

COMCOM interkonnektion-schneller-bitstromzugang-ablehnung-vorsorglicher-massnahmen-2003-09-24-35f69a vom 24. September 2003

ComCom, 2003-09-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/comcom_interkonnektion-schneller-bitstromzugang-ablehnung-vorsorglicher-massnahmen-2003-09-24-35f69a

FR: COMCOM interkonnektion-schneller-bitstromzugang-ablehnung-vorsorglicher-massnahmen-2003-09-24-35f69a du 24 septembre 2003

IT: COMCOM interkonnektion-schneller-bitstromzugang-ablehnung-vorsorglicher-massnahmen-2003-09-24-35f69a del 24 settembre 2003

Erwägungen

E. 1

gemeinsamer Zugang und vollständig entbundelter Zugang (AZ Nr. 367/9-15),

E. 2

schneller Bitstromzugang (AZ Nr. 367/9-16) und

E. 2.1

Voraussetzungen für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen Der Erlass vorsorglicher Massnahmen ist an folgende Voraussetzungen gebunden: Es muss eine günstige Erfolgsprognose in der Hauptsache gegeben sein, es droht ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil und die Anordnung der Massnahmen muss dringlich sein. Im Übrigen hat die Anordnung vorsorglicher Massnahmen den Grundsätzen der Verhältnismässigkeit zu genügen (vgl. Isabelle Häner, Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, ZSR 1997, II, S. 322 ff.). Die Prüfung der Sach- und Rechtslage erfolgt in einem summarischen Verfahren, welches sich auf die vorhandenen Akten stützt (René Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss, öffentliches Prozessrecht und Jus tizverfassungsrecht des Bundes, S. 212, Rz. 1093; BGE 127 II 138, 141).

E. 2.2

Erfolgsprognose Der Erlass vorsorglicher Massnahmen setzt voraus, dass das Gesuch in der Hauptsache bei einer summarischen Prüfung der Rechts- und Sachlage gute Erfolgsaussichten hat. Als Hauptbegründung für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen könnte zudem nur eine eindeutige und unzweifelhafte Hauptsachenprognose herangezogen werden (BGE 127 II 141). Die günstige Hauptsachenprognose müsste einerseits hinsichtlich der Frage vorliegen, ob ein Interkonnektionssachverhalt vorliegt oder genauer, ob die gesetzliche Grundlage für die

Logo ComCom

E. 2.3

Nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil Der Erlass vorsorglicher Massnahmen ist möglich, wenn glaubhaft gemacht wurde, dass den Interessen der Gesuchstellerin ohne diese Massnahmen ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht. Die Gesuchstellerin sieht diesen Nachteil darin, dass alle Kunden, welche mit der Gesuchs

gegnerin einen Vertrag für ein Breitbanddiensteangebot unterzeichnen würden, für die Gesuchstellerin aufgrund der geringen Wechselbereitschaft und der langen Vertragsdauern langfristig verloren seien. Zudem bestimme die Gesuchsgegnerin das zur Verfügung stehende Angebot in technischer und kommerzieller Hinsicht einseitig, was der Gesuchstellerin verunmögliche, ein kompetitives Breitbandangebot machen zu können, ohne Verluste in Kauf nehmen zu müssen. Die Gesuchsgegnerin sieht für die Gesuchstellerin keinen Nachteil, da sie ihr BBCS-Angebot allen Nachfragerinnen nicht diskriminierend und zu einem im Mai 2002 von der WEKO verfügbaren Einheitspreis zur Verfügung stellen müsse. Die Gesuchstellerin hat ihre Anträge ausdrücklich auf das bestehende BBCS-Angebot der Gesuchsgegnerin beschränkt. Es ist daher im vorliegenden Verfahren nicht zu prüfen, inwieweit sich die Situation für die Gesuchstellerin mit der vorsorglichen Anordnung einer anderen Dienstleistung als dem BBCS verbessern würde bzw. deren Verweigerung für sie einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil bedeuten würde. Insbesondere ist damit auch ihr Anliegen betreffend den Netzzugang erfüllt. Sie erhält gemäss den Aussagen der Gesuchsgegnerin den Zugang zu ihrem eigenen Netz offenbar nicht nur an den von ihr erwähnten (...) Punkten, sondern an 35 Punkten in der ganzen Schweiz. Ob dem tatsächlich so ist, kann im summarischen Verfahren nicht abschliessend beurteilt werden. Die Aussagen der Gesuchsgegnerin sind aber insofern glaubwürdig, als sie die entsprechenden Punkte in Beilage 14 Ihrer Stellungnahme explizit aufzählt. Dies muss sie auch ausserhalb dieses Verfahrens gegen sich gelten lassen. Zudem macht die Gesuchstellerin nicht geltend, dass sie bei den ihr gewährten kommerziellen Bedingungen oder dem Service Level diskriminiert oder anderweitig benachteiligt würde. Auch wenn durch die Verfügung der von der Gesuchstellerin verlangten Service Level Agreements (Anhang C) eine Verbesserung der Support- und Servicedienstleistungen erzielt werden könnte, so ist nicht davon auszugehen, dass die bisherigen Leistungen der Gesuchsgegnerin in diesem Bereich den kommerziell vernünftigen Bezug und den Weiterverkauf des BBCS durch die Gesuchstellerin verunmöglichen würden. Ein Nachteil könnte der Gesuchstellerin also lediglich entstehen, wenn sie neu entwickelte Dienste, welche von der Gesuchsgegnerin ihren Konkurrentinnen künftig nicht als Wholesaleangebot zur Verfügung gestellt würden, ihren eigenen Kunden nicht anbieten könnte. Die

Logo ComCom

E. 2.4

Dringlichkeit Eine vorsorgliche Massnahme ist dringlich, wenn ohne ihre Anordnung der befürchtete Nachteil vor Erlass des Hauptentscheids eintreten wird. Da vorstehend das Vorliegen eines Nachteils verneint wurde, kann auch keine Dringlichkeit im obgenannten Sinne vorliegen.

E. 2.5

Verhältnismässigkeit

E. 2.5.1

Elemente der Verhältnismässigkeit Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit als zentraler Grundsatz jeden rechtsstaatlichen Handelns umfasst gemäss Lehre und Rechtsprechung drei Komponenten, welche kumulativ erfüllt sein müssen: Eine Massnahme muss erstens im Hinblick auf das angestrebte Ziel geeignet sein. Die beabsichtigte Massnahme muss zweitens erforderlich sein, um das angestrebte Ziel zu erreichen. Es ist daher das mildeste Mittel zu ergreifen, welches noch zum erhofften Erfolg führt. Drittens ist eine

Verwaltungsmassnahme 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 (vgl. dazu insbesondere Ulrich Häfelin/Georg Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., N 581ff und Max Imboden/René A. Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 6. Auflage, Band I, S. 337ff Nr. 58 und René A. Rhinow/Beat Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 6. Auflage, Ergänzungsband S. 178ff. Nr. 58 mit Hinweisen). Gemäss der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist in diesem Zusammenhang vor allem drei Aspekten besondere Beachtung zu schenken.

E. 2.5.2

Geeignetheit Das Bundesgericht hat die bisher wichtigsten Verfügungen der ComCom betreffend den Erlass von vorsorglichen Massnahmen im Mobilterminierungs- (diAx/Swisscom) und im ULL- Verfahren (TDC/Swisscom) aufgehoben (BGE 2A.206/2001 vom 24.7.2001; BGE 127 II 132). Gemäss dieser Praxis müssen vorsorgliche Massnahmen, die vor Anordnung einer Verfügung ergehen, darauf abzielen, die Wirksamkeit derselben sicherzustellen. Die Entscheidung in der Hauptsache darf im Verlauf des Verfahrens nicht vorweggenommen wer-

Logo ComCom

E. 2.5.3

Mittel – Zweck Relation Eine Massnahme, die umfangreiche Investitionen von der Gesuchsgegnerin verlangt, ist ein schneidender als eine Massnahme, die nur geringe Investitionen verlangt. Dies ist relevant bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne (Mittel-Zweck-Relation): Bei Massnahmen, die geringe Investitionen der Gesuchsgegnerin erfordern, ist die Mittel-Zweck-Relation eher akzeptabel (BGE 127 II 141f). Da es bei einer summarischen Prüfung der Sachlage als wahrscheinlich erscheint, dass sich die von der Gesuchstellerin verlangte Dienstleistung in technischer Hinsicht – wenn überhaupt – dann sicher nicht sehr stark vom BBCS-Angebot der Gesuchsgegnerin unterscheidet, ist davon auszugehen, dass für dessen Umsetzung durch die Gesuchsgegnerin kaum Investitionen oder Aufwendungen getätigt werden müssten. Die Gesuchsgegnerin gibt denn auch an, dass die Gesuchstellerin bereits Zugang zu ihren IT-Systemen habe (Ziff. 7 Rz 65). Inwiefern bei dieser Sachlage für die Gesuchsgegnerin „mit erheblichem Aufwand“ verbundene Vorbereitungs- und Umsetzungsarbeiten nötig wären, ist nicht klar und wird von dieser auch nicht näher substantiiert. Müsste die Gesuchsgegnerin allerdings alle auf dem BBCS basierenden Neuentwicklungen gestützt auf vorsorgliche Massnahmen der Gesuchstellerin jeweils unverzüglich anbieten, hätte das voraussichtlich Zusatzaufwendungen im Bereich Infrastruktur, Logistik, Informatik und Service zur Folge, auch wenn diese Aufwendungen von der Gesuchsgegnerin nicht geltend gemacht wurden. Zudem ist davon auszugehen, dass auch andere Konkurrentinnen mit Folgegesuchen von diesem Vorteil zu profitieren versuchen würden. Die entsprechenden Gesuche müssten ebenfalls gutgeheissen werden, was den Aufwand für die Gesuchsgegnerin vergrössern würde. Obschon dieses Resultat bei auf zwei Parteien beschränkten Interaktionsverfahren systembedingt ist, erachtet das Bundesgericht eine solche Konsequenz als unzumutbar und damit unverhältnismässig. Dies vor allem, weil der Aufwand für eine Rückgängigmachung der Massnahmen bei einem anderslautenden Entscheid in der Hauptsache viel schwieriger sei, als wenn die Umsetzungsmassnahmen erst nach der defini-

tiven Klärung der Rechtslage getätigt würden (BGE 125 II 625, 127 II 141).

E. 2.5.4

Öffentliche Interessen Öffentliche Interessen sprechen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts insbesondere dann für die Verhältnismässigkeit von vorsorglichen Massnahmen, wenn der Öffentlichkeit ohne diese Massnahmen überhaupt kein entsprechendes Angebot für die Dienstleistung zur Verfügung steht, welche die nachfragende FDA mit Hilfe der Interkonnektion anbieten will (BGE 127 II 139). Wie vorstehend unter Ziff. 2.3 ausgeführt, besteht zur Zeit ein auf dem

Logo ComCom

E. 2.6

Zusammenfassung Trotz einer eher positiven Hauptsachenprognose ist das Gesuch um Erlass der beantragten vorsorglichen Massnahmen abzulehnen, weil der Gesuchstellerin ohne deren Verfügung keine nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteile entstehen und deren Anordnung das Prinzip der Verhältnismässigkeit verletzen würde. (...) Aus diesen Gründen wird verfügt: Das Gesuch um Anordnung von vorsorglichen Massnahmen gemäss Ziff. 5 bis 7 des Gesuchs um Verfügung der Bedingungen für den Interkonnektionsdienst schneller Bitstrom zu gang wird abgewiesen. (...)

E. 3

Die Gesuchstellerin hat mit Schreiben vom 24. März 2003 die Gesuchsgegnerin um Aufnahme von Verhandlungen über ein Angebot für den schnellen Bitstromzugang zu Interkonnektionsbedingungen ersucht. Die Verhandlungsaufnahme wurde dem BAKOM mit Schreiben vom 4. April 2003 notifiziert. In den Monaten April und Mai fanden offenbar verschiedene Sitzungen zwischen den Parteien statt, welche aber nicht zum Abschluss eines Interkonnektionsvertrages führten. Damit ist die dreimonatige Verhandlungsfrist eingehalten. Die Parteien sind rechtsgültig vertreten. Gemäss Art. 13 des Geschäftsreglementes der ComCom kann der Präsident zusammen mit einem anderen Mitglied der Kommission Zwischenverfügungen erlassen. Als Zwischenverfügung gilt auch der Entscheid über die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen (Art. 45 Abs. 2 Bst. g Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG; 172.021)). Damit ist die ComCom in der vorliegenden Sache und in dieser Zusammensetzung für die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen zuständig. 2 Materielles

E. 4

Verfügung der nachgefragten Dienstleistung gestützt auf das Interkonnektionsregime genügt, und andererseits hinsichtlich der diesbezüglichen Marktbeherrschung der Gesuchsgegnerin. Der Bundesrat hat gestützt auf Art. 11 FMG per 1. April 2003 das von der marktbeherrschenden Anbieterin im betreffenden Markt anzubietende Basisangebot präzisiert. So hat er als Folge der bundesgerichtlichen Kritik im Commcare-Urteil vom 3. Oktober 2001 in Art. 43 Abs. 1 lit. a FDV unter anderem den schnellen Bitstrom Zugang explizit als Interkonnektionsdienstleistungen erwähnt. Auch wenn der Bundesrat beabsichtigt, die Frage nach den von einer marktbeherrschenden Anbieterin zwingend anzubietenden Interkonnektionsdienstleistungen aufgrund ihrer politischen Relevanz im Zusammenhang mit der in der Revision des Fernmelderechts vorgesehenen neuen Zugangsregelung dem Parlament auch noch zu unterbreiten, so hat er mit der erwähnten Verordnungsrevision doch klar zum Ausdruck gebracht, dass er dafür in Art. 11 FMG eine

genügende gesetzliche Grundlage hat (vgl. dazu Pressemitteilung des UVEK vom 26. Februar 2003). Die rechtliche Situation hat sich nach dem Commcare-Urteil des Bundesgerichts also wesentlich verändert. Auch wenn sich die verschiedenen von den Parteien zitierten Gutachter und Kommentatoren über das Genügen der gesetzlichen Grundlage nicht vollständig einig sind, kann diesbezüglich aufgrund des erwähnten Urteils und der dazu geäusserten Meinungen eine eher positive Hauptsachenprognose gemacht werden. Die Hauptsachenprognose muss sich aber auch auf die Frage der Marktbeherrschung beziehen. Diesbezüglich hat die ComCom für den Hauptentscheid bei der WEKO ein Gutachten einzuholen, welches die Abgrenzung des sachlich und räumlich relevanten Marktes sowie die Wettbewerbssituation in diesem Markt zum Gegenstand haben muss. Die WEKO hat sich im Rahmen eines Interkonktionsverfahrens letztmals im Gutachten vom 19. März 2001 (diAx gegen Swisscom AG) zur Situation im Breitbandmarkt geäussert und dort eine Marktbeherrschung der Gesuchsgegnerin im Markt für Breitbandinfrastrukturen festgestellt. Diese Beurteilung hat sie im Rahmen ihrer Verfügung vom 6. Mai 2002 betreffend den Erlass von vorsorglichen Massnahmen gegen die Gesuchsgegnerin wegen unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG – allerdings bei einer nur summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage – im Wesentlichen beibehalten. Da sich die Situation insbesondere im Markt für Wholesaledienste in der Zwischenzeit nicht sehr verändert hat, kann auch in dieser Frage eine positive Hauptsachenprognose gestellt werden. In Würdigung der vorstehenden Ausführungen ist die Hauptsachenprognose auch in Anbeacht der Komplexität der sich stellenden Rechts- und Sachfragen zwar nicht völlig eindeutig, doch eher positiv.

Logo ComCom

E. 6

Gesuchstellerin will mit anderen Worten erreichen, dass ihr gestützt auf die beantragte vorsorgliche Massnahme alle auch in Zukunft von der Gesuchsgegnerin angebotenen Dienste zur Verfügung gestellt werden, welche auf dem BBCS aufbauen. Falls ihr dies verweigert würde, hätte dies ihres Erachtens Marktverzerrungen und eine ungerechte Marktverteilung zur Folge. Dies genügt aber nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht als nicht leicht wie dergutzumachender Nachteil. Das Bundesgericht hat in seinen bisherigen Entscheidungen zu vorsorglichen Massnahmen in Interkonktionsverfahren entgegen der Auffassung der ComCom eine allenfalls aufgrund ungleicher Voraussetzungen stattfindende einseitige Marktaufteilung und somit das öffentliche Interesse am Funktionieren des Wettbewerbs nicht als entsprechenden Nachteil gelten lassen. Es hat vielmehr für ausreichend gehalten, wenn ein Produkt überhaupt am Markt angeboten wurde. Öffentliche Interessen können daher auch im vorliegenden Verfahren nur insoweit berücksichtigt werden, als sich die Frage stellt, ob ein entsprechendes Produkt überhaupt am Markt angeboten wird. Das Bundesgericht erachtet es darüber hinaus als ausreichend, wenn ein der Öffentlichkeit angebotenes Produkt ungefähr den von der Gesuchstellerin anvisierten Produkten entspricht (BGE 127 II 139). Indem die Gesuchsgegnerin ihr BBCS-Angebot allen Fernmeldedienstanbieterinnen nicht diskriminierend zur Verfügung stellt und diese ihren Kunden darauf basierende Breitbandangebote unterbreiten, steht der Gesuchstellerin und der Öffentlichkeit ein Breitbandangebot zur Verfügung. Gemäss Geschäftsbericht der Gesuchsgegnerin zum ersten Halbjahr 2003 sind in der Schweiz bereits 317'000 ADSL-Anschlüsse in Betrieb. Davon betreibt Bluewin AG, eine Tochtergesellschaft der Gesuchsgegnerin, 177'000 und die Gesuchstellerin nach eigenen

Angaben 62'000 Anschlüsse. Damit stehen sich nach Rechtsprechung des Bundesgerichts ungefähr gleichwertige private Interessen gegenüber: Die Wahrung des Marktvorsprungs oder von allfälligen Geschäftsgeheimnissen für die Gesuchsgegnerin einerseits und bessere Bedingungen für den Markteintritt bzw. -verbleib der Gesuchstellerin andererseits. Unter diesen Voraussetzungen erachtet das Bundesgericht eigentlich nur den wahrscheinlichen Konkurs oder mindestens eine ernsthafte Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz bei Nichterlass der beantragten vorsorglichen Massnahme für die Gesuchstellerin als einen nicht wiedergutzumachender Nachteil (BGE 2A.206/2001 vom 24.7.2001; Erw. 5a in Sachen Swisscom vs. TDC (Mobiltelefonierung) und BGE 127 II 139). Dies wurde von der Gesuchstellerin aber nicht geltend gemacht.

Logo ComCom

E. 7

Unter diesen Voraussetzungen muss für die Gesuchstellerin das Vorliegen eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils für den Fall, dass die vorsorglichen Massnahmen nicht erlassen werden, verneint werden.

E. 8

den. Der Streit muss auch nach Durchführung des Verfahrens noch entschieden werden können. Mit dem Erlass von vorsorglichen Massnahmen soll also verhindert werden, dass die Gesuchsgegnerin die Gesuchstellerin im Verlaufe des Verfahrens vor vollendete Tatsachen stellen kann. Der bestehende rechtliche oder tatsächliche Zustand soll einstweilen unverändert erhalten bleiben. In einem neuen Markt ist es zwar für jeden Konkurrenten sehr wichtig, Kunden als Erster gewinnen zu können. Später auftretende Konkurrenten können diese Kunden nur unter ungleich grösserem Aufwand abwerben (sogenannte "first mover advantage"). Wenn ein neuer Markt (z.B. der Markt für Breitbandanschlüsse) während eines laufenden Interkonnectionsverfahrens erschlossen wird, stellt sich also nach der erwähnten bundesgerichtlichen Praxis zu den vorsorglichen Massnahmen die Frage, ob sinnvolle vorsorgliche Massnahmen die Effekte dieser Kundenverteilung bis zum Endentscheid stoppen können. Eine vorsorgliche Massnahme, welche die Erschliessung der betroffenen Märkte verbieten würde, könnte die Wirksamkeit des Hauptsachenentscheides zwar sichern. Ihre Nachteile für die Parteien des Verfahrens und für die Allgemeinheit stünden aber zu diesem verfolgten Zweck in keinem Verhältnis. Sie würde nämlich einerseits den Kunden die auf den betroffenen Märkten angebotenen oder noch anzubietenden Produkte vorenthalten. Andererseits würde es den Parteien verunmöglicht, neue und innovative Breitbandangebote auf den Markt zu bringen. Dies wäre auch mit dem Zweckartikel des FMG unvereinbar. Soweit die Gesuchstellerin andere Dienstleistungen verlangt, als von der Gesuchsgegnerin zur Zeit angeboten werden, würde zwar allenfalls gewährleistet, dass die Gesuchstellerin zu besseren Bedingungen in die den Märkten für die geforderten Interkonnectionsdienstleistungen nachgelagerten Telekommunikationsmärkte (z.B. für verschiedene Breitbanddienste) eintreten kann, statt bei Entscheiderrlass vor vollendeten Tatsachen bzw. verteilten Märkten zu stehen. Damit würde aber im Massnahmeverfahren zugunsten der Gesuchstellerin dergestalt in einen Marktverteilungsprozess eingegriffen, dass dieser Eingriff nach dem Entscheid in der Hauptsache nicht mehr rückgängig gemacht werden könnte. Da die Marktverteilung auch ohne Massnahmeentscheid fortschreitet, bleibt diese auf jeden Fall irreversibel, ob sie nun zugunsten der Gesuchstellerin oder der Gesuchsgegnerin erfolgt. Mit einem vorsorglichen

Entscheid dürfen aber gestützt auf vorläufige und unvollständige Erkenntnisse nur un mittelbar gefährdete Interessen für die Dauer des Verfahrens sichergestellt und keine Sach zwänge geschaffen werden, die das Ergebnis des Hauptverfahrens vorwegnehmen (BGE 2A.142/2003 vom 5.9.2003 i.S. Teleclub AG vs. Cablecom AG).

Logo ComCom

E. 10

BBCS der Gesuchsgegnerin basierendes Breitbandangebot von verschiedenen Fernmelde dienstanbieterinnen. Ein marginal anderes Angebot der Gesuchstellerin vermag gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kein das private Interesse der Gesuchsgegnerin über wiegendes öffentliches Interesse zu begründen.

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