rates vom 5. Juni 1992 zur Einführung des offenen Netzzugangs bei Mietleitungen“ verstanden. In der Richtlinie 92/44/EWG werden Mietleitungen wie folgt definiert: „Der Begriff der Mietleitungen bezeichnet im Zusammenhang mit der Einrichtung, der Entwicklung und dem Betrieb des öffentlichen Telekommunikationsnetzes bereitgestellte Telekommunikationseinrichtungen, die transparente Übertragungskapazität zwischen Netzabschlusspunkten, jedoch keine Vermittlungsfunktionen, die der Benutzer selbst als Bestandteil des Mietleitungsangebots steuern kann (on-demand switching), zur Verfügung stellen.“ In den Mietleitungen enthalten sind also die Übertragungssysteme. Unter Netzabschlusspunkt (Network Termination Point, NTP) wird gemäss Richtlinie 97/51/EG folgendes verstanden: „Der Netzabschlusspunkt ist die physische Stelle, an der ein Benutzer Zugang zu einem öffentlichen Telekommunikationsnetz erhält. Die Lokalisierung der Netzabschlusspunkte wird von der nationalen Regulierungsbehörde festgelegt und stellt für die Zwecke der hoheitlichen Funktion eine Abgrenzung des öffentlichen Telekommunikationsnetzes dar.“

Bei Mietleitungen handelt es sich – wie oben dargelegt – um das Bereitstellen einer bestimmten, vom Anbieter garantierten Übertragungskapazität zwischen zwei Netzab-

schlusspunkten. Enthalten im Mietleitungsangebot sind nebst der Garantie einer bestimmten Kapazität die Überwachung und die Kommunikationssteuerung, nicht aber die Vermittlungsfunktion durch den Nachfrager (on-demand switching). Mietleitungen stellen gemäss Art. 3 lit. b FMG i.V.m. Art. 1 Bst. b FDV einen Fernmeldedienst dar, da der Anbieter von Mietleitungen mittels denselben die „fernmeldetechnische Übertragung von Informationen für Dritte“ erbringt („Punkt-zu-Punkt-Übertragungsdienst“).

1.2.3 Begriff der Übertragungsmedien

Übertragungsmedien sind physische Medien (z.B. Kupferkabel, Glasfaserkabel), über welche Daten innerhalb eines Fernmeldenetzes transportiert werden können. Bei den Übertragungsmedien sind die Übertragungssysteme sowie die Schnittstellen nicht eingeschlossen. Da das physische Medium eine Einrichtung darstellt, die zur fernmeldetechnischen Übertragung von Informationen bestimmt ist oder als solches benutzt wird (Art. 3 Bst. d FMG), handelt es sich beim Übertragungsmedium um eine Fernmeldeanlage. Die Botschaft zu Art. 3 FMG spricht unter „Fernmeldeanlagen“ explizit davon, dass auch Glasfaser-, Kupfer- und Koaxialkabel oder Vermittlungszentralen unter diesen Begriff zu subsumieren sind.

1.2.4 Mietleitungen und Übertragungsmedien als Anwendungsfall der Interkonnektion?

(...)

1.2.4.4 Erwägungen der ComCom

a) Streitgegenstand

Bezüglich der Mietleitungen stützt sich die Gesuchstellerin auf das „Private Line National“-Angebot der Gesuchsgegnerin, welches sich sowohl auf den Orts- wie auch auf den Fernbereich bezieht (vgl. Anhang E der Gesuchsbeilagen). Es handelt sich dabei um Punkt-zu-Punkt-Verbindungen bestimmter Bandbreite mit garantierter Übertragungskapazität, die von der jeweiligen Nachfragerin exklusiv nutzbar sind.

(...)

INCORPORER

INCORPORER

b) 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 i.d.R. 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.

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". Mietleitungen stellen gemäss Art. 3 lit. b FMG i.V.m. Art. 1 Bst. b FDV einen Fernmeldedienst dar, da der Anbieter von Mietleitungen mittels derselben die „fernmeldetechnische Übertragung von Informationen für Dritte“ erbringt („Punkt-zu-Punkt-Übertragungsdienst“). Vom Wortlaut her werden somit Mietleitungen von der Interkonnektion erfasst, da es dabei um die Verbindung von Fernmeldeanlagen und -diensten geht und eine Mietleitung einen Fernmeldedienst darstellt. Soweit die Gesuchstellerin ihre Fernmeldeanla-

gen und -dienste mit Mietleitungen der Gesuchsgegnerin verbinden will, stellt dies gemäss grammatikalischer und systematischer Auslegung ein Interkonnektionstatbestand dar.

Der Gesuchstellerin geht es in casu darum, ihre Fernmeldeanlagen, d.h. die von ihr betriebene Infrastruktur, mit den Mietleitungen und Übertragungsmedien der Gesuchsgegnerin zusammenzuschalten, um ihre Kunden (diejenigen der Gesuchstellerin) miteinander und/oder sich selbst mit ihren Kunden fernmeldetechnisch und logisch zu verbinden. Das Angebot „Private Line National“ der Gesuchsgegnerin, auf das sich das Gesuch der Gesuchstellerin bezieht, enthält ein Angebot von Mietleitungen und Übertragungsmedien verschiedener Kapazitäten, welches diese Bedürfnisse der Gesuchstellerin befriedigen kann.

Konkretisiert wird die Verpflichtung zur Gewährleistung der Interkonnektion der marktbeherrschenden Anbieterin in Art. 29 ff. FDV. Art. 32 FDV schreibt der marktbeherrschenden Anbieterin ein Basisangebot vor. Art. 32 Abs. 1 Bst. a FDV verpflichtet die marktbeherrschende Anbieterin zur Erzeugung, Terminierung und zum Transit der Verbindungen aller Dienste der Grundversorgung. Die Anbieterin wird ausserdem zur Gewährleistung des Zugangs zu anderen Diensten (als denjenigen der Grundversorgung) verpflichtet, bei denen sie marktbeherrschend ist (Art. 32 Abs. 1 Bst. b FDV). Die Gesuchstellerin möchte mit den bezogenen Mietleitungen ihren Kunden den Zugang zu ihren eigenen Dienstleistungen ermöglichen oder ihre eigenen Teilnetze miteinander oder mit jenen von anderen Fernmeldedienstanbieterinnen verbinden. Damit fallen Mietleitungen ohne weiteres unter Art. 32 Abs. 1 Bst. b FDV.

Der Einwand der Gesuchsgegnerin, Mietleitungen liessen sich nicht unter Art. 32 Abs. 1 Bst. b FDV subsumieren, weil mit dieser Norm lediglich der „Zugang“ zu gewissen Diensten gewährleistet werde, nicht aber der Dienst an und für sich, kann nicht bestehen. Im Zusammenhang mit der Interkonnektion kann einerseits von Interkonnektionsdiensten selbst gesprochen werden (Transitdienst, Anrufidentifikationsdienst, etc.), andererseits von „Zugangsdiensten“ (Zugang zu Mehrwertdiensten, etc.). Technisch erklärt sich die unterschiedliche Terminologie damit, dass dann von „Zugang“ zu einem Dienst gesprochen wird, wenn über die Interkonnektionsschnittstelle auf das sog. intelligente Netzwerk (IN) der Interkonnektionspartnerin zugegriffen wird. Obschon in Art. 32 Abs. 1 Bst. b FDV von „Zugang“ die Rede ist, wollte der Ordnungsgeber diese Interkonnektionsdienste nicht auf Abfragen des IN's reduzieren. Vielmehr sollten mit der Interkonnektionsregulierung sämtliche Interkonnektionsdienste erfasst werden, ohne jeden einzelnen Dienst aufzählen zu müssen. Mit der allgemeinen Formulierung in Art. 32 Abs. 1 Bst. b FDV soll der Dynamik und Innovation der Fernmeldedienste entsprochen werden, welche einem raschen Wandel unterzogen sind. Den reinen „Zugang“ zu diesem Dienst zu fordern, ohne den Dienst selber von der marktbeherrschenden Anbieterin zu verlangen, würde keinen Sinn machen.

Im Übrigen handelt es sich bei Art. 32 FDV um ein Mindestangebot von Interkonnektionsdienstleistungen, welches die marktbeherrschende Anbieterin im betreffenden Markt anbieten muss. Abs. 1 verpflichtet diese denn auch, „mindestens“ das dort umschriebene Angebot zur Verfügung zu stellen. Daraus ergibt sich ohne weiteres, dass das Fehlen eines entsprechenden Basisangebots im Mietleitungsbereich nicht einfach die grammatikalisch eindeutige Subsumtion von Mietleitungen unter den gesetzlich vorgegebenen Interkonnektionsbegriff negieren könnte.

Bezüglich den Übertragungsmedien gilt Folgendes: Die Gesuchstellerin verlangt mit Verweis auf das Angebot der Gesuchsgegnerin (Private Line National), dass mittels des Übertragungsmediums (Kupferleitung oder „Dark Fiber“) zwei Netzabschlusspunkte (NTP) des Kunden im Anschlussnetz über die Anschlusszentrale der Gesuchsgegnerin miteinander verbunden werden sollen. Dieser Sachverhalt stellt aber keine Interkonnektion i. S. v. Art. 11 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 lit. e FMG dar, da vorliegend keine Interkonnektion zwischen zwei Netzen oder Diensten zweier von einander unabhängiger Fernmeldedienstanbieterinnen verlangt wird, sondern die Verbindung von zwei Netzabschlusspunkten in der Anschlusszentrale

im Anschlussnetz der Gesuchsgegnerin. Es geht also nicht darum, die Fernmeldenetze oder Fernmeldedienste der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin an einem Interkonnektionspunkt zusammenzuführen, sondern viel mehr darum, dass die Gesuchsgegnerin zwei oder mehrere Kundenstandorte der Gesuchstellerin mittels Übertragungsmedium direkt verbindet. Die Gesuchstellerin agiert mit anderen Worten als reine Wiederverkäuferin von Übertragungskapazität, was sich nicht unter den Interkonnektionsbegriff im Sinne von Art. 11 i.V.m. Art. 3 lit. e FMG subsumieren lässt. Somit erübrigt es sich, weiter zu prüfen, ob Übertragungsmedien vom Wortlaut her unter Art. 32 Abs. 1 lit. e FDV fallen, welche die marktbeherrschende Anbieterin dazu verpflichtet, die entsprechende physische Verbindung von Fernmeldeanlagen verschiedener Anbieterinnen, die für die Verbindung von Diensten notwendig ist, anzubieten. Auch erübrigt sich hinsichtlich der Übertragungsmedien die Anwendung von weiteren Auslegungsmethoden.

c) 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.

Die Materialien zur Fernmeldegesetzgebung geben keine explizite Auskunft darüber, ob Mietleitungen als Anwendungsfall der Interkonnektion zu betrachten sind. 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 sollte. 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. v.a. (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, welches das Fernmeldegesetz und die entsprechenden Verordnungen vorbereitet hat, war es immer klar, dass Mietleitungen ein Fall der Interkonnektion sind. Diese Überzeugung fand denn auch ihren Niederschlag im Verordnungsentwurf über Fernmeldedienste vom 30. Mai 1997 (E-FDV). Die Mietleitungen waren dementsprechend in Art. 33 Abs. 1 Bst. d E-FDV explizit als Teil des Basisangebots erwähnt.

Dass die Mietleitungen als Interkonnektionsdienst aus dem E-FDV wieder herausgenommen wurden, erklärt sich damit, dass das Basisangebot mit seinem Dienstekatalog einerseits auf eine überlange Aufzählung verzichten sollte (Art. 33 E-FDV enthielt Bst. a bis f). Anderer-

seits sollte mittels Art. 32 Abs. 1 Bst. b FDV eine Norm geschaffen werden, welche all diejenigen Dienste erfasst, welche von einer Anbieterin als interkonnectionsrelevanter Dienst in marktbeherrschender Weise angeboten werden. Dass die Mietleitungen gemäss der FDV vom 6. Oktober 1997 nicht mehr im Basisangebot (Art. 32 FDV) aufgeführt werden, erklärt sich also nicht durch ein konkludentes Schweigen des Verordnungsgebers, wie es die Gesuchsgegnerin behauptet. Vielmehr handelt es sich bei den Mietleitungen um einen Interkonnectionsdienst gemäss Art. 32 Abs. 1 Bst. b FDV, den die Gesuchsgegnerin entsprechend anzubieten hat, sofern sie bei diesem Dienst marktbeherrschend ist.

d) Teleologische Auslegung

Bei der teleologischen Auslegung wird in einem ersten Schritt der Zweck ermittelt, welcher mit einer Rechtsnorm erreicht werden soll und dann geprüft, ob mit dem Auslegungsergebnis dieses vom Gesetzgeber angestrebte Ziel erreicht wird.

Zunächst ist zu prüfen, um was es bei der Interkonnection überhaupt geht, wie der Begriff praktisch zu verstehen ist. Bei der Interkonnection 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 Fischer, *Das Interkonnectionsregime in Le droit des télécommunications en mutation*, Editions Universitaires, Fribourg 2000, unter Ziff. I, wird demnächst erscheinen).

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 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 Fernmeldedienstanbieterinnen zu nutzen. Um dieses Verhandlungsungleichgewicht zu entschärfen, sieht das FMG eine Interkonnectionspflicht für marktbeherrschende Dienstanbieterinnen vor (Katharina Stampfli, *Die Prinzipien Nichtdiskriminierung, Kostenorientierung und Transparenz im Rahmen der Interkonnection 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 Spezialisierung und Komplexität der Sachver-

halte 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 Hübscher B. und Rieder P., 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.).

Die Subsumtion der Mietleitungen 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 dominieren, 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)

Ziel des Gesetzgebers war also ein umfassender Wettbewerb insbesondere auf der Diensteebene. Mittel zur Erreichung dieses Zieles sind der Infrastrukturwettbewerb auf der einen Seite. Auf der anderen Seite ist der Aufbau von Alternativinfrastrukturen aber gerade im Anschlussbereich aufgrund der Bau- und Bewilligungsvorschriften zeitlich und finanziell äusserst aufwendig. Mit dem Interkonnektionsregime stellte der Gesetzgeber daher einen Mechanismus zur Verfügung, welcher das von ihm angestrebte Ziel auch auf einem anderen Weg zu erreichen erlaubt. Kostengünstige Mietleitungen sind für die alternativen Diensteanbieterinnen für den Aufbau eines eigenen Netzes und die Erschliessung oder Verbindung von Kunden und Netzen eine unabdingbare Voraussetzung für den Marktzutritt und ein erfolgreiches Bestehen im Wettbewerb. Es gibt daher nicht nur keine Anhaltspunkte, dass der Gesetzgeber die Mietleitungen vom Interkonnektionsregime ausnehmen wollte. Im Gegenteil, die Subsumtion der Mietleitungen ist ein ausserordentlich wichtiger Bestandteil zur Erreichung des vom Gesetzgeber angestrebten Zieles.

Mietleitungen werden somit auch vom Sinn und Zweck der Interkonnektionsbestimmungen im Fernmeldegesetz als Anwendungsfall der Interkonnektion erfasst.

e) "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. Der Gesetzgeber hat aber klar zum Ausdruck gebracht, dass die Liberalisierungsentwicklungen in der WTO und der EU die Schweiz unter Zugzwang gesetzt haben und das neue FMG unter Berücksichtigung der schweizerischen Besonderheiten eurokompatibel sein soll (Botschaft, a.a.O.; S. 1412). Die Regelung der Mietleitungsproblematik 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).

Die Auslegung, wonach es sich bei den Mietleitungen um einen Interkonnektionsdienst gemäss Art. 11 FMG i.V.m. Art. 32 Abs. 1 Bst. b FDV handelt, deckt sich mit der Entwicklung in der EU. Die Mietleitungsrichtlinie (Richtlinie 92/44/EWG vom 5. Juni 1992 zur Einführung des offenen Netzzuganges bei Mietleitungen) betrifft gemäss Art. 1 „die Harmonisierung der Bedingungen für den offenen und effizienten Zugang zu und die Nutzung von Mietleitungen, die Benutzern des öffentlichen Telekommunikationsnetzes bereitgestellt werden, sowie die Bereitstellung eines gemeinschaftsweiten Mindestangebotes von Mietleitungen mit harmonisierten technischen Merkmalen.“ Gemäss Art. 6 stellen Mitgliedstaaten bei Einschränkungen des Zuganges zu Mietleitungen und deren Nutzung gemäss dem Gemeinschaftsrecht sicher, dass diese Einschränkung von den nationalen Regulierungsbehörden mit ordnungspolitischen Mitteln behoben werden. „Es dürfen keine technischen Einschränkungen für die Zusammenschaltung von Mietleitungen untereinander oder von Mietleitungen und öffentlichen Telekommunikationsnetzen eingeführt oder aufrechterhalten werden“ (Fassung gemäss Richtlinie 97/51/EG zur Änderung der Richtlinie 97/44/EWG). Was die Mietleitungspreise anbelangt, so führt Artikel 10 aus: „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Tarife für Mietleitungen den Grundsätzen der Kostenorientierung und Transparenz folgen und den folgenden Regeln entsprechen (...).“ Diese Kostenregelung entspricht derjenigen für Interkonnektionsdienste marktbeherrschender Anbieterinnen.

Von besonderer Bedeutung in diesem Zusammenhang ist die für marktbeherrschende Mietleitungs- und Festnetzanbieterinnen erforderliche Kostenorientierung der Tarife. Den Grundsätzen der Kostenorientierung der Zusammenschaltungsentgelte sowie der Nichtdiskriminierung und Transparenz unterliegen Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht laut der Zusammenschaltungsrichtlinie (RL97/33/EG) ausser auf dem Markt für öffentliche Sprachtelefondienste und Mobiltelefondienste nämlich auch auf dem Markt für das öffentliche Anbieten von Mietleitungen.

Die EU-Kommission erliess ausserdem am 24. November 1999 eine Empfehlung betreffend Zusammenschaltungsentgelte für Mietleitungen auf einem liberalisierten Telekommunikationsmarkt. Ziff. 6 hält fest: „Aufgrund der Zusammenschaltungsrichtlinie 97/33/EG müssen Festnetzbetreiber, die als Organisationen mit beträchtlicher Marktmacht gemeldet wurden, anderen Betreibern kostenorientierte Mietleitungsdienste zur Zusammenschaltung anbieten, damit sie in einem liberalisierten Umfeld nach den Prinzipien des Binnenmarktes durchgehende Mietleitungsdienste anbieten können (...). Diese Dienste sind unter transparenten, nichtdiskriminierenden und kostenorientierten Bedingungen anzubieten und bedürfen der Genehmigung der Regulierungsbehörde (...).“

Nach geltendem EU-Recht unterliegen die Mietleitungen also dem Zusammenschaltungsregime, mithin also den Regeln der Interkonnektion, was wie in der Schweiz die Pflicht zur Kostenorientiertheit, Nichtdiskriminierung und Transparenz beim Anbieten von Mietleitungen durch marktbeherrschende Anbieterinnen zur Folge hat.

f) Fazit

Die angewendeten Auslegungsmethoden ergeben damit eindeutig, dass das Zurverfügungstellen von Mietleitungen ein Anwendungsfall der Interkonnektion ist. Dies ist für die Übertragungsmedien nicht der Fall.

1.3 Übertragungsmedien gestützt auf Art. 36 Abs. 2 FMG?

(...)

1.3.2 Erwägungen der ComCom

Der Begründung der Gesuchstellerin, sie habe Anspruch auf ULL gemäss Art. 36 Abs. 2 FMG, kann nicht gefolgt werden, handelt es sich bei diesem Artikel doch um einen Schutzartikel von Polizeigütern. Die Botschaft hält dazu fest, das BAKOM könne zum Schutz der Landschaft und aufgrund der beschränkt vorhandenen topographisch sinnvollen Sendestandorte im Funkbereich im öffentlichen Interesse Konzessionärinnen verpflichten, die Mitbenutzung von Fernmeldeanlagen, Sendestandorten und Kabelkanälen zu gestatten. Die Anwendbarkeit dieser Norm auf den vorliegenden Fall scheidet im Übrigen auch an der Zuständigkeitsfrage, da für den Erlass einer entsprechenden Verfügung das BAKOM und nicht die ComCom zuständig wäre.

Zudem geht es beim ULL um einen anderen Sachverhalt, nämlich um die Entbündelung der Teilnehmeranschlussleitung. Für die Realisierung des ULL wird die Infrastruktur der nachfragenden Fernmeldedienstanbieterin in der Anschlusszentrale der marktbeherrschenden Anbieterin installiert und über die Teilnehmeranschlussleitung mit dem Teilnehmeranschluss verbunden. Die nachfragende Fernmeldedienstanbieterin erhält bei der gemeinsamen Nutzung und beim schnellen Bit-Strom-Zugang mittels Kollokation – also innerhalb derselben Anschlusszentrale – über die Vermittlungseinrichtung (Switch) der marktbeherrschenden Anbieterin den Zugriff auf die Teilnehmeranschlussleitung. Es kommt also zu einer gemeinsamen Nutzung der Anschlusszentrale, zu einer gemeinsamen Nutzung der Fernmeldeanlagen (Multiplexer, Konzentrator, ev. Switch) innerhalb der Anschlusszentrale der marktbeherrschenden Anbieterin. Anders ist es bei der vollständigen Entbündelung, die keine gemeinsame Nutzung der Fernmeldeanlagen zulässt und das Bereitstellen der eigenen Infrastruktur der nachfragenden Fernmeldedienstanbieterin voraussetzt. Die Details zu den verschiedenen Arten des entbündelten Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung können der Mitteilung der Kommission über den Entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss COM[2000]237 vom 26. April 2000 entnommen werden.

Im vorliegenden Fall geht es aber nicht um die Verbindung von Fernmeldeanlagen und Fernmeldediensten in einer Anschlusszentrale. Der Gesuchstellerin geht es nämlich nur darum, ohne Bereitstellung einer eigenen Infrastruktur die Verbindung von zwei Netzabschlusspunkten in der Anschlusszentrale im Anschlussnetz der Gesuchsgegnerin zu erwirken, weshalb nicht von einem entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung (ULL) gesprochen werden kann. Beim ULL wird die in der Anschlusszentrale der marktbeherrschenden Anbieterin zu installierende Infrastruktur der alternativen Fernmeldedienstanbieterinnen über die Teilnehmeranschlussleitung mit dem Teilnehmeranschluss verbunden. Auf die Frage der Verpflichtung zum ULL muss im Rahmen des vorliegenden Verfahrens nicht weiter eingegangen werden, sie kann hier offen gelassen werden, weil sie sich aufgrund des vorgelegten Sachverhaltes nicht stellt.

1.4 Zwischenergebnis

Mietleitungen sind als Anwendungsfall der Interkonnektion zu betrachten. Vom Wortlaut her werden Mietleitungen von der Interkonnektion erfasst, da es dabei um die Verbindung von Fernmeldeanlagen und -diensten geht und eine Mietleitung einen Fernmeldedienst darstellt. Dieses Ergebnis entspricht auch dem Sinn und Zweck der Interkonnektionsbestimmung: Dem Gesetzgeber ging es vor allem um den Netzzugang für alle berechtigten Nachfrager zu angemessenen Bedingungen sowie die Interoperabilität der Dienste. Die Mietleitungen hat der Gesetzgeber als Interkonnektionsdienst nicht vom Fernmeldenetz der verpflichteten Anbieterin ausgenommen, sondern er ist vielmehr von einem generellen Netzzugang und der allgemeinen Zusammenschaltung der Anlagen ausgegangen, unter Sicherstellung der Inter-

operabilität der Dienste. Das Ergebnis stimmt überdies mit den entsprechenden Regelungen der Europäischen Union überein.

Übertragungsmedien können einen Anwendungsfall der Interkonnektion darstellen, sofern es um die Interkonnektion zwischen zwei Netzen von einander unabhängigen Fernmeldediensteanbieterinnen geht. Solange wie vorliegend die Verbindung von zwei Netzabschlusspunkten in der Anschlusszentrale im Anschlussnetz einer einzigen Fernmeldediensteanbieterin (in casu der Gesuchsgegnerin) verlangt wird, kann nicht mehr von Interkonnektion gesprochen werden. Auch liegt in casu kein Tatbestand des entbündelten Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung (ULL) vor, da die Gesuchstellerin ohne Bereitstellung einer eigenen Infrastruktur die Verbindung von zwei Netzabschlusspunkten in der Anschlusszentrale im Anschlussnetz der Gesuchsgegnerin verlangt. Eine Zusammenschaltung kann auch nicht über Art. 36 Abs. 2 FMG verlangt werden, da es sich bei diesem Artikel einzig um einen Schutzartikel von Polizeigütern handelt.

2 Marktbeherrschung

Die letzte Voraussetzung für die Anwendung von Art. 11 Abs. 1 FMG ist das Vorliegen der Marktbeherrschung im entsprechenden Markt, was im Folgenden geprüft wird.

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 kann, 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 die Wettbewerbskommission (WEKO). Dies geschah ein erstes Mal im Rahmen des Verfahrens um Erlass von vorsorglichen Massnahmen und ein zweites Mal während dem Hauptverfahren.

2.1 Das Gutachten der WEKO vom 7. Dezember 1998

In ihrem Gutachten vom 7. Dezember 1998 hielt die WEKO fest, dass ihre Schlussfolgerungen auf demjenigen Sachverhalt beruhen würden, wie er im Rahmen des Massnahmeverfahrens durch das BAKOM bis zum Zeitpunkt der Abgabe des Gutachtens erstellt worden sei. Insbesondere aufgrund des vorläufigen Charakters dieses Sachverhalts sei es nicht möglich, die Marktverhältnisse umfassend zu würdigen und eine abschliessende Aussage über die Marktstellung der Gesuchsgegnerin zu machen. Die WEKO kam zum vorläufigen Schluss, dass zumindest in jenen Gegenden Indizien für eine marktbeherrschende Stellung der Gesuchsgegnerin im Markt für Mietleitungen bestehen, in welchen keine alternative Telekommunikationsnetz-Infrastruktur existiere. In Ballungszentren, wo andere Anbieterinnen teilweise eigene Infrastruktur gebaut haben, könne aber eine Marktbeherrschung auch nicht grundsätzlich ausgeschlossen werden.

2.2 Das Gutachten der WEKO vom 7. Februar 2000

Dem im Rahmen des Hauptverfahrens erstellten Gutachten der WEKO vom 7. Februar 2000 (nachfolgend „Gutachten“ genannt) dienten als Grundlage die ihr vom BAKOM zur Verfügung gestellten Verfahrensakten und die von den Parteien zuhanden der WEKO erstellten Eingaben. Ausserdem ersuchte die WEKO das BAKOM nach Beginn der Erarbeitung des Gutachtens darum, eine Marktumfrage bei verschiedenen Fernmeldediensteanbieterinnen, Kabelfernsehbetreiberinnen und Elektrizitätswerken vorzunehmen. Hierzu schlug die WEKO dem BAKOM geeignete Fragen vor, um den Umfang des jeweiligen Mietleitungsangebotes,

die räumliche Ausdehnung des Angebotes, die benutzte Infrastruktur (eigene oder zuge-mietete) und die Substituierbarkeit der eigenen Dienste mit den Mietleitungen der Gesuchs-gegnerin zu erfragen.

Gemäss dem Gutachten der WEKO decken sich die Ergebnisse der vom BAKOM durchge-führten und von der Gesuchsgegnerin in ihrer Eingabe beigelegten Umfrage weitgehend. Bei den Mietleitungsangeboten der CATV (Kabel-TV)-Betreiber würden sich teilweise Differen-zen ergeben, was u.U. auf die Tatsache zurückzuführen sei, dass die Umfrage der Ge-suchsgegnerin den Blickwinkel Mietleitungsangebote für Endkunden hatte, währenddem bei der Umfrage des BAKOM die Fernmeldedienstanbieterinnen als Marktgegenseite im Zen-trum standen.

(...)

Die Resultate der Marktumfrage zeigen, dass verschiedene Fernmeldedienstanbieterinnen mittels ihrer Infrastruktur in bestimmten Gebieten als Konkurrenz zur Gesuchsgegnerin auf-treten. Andererseits zeigt sich aber auch, dass die CATV-Netze häufig noch nicht so weit aufgerüstet sind, dass deren Betreiber als aktuelle Wettbewerber in die Beurteilung mitein-bezogen werden können. Das gilt insbesondere auch für Cablecom, in deren Versorgungs-gebiet erst 25% der Netze entsprechend aufgerüstet sind.

Die WEKO nahm in ihrem Gutachten ausserdem eine Abgrenzung des relevanten Marktes in sachlicher und räumlicher Hinsicht vor. Da davon ausgegangen werden könne, dass Fernmeldedienstanbieterinnen zu einem gewissen Teil selber in der Lage seien, Kontroll- und Überwachungsfunktionen für ihre Kunden zu übernehmen, würden sie in der Regel ne-ben Mietleitungen auch reine Übertragungsmedien nachfragen. Es werde davon ausgegan-gen, dass in Abhängigkeit von zu verbindenden Punkten und vom gewünschten Verwen-dungszweck auch unterschiedliche Dienste nachgefragt werden. Für die Zwecke des Gut-achtens werde somit von einem sachlich relevanten Markt „Mietleitungen“ ausgegangen, welcher sowohl Mietleitungen wie auch reine Übertragungsmedien beinhalte. Für die Ab-grenzung des sachlich relevanten Marktes wurde eine engere Marktabgrenzung vorgenom-men, wozu die WEKO zwischen Anschluss- und Fernnetz unterschied. Diese beiden Netze würden keine Substitute darstellen, sondern in einer komplementären Beziehung zueinander stehen. Damit werde die Verbindung zwischen Anschluss- und Fernnetz sichergestellt.

Für die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes stellte die WEKO auf dasjenige Gebiet ab, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet. Dabei würden die Fernmeldedienstanbieterinnen aus räumlicher Sicht bei der Gesuchsgegnerin Mietleitungen nachfragen, wo sie für ihre Kom-munikationsbedürfnisse bzw. diejenigen ihrer Endkunden keine oder zu geringe eigene In-frastruktur bzw. Kapazitäten aufwiesen. Für die räumliche Abgrenzung seien die Nachfrage in ihrer Gesamtheit und die Angebots- bzw. Nachfragebedingungen zu berücksichtigen, wo-bei in der ganzen Schweiz Mietleitungen nachgefragt würden. Auch die Gesuchstellerin ver-lange Interkonnektion auf das gesamte Mietleitungsangebot der Gesuchsgegnerin. Daher könne der Schluss gezogen werden, dass für die Beurteilung der Marktstellung der Ge-suchsgegnerin von einem räumlich relevanten Markt Schweiz ausgegangen werden könne.

Bezüglich des Fernnetzes kommt die WEKO zum Schluss, dass die Gesuchsgegnerin im Markt für Mietleitungen aufgrund des aktuellen Wettbewerbes und der vom potentiellen Wettbewerb ausgehenden Wirkung keine beherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG mehr einnehme. Selbst wenn die Angebote der anderen Fernmeldedienstanbieterinnen nicht in der ganzen Schweiz zur Verfügung stünden, bestehe doch ein Wettbewerbsdruck gegenüber der Gesuchsgegnerin. Dieser verunmögliche es ihr, sich im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG unabhängig zu verhalten. Nicht auszuschliessen sei indessen, dass eine bestimmte Mietleitung im Fernnetz ausschliesslich von der Gesuchsgegnerin angeboten werden könne.

Dies würde u.U. bedeuten, dass die Gesuchsgegnerin diesbezüglich eine marktbeherrschende Stellung einnehmen würde. Die Weigerung, diese Mietleitung anzubieten, könnte möglicherweise eine im Sinne von Art. 7 KG unzulässige Verhaltensweise darstellen und von der WEKO verboten werden.

Bezüglich der Anschlussnetze habe die Umfrage des BAKOM zuhanden der WEKO ergeben, dass insbesondere in den Städten Zürich und Genf mehrere Fernmeldedienstanbieterinnen eigene Infrastruktur gebaut haben. Weitere Fernmeldedienstanbieterinnen hätten in verschiedenen Städten Anschlusspunkte an ihr Netz 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. Diese könne sich daher trotz der vorhandenen Stadtnetze und Anschlusspunkte der anderen Fernmeldedienstanbieterinnen unabhängig verhalten. 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. Diese Beurteilung könne sich v.a. in Abhängigkeit der weiteren Ausrüstung der CATV-Netze und der Entwicklung von WLL-Erschliessungen verändern.

(...)

2.2.3 Erwägungen der ComCom

Die Einschätzung der WEKO, wonach im Fernnetz keine Marktbeherrschung vorliegt, wird nicht bestritten. Umstritten sind die Verletzung des rechtlichen Gehörs, die Einschätzung des aktuellen und potentiellen Wettbewerbs im Anschlussbereich sowie die Abgrenzung von Fern- und Anschlussnetz.

(.....)

2.2.3.2 Aktueller und potentieller Wettbewerb im Anschlussnetz

(....)

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

2.2.3.3 Abgrenzung Anschluss- und Fernnetz

Für die Definition der Marktbeherrschung ist entscheidend, wo die Trennlinie zwischen Anschluss- und Fernnetz verläuft. Der klassische Anschlussbereich besteht in der Teilnehmeranschlussleitung (Kupfer- oder Glasfaserkabel), welche sich von der Anschlusszentrale (inkl. Linienkarte) bis zum Hausanschluss des Endkunden erstreckt. Im Gutachten der WEKO wurde eine sog. „engere“ Marktabgrenzung vorgenommen. Für die Unterscheidung von Anschluss- und Fernnetz war entscheidend, dass es sich bei den beiden Netzen nicht um Substitute, sondern um komplementäre Netze handelt. Die WEKO hielt dazu fest, dass Mietleitungen von den Nachfragern häufig nur zur Ergänzung eigener oder anderweitig zugemie-

teter Infrastruktur benötigen. Diese seien im Unterschied zu den Endkunden in der Lage, Infrastruktur verschiedener Anbieter miteinander zu verbinden, so dass eine durchgehende Kommunikation möglich werde. Hieraus wird aber klar, dass Nachfrager nur dort auf eine alternative Mietleitung zurückgreifen können, wo entsprechende technische Möglichkeiten bestehen. D.h., die Nachfrager müssen die technische Möglichkeit haben, ihren Fernmeldeverkehr vom einen Netz auf ein anderes zu „routen“, wozu entsprechende „Signalübergabepunkte“ vorhanden sein müssen. Anders ist es nicht möglich, eine durchgehende Kommunikation zu gewährleisten. Die Gesuchsgegnerin bietet insbesondere für ihr vermitteltes Fernmeldenetz solche Möglichkeiten mittels ihrer auf die ganze Schweiz verteilten 18 Interkonnectionspunkte an, wo sie je 2 Signalübergabepunkte zur Verfügung stellt. Diese Signalübergabepunkte sind ebenfalls dafür geeignet, Datenverkehr aus alternativen Mietleitungen weiterzuleiten bzw. aus dem eigenen Netz an alternative Mietleitungen weiterzuleiten. Mehrere Fernmeldedienstanbieterinnen sind an diesen POI's bereits heute präsent und in der Lage, Mietleitungen anzubieten, wie das Gutachten der WEKO festgehalten hat.

Damit besteht eine Substituierbarkeit der Mietleitungen erst bei den POI's. Die Gesuchsgegnerin beherrscht mithin den Markt für Mietleitungen im Anschlussbereich bis zu diesen Punkten, da vorher keine Alternativen zu ihrem Angebot bestehen. Insofern kann den Schlussfolgerungen der Gesuchstellerin, welche sie in ihrer Stellungnahme zum Gutachten der WEKO angestellt hat, beigespflichtet werden („technische Betrachtungsweise“). Nicht gefolgt wird indessen der sog. „wirtschaftlich-technischen“ Betrachtungsweise der Gesuchstellerin, wonach das Fernnetz nur zwischen den acht wichtigen Mietleitungskreisen besteht. Diese Definition ist eindeutig zu eng, da zwischen den einzelnen POI's wie die Umfragen und das Gutachten gezeigt haben, alternative Mietleitungsangebote vorhanden sind.

2.3 Zwischenergebnis

Eine Substituierbarkeit der Mietleitungen besteht erst bei den POI's. Die Gesuchsgegnerin beherrscht mithin den Markt für Mietleitungen im Anschlussbereich bis zu diesen Punkten, da bis dort keine Alternativen zu ihrem Angebot bestehen. Im Fernbereich sind alternative Mietleitungsangebote vorhanden, so dass in diesem Bereich nicht von einer Marktbeherrschung der Gesuchsgegnerin gesprochen werden kann.

3 Kostenorientierte Interkonnectionspreise für Mietleitungen

3.1 Pflichten gemäss Art. 11 Abs.1 FMG

Da Mietleitungen einen Anwendungsfall der Interkonnection darstellen und die Gesuchsgegnerin als marktbeherrschend im Markt für Mietleitungen im Anschlussbereich (bis zu den POI's) ist, hat sie den um Interkonnection nachsuchenden Fernmeldedienstanbieterinnen die Mietleitungen zu kostenorientierten Preisen zur Verfügung zu stellen. Können sich die Parteien nicht einigen, legt die ComCom die Preise fest (Art. 47 Abs. 2 FDV).

3.2 Beweislast

Gemäss Art. 47 Abs. 3 FDV muss die zur Interkonnection verpflichtete Anbieterin die Einhaltung der Kostenorientierung nach Art. 34 FDV nachweisen. Wenn sie diesen Nachweis nicht erbringt, verfügt die ComCom die entsprechenden Preise aufgrund von markt- und branchenüblichen Vergleichswerten (benchmarking).

(...)

3.3 Preisberechnung

3.3.1 Methodik

Vorauszuschicken ist, dass der ComCom nicht genügend repräsentative Daten zur Verfügung standen, um einen europäischen Preisvergleich auf der Basis von kostenorientierten oder Wholesale-Mietleitungsangeboten zu erstellen, da in der EU die Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht die Preise für Mietleitungen zum Teil noch nicht in ihr Standard-Interkonnektionsangebot aufgenommen haben. Es musste daher von den Retailpreisen ausgegangen werden, welche in zweifacher Hinsicht nach unten korrigiert werden mussten. In einem ersten Schritt erfolgte eine Reduktion zur Erreichung des Wholesaleniveaus und in einem zweiten Schritt musste dieser Preis noch nach unten korrigiert werden, um die Kostenorientierung berücksichtigen zu können.

In Anlehnung an die Praxis der EU-Kommission dienten als Basis also die Mietleitungsangebote für Endverbraucher (Retailpreise), welche verschiedenen Quellen entnommen werden konnten. Diese Retailpreise wurden um 20% nach unten korrigiert. Damit wird 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).

Die hier angewendete Methode wurde auch in der EU als Übergangslösung gewählt, um die empfohlenen Preisobergrenzen für Mietleitungen auf der Basis des drittgünstigsten angebotenen Preises für die nachgefragte Dienstleistung festzulegen. Dieser Preis sollte dem kostenorientierten Preis eines effizienten Anbieters entsprechen.

Dieses Vorgehen lehnt sich zudem an das Konzept der "besten gegenwärtigen Praxis" der EU an (Empfehlung 98/511/EG). Die ComCom sieht allerdings davon ab, auf der Basis des drittgünstigsten europäischen Anbieters den Übergang vom Wholesaleangebot zum kostenorientierten Angebot zu berechnen. Bei einer genügend gesicherten Datenbasis kann dies zwar sinnvoll sein. Im vorliegenden Fall ist es aber angebrachter, eine weitere Preiskorrektur von 10% vorzunehmen, um ausgehend von Wholesalepreisen ein kostenorientiertes Angebot zu bestimmen.

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 durchschnittlichen Wechselkurse für 1999 und der Kaufkraftparitätsfaktoren der OECD errechnet, wobei der US-Dollar als Referenzwährung diente. Gewisse Preisvergleiche waren bereits kaufkraftbereinigt in EURO. In diesen Fällen mussten die aufgeführten Beträge zuerst mit dem EURO-Kaufkraftparitätsfaktor in die entsprechende Landeswährung umgerechnet werden. Die EURO Wechselkurse und EURO Kaufkraftparitätsfaktoren wurden dabei dem Anhang zum Fünften Bericht über die Umsetzung des Reformpakets für den Telekommunikationssektor der Europäischen Kommission vom 11. November 1999 entnommen. Danach erfolgte eine Umrechnung mit den OECD-Kaufkraftparitätsfaktoren in Schweizerfranken, weil für die Schweiz kein Kaufkraftparitätsfaktor mit dem EURO als Referenzwährung zur Verfügung stand.

3.3.2 Berechnung

Ausgehend davon, dass die Gesuchsgegnerin lediglich im Bereich des Anschlussnetzes bis hin zu den POI's als marktbeherrschend betrachtet werden kann, wurden nur für das Angebot Private Line National im Ortsbereich Preise ermittelt. Hierfür wurden verschiedene Datenquellen beigezogen, die mit der oben beschriebenen Methode auf eine vergleichbare Basis umgerechnet wurden. Durch den Vergleich mit verschiedenen Quellen konnte einerseits die Plausibilität der Resultate überprüft und andererseits die Vergleichsbasis erweitert werden. Die internationalen Preisvergleiche beschränken sich meistens auf einige wenige typische Distanzen und Übertragungskapazitäten.

Es wurden folgende Quellen berücksichtigt:

- Empfehlung der Kommission, Zusammenschaltungsentgelte für Mietleitungen auf einem liberalisierten Telekommunikationsmarkt, Brüssel 24. November 1999. Angaben über 64 kbit/s, 2 Mbit/s und 34 Mbit/s Mietleitungen für 2 km und 5 km.
- Europäische Kommission, Fünfter Bericht über die Umsetzung des Reformpakets für den Telekommunikationssektor, 11. November 1999. Kapitel 4.6 Incumbents Leased Lines Charges. Angaben über 64 kbit/s und 2 Mbit/s Mietleitungen für 2 km und 50 km sowie 34 Mbit/s und 155 Mbit/s für 2 km und 50 km.
- Teligen (vormals Eurodata Foundation), publiziert in Public Networks vom April 2000 und Juli/August 2000. Angaben über 64 kbit/s und 2 Mbit/s Mietleitungen für 3 km und 30 km.

In der nachfolgenden Tabelle wird das Schema des Angebots Private Line National für den Ortsbereich der Gesuchsgegnerin mit den entsprechenden Distanzen und Übertragungskapazitäten übernommen. Dieses Schema entspricht auch dem von der Gesuchstellerin im Anhang B ihrer Gesuchsbeilage verwendeten Aufbau. Die errechneten Werte stellen die minimale prozentuale Reduktion der Preise vom 1. Juli 1998 dar, die von der Gesuchsgegnerin für den Zeitraum vom Gesuchseingang bis zum 31. Dezember 1999 vorgenommen werden muss. Wenn für einzelne Distanzen/Übertragungskapazitäten mehrere Angaben zur Verfügung standen, wurde ein approximativer Wert zwischen diesen Angaben gewählt.

Die Reduktionssätze der Übertragungskapazitäten für welche keine Vergleichswerte erhältlich waren, wurden anhand der bestehenden Preisstruktur des Angebots der Gesuchsgegnerin extrapoliert. Um die fehlenden Reduktionssätze zu ermitteln, wurden die Preisdifferenzen zwischen den verschiedenen Kapazitäten gewichtet.

Private Line National

Ortsbereich

Reduktionssätze gültig bis 31. Dezember 1999

	0.1 - 4.0 km		4.1 - 10.0 km		>10 km	
	Basis	pro 100m	Basis	pro 100m	Basis	pro 100m
64 kbit/s	0%	0%	24%	24%	30%	30%
128 kbit/s	30%	30%	46%	46%	35%	35%
256 kbit/s	45%	45%	57%	57%	38%	38%
384 kbit/s	47%	47%	58%	58%	39%	39%
512 kbit/s	47%	47%	58%	58%	39%	39%
1024 kbit/s	49%	49%	59%	59%	40%	40%
1984 kbit/s	51%	51%	59%	59%	40%	40%
2048 kbit/s	51%	51%	59%	59%	40%	40%

Werden die Reduktionssätze auf das Angebot angewendet, ergibt sich die folgende Preistabelle:

Private Line National

Ortsbereich

Preise pro Monat gültig bis 31. Dezember 1999

	0.1 - 4.0 km		4.1 - 10.0 km		>10 km	
	Basis	pro 100m	Basis	pro 100m	Basis	pro 100m
64 kbit/s	175.00	3.00	133.00	2.30	276.50	0.60
128 kbit/s	232.10	4.20	220.00	2.20	471.40	0.60
256 kbit/s	329.40	8.20	485.70	0.90	759.40	0.60
384 kbit/s	349.10	11.50	580.50	1.50	984.20	0.70
512 kbit/s	360.30	13.90	621.90	2.70	1207.20	0.90
1024 kbit/s	394.90	17.70	703.60	4.90	1592.90	1.50
1984 kbit/s	434.80	19.50	705.90	8.00	1982.80	2.10
2048 kbit/s	431.20	19.60	754.40	6.60	1854.00	2.10
34 Mbit/s	3786.80	28.40	6147.20	12.30	11044.80	22.10
139 Mbit/s	6443.00	48.30	11563.20	23.10	23266.70	46.50

Im Angebot Private Line National der Gesuchsgegnerin sind die Preise für Mietleitungen mit den Übertragungskapazitäten 34 Mbit/s und 139 Mbit/s nur auf Anfrage erhältlich. Demzufolge werden keine Reduktionssätze errechnet, sondern die Vergleichswerte der EU eingesetzt. Für 139 Mbit/s Leitungen sind keine Vergleichswerte verfügbar, dazu werden jene der 155 Mbit/s herbeigezogen. Bei der Festlegung der Preise für 34 Mbit/s und 139 Mbit/s konnte nicht auf Angaben betreffend die Aufteilung zwischen Basispreis und distanzabhängiger Preis abgestützt werden. Demzufolge sind grössere Abweichungen gegenüber der aktuellen Praxis bei diesen Tarifen möglich. Der relativ hohe distanzabhängige Preis für Mietleitungen länger als 10 km soll berücksichtigen, dass für diese Distanzklasse lediglich ein Vergleichswert für 50 km erhältlich war und dies für den Ortsbereich eher das obere Limit darstellen dürfte. Bei den typischerweise kürzeren Distanzen für Mietleitungen im Ortsbereich würden somit zu hohe Basispreise zur Anwendung kommen. Für die Berechnung des Basispreises musste ausgehend vom Vergleichswert eine Annahme betreffend das Verhältnis zwischen distanzabhängigem Preis und Basispreis getroffen werden.

Da sich die meisten Daten der Vergleichswerte auf das Jahr 1999 beziehen und die Mietleistungspreise von 1997 bis 1999 im Durchschnitt jährlich zwischen 5% und 10% gesunken sind (vgl. Europäische Kommission, Fünfter Bericht über die Umsetzung des Reformpakets für den Telekommunikationssektor, 11. November 1999. Kapitel 4.6 Incumbents Leased Lines Charges), werden die Vergleichszahlen für die Periode ab dem 1. Januar 2000 um weitere 7.5% nach unten korrigiert. Daraus ergeben sich für das Jahr 2000 folgende Reduktionssätze und Preise:

Private Line National

Ortsbereich

Reduktionssätze gültig ab 1. Januar 2000

	0.1 - 4.0 km		4.1 - 10.0 km		>10 km	
	Basis	pro 100m	Basis	pro 100m	Basis	pro 100m
64 kbit/s	14%	14%	32%	32%	37%	37%
128 kbit/s	39%	39%	52%	52%	42%	42%
256 kbit/s	51%	51%	61%	61%	44%	44%
384 kbit/s	52%	52%	62%	62%	45%	45%
512 kbit/s	53%	53%	62%	62%	45%	45%
1024 kbit/s	55%	55%	63%	63%	46%	46%
1984 kbit/s	56%	56%	63%	63%	46%	46%
2048 kbit/s	56%	56%	63%	63%	46%	46%

Private Line National

Ortsbereich

Preise pro Monat gültig ab 1. Januar 2000

	0.1 - 4.0 km		4.1 - 10.0 km		>10 km	
	Basis	pro 100m	Basis	pro 100m	Basis	pro 100m
64 kbit/s	150.50	2.60	119.00	2.00	248.90	0.50
128 kbit/s	203.20	3.70	197.60	2.00	424.30	0.50
256 kbit/s	293.20	7.30	437.90	0.80	683.50	0.60
384 kbit/s	311.30	10.20	523.60	1.30	885.80	0.70
512 kbit/s	321.70	12.40	561.00	2.50	1086.50	0.80
1024 kbit/s	353.60	15.90	634.90	4.40	1433.60	1.40
1984 kbit/s	390.60	17.60	636.90	7.30	1784.50	1.90
2048 kbit/s	387.20	17.60	680.80	5.90	1668.60	1.90
34 Mbit/s	3381.10	25.40	5488.60	11.00	9861.40	19.70
139 Mbit/s	5752.70	43.10	10324.30	20.60	20773.80	41.50

4 Übrige Interkonnektionsbedingungen

Gestützt auf Art. 47 Abs. 2 FDV verfügt die ComCom neben den Preisen auch die übrigen Bedingungen der Interkonnektion.

(...)