

COMCOM interkonnektion-wiederverkauf-des-teilnehmeranschlusses-resale-2003-12-17-9d75e7 vom 17. Dezember 2003

ComCom, 2003-12-17, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/comcom_interkonnektion-wiederverkauf-des-teilnehmeranschlusses-resale-2003-12-17-9d75e7

FR: COMCOM

interkonnektion-wiederverkauf-des-teilnehmeranschlusses-resale-2003-12-17-9d75e7 du 17 décembre 2003

IT: COMCOM

interkonnektion-wiederverkauf-des-teilnehmeranschlusses-resale-2003-12-17-9d75e7 del 17 dicembre 2003

Erwägungen

E. 2

Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin ein Angebot zum Wiederverkauf des Teilnehmeranschlusszugangs (,letzte Meile') zu unterbreiten, zu den eigenen effektiven Kosten abzüglich der bei einem Wiederverkauf vermeidbaren Kosten.

E. 2.1

Interkonnektionspflicht Interkonnektion ist die Verbindung von Fernmeldeanlagen und/oder Fernmeldediensten, welche ein fernmeldetechnisches und logisches Zusammenwirken der verbundenen Teile oder Dienste sowie den Zugang zu Diensten Dritter ermöglicht (Art. 3 lit. e FMG). Dabei umfasst der gesetzliche Interkonnektionsbegriff grundsätzlich auch die Bereitstellung von Einrichtungen und/oder Diensten für einen anderen Anbieter zur Erbringung von Fernmeldediensten. Gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG müssen marktbeherrschende Anbieter von Fernmeldediensten anderen Anbietern von Fernmeldediensten nach den Grundsätzen einer transparenten und kostenorientierten Preisgestaltung auf nichtdiskriminierende Weise Interkonnektion gewährleisten. Die Interkonnektionspflicht zu kostenorientierten Preisen ist somit an drei Voraussetzungen gebunden: (1) Zunächst muss es sich bei den Parteien um Fernmeldediensteanbieter handeln, was vorliegend unbestrittenermassen der Fall ist (act. 1 Rz. 8 f.). (2) Ferner muss es sich beim Nachfragegegenstand um eine Interkonnektionsleistung handeln, was vorliegend von der Gesuchsgegnerin bestritten wird und deshalb nachfolgend zu prüfen ist. (3) Schliesslich müsste die angesprochene Partei bezüglich der fraglichen Interkonnektionsleistung marktbeherrschend sein.

5

E. 2.2

Zugang zum Teilnehmeranschluss zwecks Wiederverkauf (Access Reselling) als Anwendungsfall der Interkonnektion? a. Standpunkt Gesuchstellerin Die Gesuchstellerin leitet ihr Recht zum Wiederverkauf des Teilnehmeranschlusses aus Art. 43 FDV ab (act. 1 Rz. 13 ff.). Gemäss Art. 43 Abs. 1 lit. a-quinquies FDV sei die marktbeherrschende Anbieterin verpflichtet, den Teilnehmeranschluss in den Formen Bitstream Access, Shared Line Access und Full Access zum Wiederverkauf anzubieten. Sie – die Gesuchstellerin – verlange lediglich ein Recht zum Wiederverkauf der letzten Meile und damit weniger als

das Mindestangebot, zu welchem die Gesuchsgegnerin nach Art. 43 FDV verpflichtet wäre. In Anwendung des Grundsatzes in maiore minus habe die Gesuchsgegnerin den Zugang zum Teilnehmeranschluss zwecks Wiederverkauf anzubieten, ginge ein solches Angebot doch weniger weit als etwa Full Access, für welchen eine ausdrückliche Grundlage bestehe. Das ergebe sich auch aus dem Wortlaut von Art. 43 FDV, der „mindestens“ ein „Basisangebot“ vorsehe. Diese Auslegung entspreche der Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002, welche in Art. 12 Abs. 1 lit. d den Wiederverkauf als am wenigsten weit gehende Form des Unbundling ausdrücklich vorsehe. In Norwegen und Dänemark sei die Richtlinie bereits so umgesetzt und auch die Deutsche Telecom sei vom Regulator entsprechend verpflichtet worden. Bezüglich ADSL bestehe bereits ein Wiederverkaufsangebot, was beweise, dass ein Wiederverkauf zu für beide Parteien zumutbaren Bedingungen grundsätzlich möglich sei. Beim Wiederverkauf würden im Gegensatz zu Bitstream Access, Shared Line Access und Full Access auf Grund der unterschiedlichen Investitionskosten auch die Randregionen profitieren. Das beantragte Recht zum Wiederverkauf der „letzten Meile“ trage zur vom Gesetzgeber beabsichtigten Liberalisierung des Fernmeldemarktes bei, ohne die Interessen der Gesuchsgegnerin an Aufbau und Amortisation des Anschlussnetzes zu beeinträchtigen.

b. Standpunkt Gesuchsgegnerin Die Gesuchsgegnerin stellt dem im Wesentlichen entgegen, dass Access Reselling und Full Access weder aus technischer noch aus wirtschaftlicher Sicht etwas miteinander zu tun hätten (act. 4 Rz. 7 f.). Im Gegensatz zu Full Access, welches eine physikalische Entbündelung des Teilnehmeranschlusses bzw. einen direkten Zugang zur Anschlussinfrastruktur des verpflichteten Anbieters darstelle, handle es sich bei Access Reselling um eine rein kaufmännische Angelegenheit, welche es dem nachfragenden Anbieter ermögliche, seinen Kunden die Anschlüsse des verpflichteten Anbieters in eigenem Namen und auf eigene Rechnung zur Nutzung zu überlassen. Der Wiederverkauf würde der Gesuchstellerin erlauben, ohne jegli-

E. 2.3

Keine Verfügung der Interkonnektionspflicht im Hinblick auf eine entsprechende, künftige Regelung (Eventualbegehren Gesuchsantrag 5)

a. Standpunkt Gesuchstellerin Die Gesuchstellerin glaubt, selbst wenn die gesetzliche Grundlage im gegenwärtigen Zeitpunkt als ungenügend erachtet würde, stünde einer Feststellung im Hinblick auf eine entsprechende Gesetzesänderung nichts entgegen (act. 4 Rz. 20). Es spreche nichts dagegen, vor dem Inkrafttreten einer gesetzlichen Grundlage einen auf diese bereits gestützten Beschluss zu fassen, sofern dessen Wirksamwerden suspensiv durch das Inkrafttreten der gesetzlichen Grundlage bedingt ist. Es sei beabsichtigt, die Verpflichtung zum Angebot des Wiederverkaufs des Zugangs zum Teilnehmeranschluss im Rahmen der Revision des Fernmeldegesetzes (FMG) zu verankern. Die Schweiz werde nicht umhin kommen, die Europäische Zugangsrichtlinie im Falle des Abschlusses und der Ratifikation der zweiten Staffelteraler Verträge mit der Europäischen Union umzusetzen. Das Inkrafttreten einer ausdrücklichen Verpflichtung sei unter diesen Umständen zumindest wahrscheinlich.

b. Standpunkt Gesuchsgegnerin Auf Grund des in Art. 5 Abs. 1 BV verankerten Gesetzmässigkeitsprinzips sei es undenkbar, die Gesuchsgegnerin „auf Vorrat“, gestützt auf eine noch gar nicht bestehende, gesetzliche Grundlage auf deren Inkrafttreten hin zum Access Reselling zu verpflichten. Im Weiteren widerspräche eine solche Verfügung auch dem in Art. 11 Abs. 3 FMG verankerten Verhandlungsprimat. Durch das Inkrafttreten einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage würden auch Voraussetzungen geschaffen für neue Verhandlungen zwischen den Parteien.

c. Würdigung Die Gesuchstellerin geht fehl in

der Annahme, dass die direkte Einführung des Wiederverkaufs des Zugangs zum Teilnehmeranschluss in der laufenden Revision des FMG geplant sei. Die Botschaft (Sonderdruck, S. 19 f.) weist lediglich darauf hin, dass es gemäss Art. 11 Abs. 2 E-FMG künftig im Kompetenzbereich der ComCom liegen soll, auf dem Verordnungsweg weitere Zugangsformen zu bestimmen. In diesem Zusammenhang erwähnt die Botschaft auch beispielhaft „Grosshandelsangebote für Dienste im Zusammenhang mit dem Anschluss (Wiederverkauf des Abonnements)“. Vor diesem Hintergrund sind die verfassungsrechtlichen Bedenken der Gesuchsgegnerin gerechtfertigt. Es widerspricht dem Gesetzmässigkeitsprinzip, jemanden auf Grund einer nicht existenten, gesetzlichen Grundlage zu einer Leistung (wenn auch mit Suspensiveffekt) verpflichten zu wollen, und ihm womöglich noch die Verfahrenskosten aufzuerlegen.

E. 3

Die Gesuchsgegnerin sei zu verpflichten, die eigenen effektiven Kosten und die für den Fall des Wiederverkaufs vermeidbaren Kosten für den Zugang zum Teilnehmeranschluss (,letzte Meile') belegmässig nachzuweisen.

E. 4

Die vermeidbaren Kosten seien auf die von der Gesuchsgegnerin belegten, mindestens aber auf 21% der eigenen effektiven Kosten festzusetzen.

E. 5

Eventuell sei die Gesuchsgegnerin erst auf das Inkrafttreten einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage zum Wiederverkauf hin zu verpflichten, der Gesuchstellerin ein den obenstehenden Anträgen entsprechendes Angebot zu unterbreiten.

E. 6

ches Investitionsrisiko auf dem Massenmarkt für Telefondienstleistungen Arbitragegeschäfte zu tätigen, was die Wirtschaftsfreiheit und damit die Marktposition der Gesuchsgegnerin weit stärker tangieren könnte. Aus diesen Gründen könne das Argument in maiore minus nicht zur Anwendung kommen. Zudem enthielten die Materialien zur FDV keine Hinweise auf eine Verpflichtung zu Access Reselling. Das Bundesgericht habe es bereits im Commcare-Urteil abgelehnt, das in Art. 43 FDV umschriebene Basisangebot auf dem Verfügungswege zu erweitern. c. Würdigung Im von der Gesuchsgegnerin zitierten Entscheid hält das Bundesgericht fest, dass die Interkonnektionspflicht einer genügenden, rechtlichen Grundlage bedürfe, welche so bestimmt zu sein habe, dass sie den Fernmeldediensteanbietern ermögliche, verlässlich festzustellen, welche Dienste tatsächlich dem Interkonnektionsregime unterliegen (unveröffentlichtes Urteil vom 3. Oktober 2001 [Commcare-Urteil], 2A.503/2000 und 2A.505/2000, E.7a). Konkret lehnte es das Bundesgericht mangels genügender, rechtlicher Grundlage ab, Übertragungsmedien und Mietleitungen der Interkonnektionspflicht im Sinne von Art. 11 Abs. 1 FMG zu unterstellen. Dabei deutete es unmissverständlich an, dass die damaligen Grundlagen auch nicht für eine Entbündelung der letzten Meile hätten zu genügen vermögen (Commcare-Urteil, a.a.O., E.8c und d). In der Folge lehnte die ComCom mit Verfügung vom 5. Februar 2002 auch ein Gesuch um Entbündelung der Teilnehmeranschlussleitung ab. Als Konsequenz dieser Rechtsprechung führte der Bundesrat per 1. April 2003 den Zugang zum Teilnehmeranschlussnetz auf dem Verordnungsweg ein (Art. 43 Abs. 1 lit. a-ter - aquinques FDV). Dabei beschränkte er sich auf die drei Formen schneller Bitstrom-Zugang (Bitstream Access), gemeinsamer Zugang (Shared Line Access) und vollständig

entbündelter Zugang zum Teilnehmeranschluss (Full Access). Der Zugang zum Teilnehmeranschluss zwecks Wieder- verkauf (Access Reselling) wird in Art. 43 FDV dagegen nicht erwähnt. Die Gesuchsgegnerin weist mit Recht darauf hin, dass auch in den Materialien zur FDV kein Hinweis auf Access Reselling zu finden ist, wogegen die in der Verordnung aufgeführten Arten umfassend be- schrieben werden (Erläuternder Bericht [Vernehmlassungsentwurf] des UVEK zur Änderung der FDV und der AEFV vom Juli 2002, S. 4 ff. und S. 9 f.). In der Botschaft zur Änderung des Fernmeldegesetzes vom 12. November 2003 (Sonderdruck, S. 19 f.) erwähnt der Bundesrat die neu zu begründende Kompetenz der ComCom, auf dem Verordnungsweg weitere Ver- pflichtungen für die Bereitstellung des Zugangs festzulegen. Auf dieser Grundlage könne „die ComCom zum Beispiel ein Grosshandelsangebot für Dienste im Zusammenhang mit dem Anschluss (Wiederverkauf des Abonnements) ergänzend zur Entbündelung des Teilnehmer- anschlusses und des schnellen Bitstromzugangs vorsehen.“ Diese Formulierung insbes. die

E. 7

Wortwahl „ergänzend zur“ lässt einzig den Schluss zu, dass der Ordnungsgeber den Wiederverkauf des Abonnements, d.h. den Zugang zum Teilnehmeranschluss zwecks Wie- derverkauf nicht unter die aktuell in Art. 43 FDV vorgesehenen Arten des Zugangs zum Teil- nehmeranschluss subsumiert. Vor diesem Hintergrund verblasst auch das von der Gesuch- stellerin ins Felde geführte Argument in maiore minus (auch argumentum a maiore ad minus genannt), umso mehr die Gesuchsgegnerin nicht zu Unrecht darauf hinweist, dass das Ar- gument in diesem Zusammenhang nicht greifen könne, da Access Reselling und Full Access weder aus „technischer“ noch aus „wirtschaftlicher“ Sicht etwas miteinander zu tun hätten. Selbst wenn von gewissen Gemeinsamkeiten auszugehen wäre, würden diese vor dem auf- gezeigten Hintergrund keinen Schluss vom Grösseren auf das Geringere rechtfertigen. Daran vermag auch die von der Gesuchstellerin zitierte Richtlinie 2002/19/EG des Europäi- schen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie) nichts zu ändern. Einerseits begründet Art. 12 Abs. 1 der Zugangsrichtli- nie für die Mitgliedstaaten – was die Schweiz ohnehin nicht ist – lediglich die Möglichkeit nicht aber die Pflicht, den Wiederverkauf einzuführen. Andererseits spricht das Wissen um diese Möglichkeit – das Schweizer Fernmelderecht lehnt sich in der Tat an sein europäi- sches Pendant an – mit Blick auf das geltende Recht im Gegenteil eher für einen bewussten Verzicht darauf. Der versorgungspolitische Hinweis der Gesuchstellerin auf den Nutzen des Wiederverkaufs für den Konsumenten (im Speziellen in Randregionen) sowie auf die wettbewerbspolitischen Aspekte der Fernmeldegesetzgebung mögen zwar Motive sein, den Wiederverkauf dereinst auf dem Verordnungsweg einzuführen, genügen im Moment aber nicht, um von einer genü- genden, rechtlichen Grundlage auszugehen. d. Fazit Der Wiederverkauf des Teilnehmeranschlusses ist kein in der Verordnung vorgesehener Interkonnektionstatbestand und unterliegt folglich auch nicht der Interkonnektionspflicht ge- mäss Art. 11 Abs. 1 FMG. Vor diesem Hintergrund erübrigt sich die Prüfung der Marktbeherrschung als dritte Voraus- setzung und somit eine entsprechende Konsultation der Wettbewerbskommission im Sinne von Art. 11 Abs. 3 FMG.

E. 9

Zu Recht weist die Gesuchsgegnerin auch darauf hin, dass durch eine entsprechende Ver- fügung das Verhandlungsprimat in Art. 11 Abs. 3 FMG verletzt würde. Denn würde die

ComCom bereits heute die Bedingungen für Access Reselling verfügen, wären die Parteien in ihrem Recht, Verhandlungen auf Grund einer noch zu schaffenden gesetzlichen Grundlage zu führen, beschnitten. Hinzu kommt, dass eine Verfügung im jetzigen Zeitpunkt eine künftige, gesetzliche Grundlage in ungerechtfertigter Weise präjudizieren könnte. d. Fazit Die Verpflichtung der Gesuchsgegnerin im Hinblick auf das Inkrafttreten einer ausdrücklichen, gesetzlichen Grundlage ist nicht statthaft. Das Gesuch um Interkonnektion vom 7. Oktober 2003 ist somit insgesamt abzuweisen. (...)

Aus diesen Gründen wird verfügt: Das Gesuch um Interkonnektion (Resale) vom 7. Oktober 2003 wird vollumfänglich abgewiesen. (...)

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