

# **COMCOM interkonnektion-abweisung-des-gesuchs-um-mietleitungen-2005-02-28-f7a312 vom 28. Februar 2005**

ComCom, 2005-02-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/comcom\\_interkonnektion-abweisung-des-gesuchs-um-mietleitungen-2005-02-28-f7a312](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/comcom_interkonnektion-abweisung-des-gesuchs-um-mietleitungen-2005-02-28-f7a312)

FR: COMCOM interkonnektion-abweisung-des-gesuchs-um-mietleitungen-2005-02-28-f7a312 du 28 février 2005

IT: COMCOM interkonnektion-abweisung-des-gesuchs-um-mietleitungen-2005-02-28-f7a312 del 28 febbraio 2005

## **Erwägungen**

### **E. 2**

Swisscom Fixnet sei zu verpflichten, sämtliche Preise und preisunabhängigen Bedingungen von Mietleitungsprodukten, die von Swisscom Fixnet who-lesalemässig angeboten werden, transparent offen zu legen.

#### **E. 2.1**

Interkonnektion Gemäss Art. 11 Abs. 1 des Fernmeldegesetzes (FMG, SR 784.10) ist eine marktbeherrschende Anbieterin zur Interkonnektion verpflichtet. Eine marktbeherrschende Anbieterin hat Interkonnektion nach den Grundsätzen einer transparenten und kostenorientierten Preisgestaltung auf nichtdiskriminierende Weise zu erbringen (Art. 11 Abs. 1 Satz 1 FMG). Ansonsten verfügt die ComCom die Bedingungen der Interkonnektion nach markt- und branchenüblichen Grundsätzen (Art. 11 Abs. 3 Satz 1 FMG). Die Interkonnektionspflicht setzt zunächst voraus, dass es sich bei den Parteien um Fernmeldediensteanbieterinnen handelt, was vorliegend der Fall ist. Ferner muss es sich beim Nachfragegegenstand um eine Interkonnektionsleistung handeln.

1 Erwägung 3.4.

5

#### **E. 2.2**

Mietleitungen keine Interkonnektion (gemäss Rechtsprechung BGer) Interkonnektion wird gemäss dem Wortlaut von Art. 3 lit. e FMG definiert als „die Verbindung von Fernmeldeanlagen und Fernmeldediensten, die ein fernmeldetechnisches und logisches Zusammenwirken der verbundenen Teile und Dienste sowie den Zugang zu Diensten Dritter ermöglicht.“ Ein Fernmeldedienst ist die elektromagnetische Übertragung von Informationen für Dritte (Art. 3 lit. b i.V.m. lit. c FMG). Fernmeldeanlagen sind Geräte, Leitungen oder Einrichtungen, die zur fernmeldetechnischen Übertragung von Informationen bestimmt sind oder benutzt werden (Art. 3 lit. d FMG). Bei Mietleitungen werden Fernmeldeanlagen und Fernmeldedienste verbunden. Dies ermöglicht ein fernmeldetechnisches und logisches Zusammenwirken der verbundenen Teile und Dienste sowie den Zugang zu Diensten Dritter.<sup>2</sup> Auf beiden Seiten werden dabei wichtige Anlagen eingesetzt. Verbundene Anlagen wären vorliegend auf Seiten der Gesuchsgegnerin das vom Endkunden zur Zentrale führende Kabel sowie der eingesetzte Multiplexer (ADM, Add/Drop Multiplexer) und ein Verteiler (Hauptverteiler, optischer Verteiler oder

Übergabe-verteiler) sowie von Fall zu Fall weitere Anlagen<sup>3</sup>; auf Seiten der Gesuchstellerin alle Anlagen in ihrem Netz, die vom Interkonnexionspunkt (dem Punkt, an dem das Signal von der Gesuchsgegnerin an die Gesuchstellerin übergeben wird) an benutzt werden (u.a. ebenfalls Kabel, Multiplexer und Verteiler). Verbundene Dienste wären vorliegend auf Seiten der Gesuchsgegnerin die Übertragung von Daten zwischen dem Kunden und dem Interkonnexionspunkt, auf Seiten der Gesuchstellerin die Übertragung dieser Daten in ihrem eigenen Netz bis zu einem Kunden der Gesuchstellerin oder bis zur Übergabe in die Netze Dritter sowie, auf Basis dieses Dienstes, das Angebot weiterer Dienste wie z.B. des Internetzugangs. Der Zugang zu Diensten Dritter besteht z.B. im Transport des durch die Gesuchsgegnerin sowie die Gesuchstellerin übertragenen Signals in den Netzen Dritter bis zu anderen Kunden. Mietleitungen erfüllen also die Kriterien der Definition der Interkonnexion in Art. 3 lit. e FMG. Dies spricht dafür, Mietleitungen als Interkonnexionsdienst im Sinne von Art. 11 Abs. 1 FMG zu subsumieren.

<sup>2</sup> Es spielt daher im vorliegenden Verfahren keine Rolle, ob Art. 3 lit. e „Verbindung von Anlagen und Diensten“ als „Verbindung von Anlagen oder Diensten“ zu verstehen sei. Diese Frage hat die Com-Com bereits mehrfach bejaht. Auch das Bundesgericht hat sie im BGE „Comcare“ in E. 5 c a.A. bejaht. Im Urteil 2A.178/2004 hat es die Frage in E. 7.2.2 offen gelassen. <sup>3</sup> Z.B. Network Termination, Transmission Equipment.

<sup>6</sup> Nicht entgegenstehen kann der Subsumtion der Mietleitung unter den Begriff der Interkonnexion das vom Bundesgericht herangezogene Argument, die Einführung des Zugangsbegriffs in der laufenden Revision des FMG deute darauf hin, dass der Zugang eben bisher nicht vom Interkonnexionsbegriff gedeckt sei, und aus der Botschaft zur Revision ergebe sich, dass die Interkonnexion ein Sonderfall des Zugangs sei und nicht umgekehrt<sup>4</sup>. Der Bundesrat hält in der Botschaft zur Revision nämlich zu Beginn der Erläuterungen zu Art. 11 FMG fest, dass „der Interkonnexionsbegriff nach geltendem Recht bereits eine Unterstellung der Zugangsformen Entbündelung des Teilnehmeranschlusses, Mietleitungen und schneller Bitstromzugang erlaubt hätte (...)“.<sup>5</sup> Entgegen steht der Subsumtion der Mietleitung unter den Begriff der Interkonnexion jedoch die strikte Interpretation von Art. 11 Abs. 1 FMG durch das Bundesgericht im Urteil 2A.178/2004. In einer früheren Entscheidung 2A.503/2000 vom 3. Oktober 2001 („Comcare-Entscheidung“) hatte das Bundesgericht einen Interkonnexionsanspruch auf Übertragungsmedien und Mietleitungen abgelehnt. Bei den Mietleitungen hatte das Bundesgericht seine Ablehnung hauptsächlich damit begründet, dass FMG und FDV gemeinsam sich nicht ausreichend bestimmt auf Mietleitungen bezögen.<sup>6</sup> Daraufhin hat der Bundesrat die FDV mit Wirkung vom 1. April 2003 entsprechend angepasst und die Mietleitungen, den schnellen Bitstrom-Zugang sowie den gemeinsamen Zugang und den vollständig entbündelten Zugang ausdrücklich als Formen der Interkonnexion genannt.<sup>7</sup> Damit schien dem Bundesrat<sup>8</sup> ebenso wie der ComCom<sup>9</sup> den vom Bundesgericht genannten Voraussetzungen genüge getan.

<sup>4</sup> BGE 2A.178/2004, E. 7.2.3 mit Hinweis auf BBl 2003 7965. <sup>5</sup> BBl 2003 7969. <sup>6</sup> BGE „Comcare“ E. 7a S. 23, 9b S. 33: „Es obliegt nun aber den Gesetz- oder Verordnungsgeber durch Anpassung der entsprechenden Bestimmungen und nicht der Kommunikationskommission als Vollzugsbehörde, den allenfalls erforderlichen oder wünschbaren Nachvollzug anzuordnen und dafür den politisch angebrachten Zeitpunkt zu bestimmen.“ Vgl. zudem ausführlich den ComCom-Teilentscheid vom 19. Februar 2004

betreffend vollständig entbündelten und gemeinsamen Zugang zum Teilnehmeranschluss.

### **E. 3**

Die Konditionen für den Interkonnektionsdienst „Mietleitungen“ seien gemäss den Anhängen A (technische Umsetzung), B (Preise) und C (Service Level Agreement) zu diesem Gesuch zu verfügen.

### **E. 4**

Soweit die Konditionen zur Erbringung des Interkonnektionsdienstes „Mietleitungen“ auf Grund des zu fällenden Interkonnektionsentscheides Anpassungen auf Seiten der Swisscom notwendig machen, sei Swisscom Fixnet zu verpflichten, diese innert 3 Monaten seit Rechtskraft der ComCom-Verfügung zu implementieren.

### **E. 5**

Antrag 1 sei insoweit und mit Ausnahme der Preise provisorisch zu verfügen, als dass Swisscom Fixnet sunrise nichtdiskriminierend das gleiche Mietleistungsangebot machen muss, wie sie es allen anderen Fernmeldedienstanbieterinnen und insbesondere den eigenen Konzerngesellschaften anbietet.

### **E. 6**

Antrag 2 sei provisorisch zu verfügen.

### **E. 7**

Art. 43 Abs. 1 lit abis, ater, aquater, aquinques, Art. 1 lit. b, c, d, e FDV.

### **E. 8**

Vgl. die Medienmitteilungen des Bundesrats vom 7. März 2003: „Der Bundesrat verabschiedet die Verordnung zur Entbündelung der letzten Meile“ und vom 12. November 2003: „Gesetzliche Grundlagen für Entbündelung der letzten Meile“. Vgl. dazu aber auch BGE 2A.178/2004 E. 7.5.4.

7 Im Entscheid vom 30. November 2004 hat das Bundesgericht jedoch nunmehr bezogen auf den gemeinsamen Zugang und den vollständig entbündelten Zugang eine ausreichende Bestimmtheit allein des Gesetzes (ohne Beachtung des Verwaltungsrechts) gefordert. Es hat diese Beschränkung auf das Gesetz vor allem mit Überlegungen zur Normenstufe und zur Normendichte begründet. Das Bundesgericht statuiert, dass gemäss Art. 164 Abs. 1 der Bundesverfassung (BV, SR 101) alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in der Form eines Bundesgesetzes zu erlassen seien. Aufgrund der allgemeinen Rechtswirkungen der Interkonnektion (Rechte und Pflichten der Fernmeldedienstleister sowie Auswirkungen für alle Konsumentinnen und Konsumenten in der Schweiz) seien die wirtschaftlichen Folgen einer Entbündelung erheblich. Diese müssten daher demokratisch diskutiert und im Rahmen eines Gesetzgebungsverfahrens entschieden werden. Das Legalitätsprinzip verlange zudem eine hinreichende und angemessene Bestimmtheit der anzuwendenden Rechtssätze. Die fraglichen Dienstleistungen könnten deshalb nur dann unter das Interkonnektionsregime gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG subsumiert werden, wenn dies durch die Gesetzesauslegung verbindlich festgestellt werden könnte. Dies sei aber insbesondere auch gestützt auf eine geltungszeitliche Auslegung nicht der Fall. Das Bundesgericht stützt sich in seiner Begründung dafür vor allem auch auf das laufende Gesetzgebungsverfahren. So könnten die fraglichen Dienste nicht unter den Begriff der Interkonnektion subsumiert werden, wenn in der Gesetzesrevision von der Interkonnektion als eine unter

vielen Zugangsformen gesprochen werde und der Nationalrat sich offenbar auf die Diskussion eingelassen habe. Dies hätte er nach Auffassung des Bundesgerichts nämlich nicht getan, wenn er der Meinung gewesen wäre, dass bereits eine genügende gesetzliche Grundlage bestanden hätte. Es zitiert in diesem Zusammenhang aus der Diskussion im Nationalrat über die parlamentarische Initiative von Nationalrat Georges Theiler zur letzten Meile, die Auslegung des Gesetzes solle nicht dem Bundesgericht überlassen werden, weil es damit zum Gesetzgeber würde; aus der gegebenen Unsicherheit heraus müsse der Gesetzgeber Klarheit schaffen (Amtl. Bull. 2000 N 1587 Votum des Kommissionssprechers Heim). Das Gericht schliesst daraus, die Parlamentarier seien sich bereits damals bewusst gewesen, dass es dem Gesetz an der nötigen Bestimmtheit fehle.<sup>10</sup>

## **E. 9**

vgl. dazu die Verfügung der ComCom vom 19. Februar 2004 in Sachen TDC Switzerland AG gegen Swisscom Fixnet AG betreffend Interkonnektion / Gesuch um gemeinsamen Zugang und vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss, III 1.

## **E. 10**

BGE 2A.178/2004 E. 7.5.2.

8 Das Bundesgericht lässt abschliessend offen, ob es die in den bundesrätlichen Antworten zu den Interpellationen Germanier und Béguelin gezogenen Schlüsse teilt, wonach die Schweiz gestützt auf das GATS völkerrechtlich nicht zur Öffnung der letzten Meile verpflichtet sei. Es bekräftigt aber seine Argumentation im Commcare-Entscheid, wonach die GATS-Bestimmungen über die Entbündelung zu unbestimmt und daher auch ungeeignet seien, um von den Fernmeldeunternehmen direkt angerufen werden zu können. Es kommt zum Schluss, dass die GATS-Bestimmungen landesrechtlich die gesetzliche Grundlage für die Entbündelung nicht zu ersetzen vermögen würden. Diese Entscheidungsgründe des BGE vom 30. November 2004 betreffen den vollständigen und den gemeinsamen Zugang zum Teilnehmeranschluss. Sie sind aber für Mietleitungen – abgesehen von der Tatsache, dass Mietleitungen kein Fall des entbündelten Zugangs zur letzten Meile sind – ebenso gültig. Werden sie auf Mietleitungen angewandt, kann ebenso wie für die vom Bundesgericht entschiedenen Fälle keine ausreichende gesetzliche Grundlage für eine Interkonnektionsverpflichtung für Mietleitungen angenommen werden. Unter diesen Voraussetzungen ist das Gesuch angesichts der Rechtsprechung des Bundesgerichts abzuweisen.

[...]

Aus diesen Gründen wird verfügt:

Das Gesuch um Interkonnektion vom 29. Juli 2003 wird, soweit nicht bereits mit der Verfügung vom 24. September 2003 behandelt, vollumfänglich abgewiesen. [...]

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