



Eidgenössische  
Kommunikations-  
kommission

Commission  
fédérale  
de la communication

Commissione  
federale  
delle comunicazioni

Cumissiu  
federala  
da communicaziun

Federal  
Communications  
Commission

---

# **V e r f ü g u n g**

## **der Eidg. Kommunikationskommission**

Zusammensetzung: Fulvio Caccia, Präsident, Gian Andri Vital, Vizepräsident, Christian Bovet, Pierre-Gérard Fontolliet, Beat Kappeler, Hans-Rudolf Schurter, Heidi Schelbert-Syfrig

**vom 17. Dezember 2003**

**in Sachen**

**Tele2 Telecommunication Services AG**, Hardturmstrasse 161, 8005 Zürich,

**Gesuchstellerin**

**gegen**

**Swisscom Fixnet AG**, Hauptsitz, 3050 Bern,

**Gesuchsgegnerin**

**betreffend**

**Interkonnektion (Resale)**

## I Prozessgeschichte

Am 7. Oktober 2003 reichte die Gesuchstellerin bei der ComCom ein Gesuch (act. 1) um Erlass einer Verfügung betreffend Interkonnektion (Resale) mit den folgenden Anträgen ein:

- „1. Es sei festzustellen, dass die Gesuchsgegnerin gegenüber der Gesuchstellerin interkonnektionspflichtig ist.
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.
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.
4. Die vermeidbaren Kosten seien auf die von der Gesuchsgegnerin belegten, mindestens aber auf 21% der eigenen effektiven Kosten festzusetzen.
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.
6. Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten Gesuchsgegnerin.“ (act. 1 S. 2)

In ihrer Gesuchsantwort vom 5. November 2003 (act. 2) stellte die Gesuchsgegnerin folgende Begehren:

### „Hauptantrag

*Das Gesuch vom 7. Oktober 2003 auf Erlass einer Verfügung betreffend Interkonnektion (Resale) sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten wird.*

### Eventualantrag

*Das Verfahren sei vorerst auf die Frage der gesetzlichen Grundlage des verlangten Resale (Access Reselling) zu beschränken und es sei in einem selbständig anfechtbaren Teilentscheid darüber zu befinden.*

### Subeventualantrag

*Der Gesuchsgegnerin sei eine Frist von mindestens 30 Tagen zur Ergänzung dieser Eingabe einzuräumen.*

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Gesuchstellerin“. (act. 4 S. 3)

Auf Aufforderung vom 13. November 2003 (act. 6 f.) hin meldete keine der Parteien ein Interesse an einer Schlichtungsverhandlung an.

---

## **II Rechtliches**

### **1 Formelles**

#### **1.1 Verhandlungsfrist**

Im Falle von Interkonnektionsstreitigkeiten verfügt die ComCom die Bedingungen gemäss den gesetzlichen Vorgaben, wenn zwischen den verhandelnden Parteien innert drei Monaten keine Einigung zu Stande kommt (Art. 11 Abs. 3 FMG).

Mit Schreiben vom 1. April 2003 (act. 2/2) ersuchte die Gesuchstellerin die Gesuchsgegnerin um Aufnahme von Verhandlungen. Mit Schreiben vom 3. April 2003 (act. 2/3) erklärte sich die Gesuchsgegnerin zur Aufnahme von Verhandlungen bereit. Nach der Verhandlungsrunde vom 2. Mai 2003 teilte die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin mit Schreiben vom 30. Juni 2003 (act. 2/4) mit, dass sie sich nicht in der Lage sehe, ein konkretes Angebot zu machen. Im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs am 7. Oktober 2003 (act. 1) war die dreimonatige Verhandlungsfrist somit abgelaufen.

#### **1.2 „Formelle Anforderungen“ gemäss Gesuchsgegnerin**

Die Gesuchsgegnerin erachtet die formellen Anforderungen an ein Interkonnektionsgesuch vorliegend als nicht gegeben. So verlange die Gesuchsgegnerin nicht die behördliche Verfügung der vertraglichen Bedingungen für Access Reselling, sondern bloss die Verpflichtung der Gesuchsgegnerin ein entsprechendes Angebot („blosse Offerte“) zu unterbreiten (act. 1 Rz. 3). Für die Beurteilung eines solchen Begehrens sei die ComCom nicht zuständig.

Entgegen der Auffassung der Gesuchsgegnerin ist der von der Gesuchstellerin in Antrag 2 verwendete Begriff „Angebot“ keineswegs im engen Sinne einer Vertragsofferte zu verstehen. Ohne Weiteres kann der Antrag so verstanden werden, dass die Gesuchsgegnerin zu verpflichten sei, den Wiederverkauf des Teilnehmeranschlusses als Produkt anzubieten. Für eine solche Auslegung spricht auch der Umstand, dass sich die Anträge 2 bis 4 konkret zum Kostennachweis der Gesuchsgegnerin resp. zur Preisverfügung der ComCom äussern, was wenig Sinn machen würde, wenn lediglich verlangt würde, die Gesuchsgegnerin sei zur Offertstellung zu verpflichten. Aber selbst wenn der fragliche Gesuchsantrag 2 gemäss den Vorstellungen der Gesuchsgegnerin auszulegen wäre, ist nicht ersichtlich, weshalb dieser nicht in die Entscheidungszuständigkeit der ComCom fallen sollte, ist doch die Verpflichtung zur Offertstellung (allenfalls unter gewissen Auflagen) in ihrer Wirkung weniger einschränkend als die Verfügung von detaillierten Interkonnektionsbedingungen. Ein entsprechender Antrag käme übrigens einem Antrag um Erlass einer Feststellungsverfügung (Bestand einer

öffentlich-rechtlichen Pflicht) sehr nahe. Auf einen solchen wäre auf Grund von Art. 25 VwVG bei gegebenen Voraussetzungen ohne Weiteres einzutreten.

Im Weiteren macht die Gesuchsgegnerin geltend, der Gesuchstellerin fehle ein schutzwürdiges Interesse im Sinne von Art. 25 Abs. 2 VwVG an der in Gesuchsantrag 1 verlangten separaten Feststellung der Interkonnektionspflicht (act. 1 Rz. 4). In der Tat macht ein Feststellungsbegehren als gleichwertiger Antrag neben Antrag 2 des Gesuchs wenig Sinn, da die Interkonnektionspflicht auch Voraussetzung für die Gutheissung von Antrag 2 wäre. Allerdings erscheint auch dieser Einwand in keiner Weise geeignet, auf das vorliegende Gesuch als Ganzes nicht einzutreten.

### **1.3 Verzicht auf eine Schlichtungsverhandlung**

Die Parteien verzichteten auf eine Schlichtungsverhandlung gemäss Art. 57 FDV (act. 6 f.).

## **2 Materielles**

### **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 umschliesst 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 gewähren. 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.

## 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<sup>ter</sup> - a<sup>quinquies</sup> 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-

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<sup>ter</sup> - a<sup>quinquies</sup> 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 Wiederverkauf (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 beschrieben 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 Verpflichtungen 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 Teilnehmeranschlusses und des schnellen Bitstromzugangs vorsehen.“ Diese Formulierung insbes. die

Wortwahl „ergänzend zur“ lässt einzig den Schluss zu, dass der Verordnungsgeber den Wiederverkauf des Abonnements, d.h. den Zugang zum Teilnehmeranschluss zwecks Wiederverkauf nicht unter die aktuell in Art. 43 FDV vorgesehenen Arten des Zugangs zum Teilnehmeranschluss subsumiert. Vor diesem Hintergrund verblasst auch das von der Gesuchstellerin 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 Argument 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 aufgezeigten Hintergrund keinen Schluss vom Grösseren auf das Geringere rechtfertigen.

Daran vermag auch die von der Gesuchstellerin zitierte Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen 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 Zugangsrichtlinie 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 europäisches 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 genügenden, rechtlichen Grundlage auszugehen.

#### *d. Fazit*

Der Wiederverkauf des Teilnehmeranschlusses ist kein in der Verordnung vorgesehener Interkonnektionstatbestand und unterliegt folglich auch nicht der Interkonnektionspflicht gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG.

Vor diesem Hintergrund erübrigt sich die Prüfung der Marktbeherrschung als dritte Voraussetzung und somit eine entsprechende Konsultation der Wettbewerbskommission im Sinne von Art. 11 Abs. 3 FMG.

## **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 Staffel bilateraler 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.



---

Zu Recht weist die Gesuchsgegnerin auch darauf hin, dass durch eine entsprechende Verfügung 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.

(...)