



Eidgenössische
Kommunikations-
kommission

Commission
fédérale
de la communication

Commissione
federale
delle comunicazioni

Cumissiu
federala
da comunicaziun

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 5. Februar 2002

in Sachen

TDC Switzerland AG (vormals diAx)

Gesuchstellerin

gegen

Swisscom AG

Gesuchsgegnerin

betreffend

**Interkonnektion /
Gesuch um Entbündelung der Teilnehmeranschlussleitung**

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Am 31. Juli 2000 reichte die Gesuchstellerin beim Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) zu Händen der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom) ein Gesuch um Verfügung der Bedingungen der Interkonnektion und den Erlass vorsorglicher Massnahmen ein. Dabei stellte sie folgende Anträge:

1. Die Swisscom sei zu verpflichten, der diAx auf nichtdiskriminierende Weise Interkonnektion für xDSL-Dienste in der Zugangsform „Full Access“ zu transparenten, kostenorientierten Preisen zu gewähren; dabei umfasst die Interkonnektion namentlich auch den Zugang zu den relevanten Betriebssystemen der Swisscom sowie Kollokation.
2. Die Swisscom sei zu verpflichten, der diAx auf nichtdiskriminierende Weise Interkonnektion für xDSL-Dienste in der Zugangsform „Line Sharing“ zu transparenten, kostenorientierten Preisen zu gewähren; dabei umfasst die Interkonnektion namentlich auch den Zugang zu den relevanten Betriebssystemen der Swisscom sowie Kollokation.
3. Die Swisscom sei zu verpflichten, der diAx auf nichtdiskriminierende Weise Interkonnektion für xDSL-Dienste in der Zugangsform „Bitstream Access“ zu transparenten, kostenorientierten Preisen zu gewähren; dabei umfasst die Interkonnektion namentlich auch den Zugang zu den relevanten Betriebssystemen der Swisscom sowie Kollokation oder Erbringung von Übertragungsdiensten.
4. Die Swisscom sei zu verpflichten, die in Antrag 1 verlangte Interkonnektion für sämtliche heute und in Zukunft jeweils technisch realisierbaren Varianten der xDSL-Technologien zu gewähren.
5. Die Swisscom sei zu verpflichten, die in Antrag 2 verlangte Interkonnektion für sämtliche heute und in Zukunft jeweils technisch realisierbaren Varianten der xDSL-Technologien zu gewähren.
6. Die Swisscom sei zu verpflichten, die in Antrag 3 verlangte Interkonnektion für sämtliche heute und in Zukunft jeweils technisch realisierbaren Varianten der xDSL-Technologien zu gewähren.
7. Die Swisscom sei zu verpflichten, jede neue Variante der xDSL-Technologien in das von ihr jeweils veröffentlichte Interkonnektionsangebot aufzunehmen und zwar sobald diese technisch realisierbar ist.
- 8a. Die Anträge 3 und 6 seien superprovisorisch zu verfügen, d.h. ohne Anhörung der Swisscom und ungeachtet einer allfälligen Einsprache von Swisscom, wobei Swisscom den Interkonnektionsdienst gemäss Antrag 3 innert 10 Tagen nach der diesbezüglichen Verfügung der ComCom zu erbringen hat.
- 8b. Eventualiter seien die Anträge 3 und 6 provisorisch zu verfügen, wobei Swisscom den Interkonnektionsdienst gemäss Antrag 3 spätestens innert 60 Tagen vor ihrem Eintritt in den xDSL-Retailmarkt oder 60 Tage nach der vorsorglichen Verfügung durch ComCom zu erbringen hat, je nachdem, welches Ereignis früher eintritt.
- 9a. Die Anträge 1, 2, 4, 5 und 7 seien provisorisch zu verfügen, wobei Swisscom die Interkonnektionsdienste gemäss Antrag 1 und 2 spätestens innert 60 Tagen vor ihrem Eintritt in den xDSL-Retailmarkt oder 60 Tage nach der vorsorglichen Verfügung durch ComCom zu erbringen hat, je nachdem, welches Ereignis früher eintritt.
- 9b. Eventualiter, falls für einzelne Interkonnektionsdienste keine vorsorglichen Massnahmen angeordnet werden sollten, seien diese Interkonnektionsdienste von Swisscom spätestens 60 Tage nach dem Hauptentscheid der ComCom zu erbringen.
10. Eventualiter sei die superprovisorisch anzuordnende Interkonnektion gemäss Antrag 3 und 6 (an Stelle von kostenorientierten Preisen) zu markt- und branchenüblichen Preisen zu verfügen; diese Preise seien jedoch spätestens mit dem Hauptsachenentscheid

der ComCom durch die rückwirkend anwendbaren, definitiven, kostenorientierten Preise zu ersetzen.

11. Eventualiter sei die provisorisch anzuordnende Interkonnektion gemäss Antrag 1, 2, 4 und 5 (an Stelle von kostenorientierten Preisen) zu markt- und branchenüblichen Preisen zu verfügen; diese Preise seien jedoch spätestens mit dem Hauptsachenentscheid der ComCom durch die rückwirkend anwendbaren, definitiven, kostenorientierten Preise zu ersetzen.

Das BAKOM wies die Anträge auf Erlass superprovisorischer Massnahmen ab. Die Gesuchsgegnerin beantragte, das Begehren bezüglich Erlass von vorsorglichen Massnahmen ebenso abzuweisen.

Mit Entscheid vom 9. November 2000 folgte das BAKOM dem Antrag auf Erlass von vorsorglichen Massnahmen teilweise. Gegen diese Verfügung reichte die Gesuchsgegnerin Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht ein. Diese wurde vom Bundesgericht am 13. März 2001 gutgeheissen.

Zwecks Abklärung der Frage der allfälligen Marktbeherrschung der Gesuchsgegnerin beauftragte das BAKOM mit Schreiben vom 9. Februar 2001 die Eidg. Wettbewerbskommission WEKO gemäss Art. 11 Abs. 3 Fernmeldegesetz (FMG, SR 784.10) ein entsprechendes Gutachten zu erstellen. In ihrem Gutachten kam die WEKO zum Schluss, dass die Gesuchsgegnerin auf dem Markt für Breitbandinfrastruktur über eine marktbeherrschende Stellung verfügt.

Im weiteren Verlauf des Instruktionsverfahrens hatten die beiden Parteien Gelegenheit, zum Resultat des WEKO-Gutachtens Stellung zu nehmen. Weiters reichten die Parteien ihre Replik bzw. Duplik im Rahmen des Hauptverfahrens ein.

Für den Fall eines Entscheides der ComCom zu Gunsten der Interkonnektionspflicht der Gesuchsgegnerin liess das BAKOM dieser am 13. Juli 2001 je einen technischen und ökonomischen Leitfaden zukommen, mit Hilfe welcher die Gesuchsgegnerin bis spätestens zum 30. September 2001 einen Vertragsentwurf für die Entbündelungsdienste „Full Access“, „Line Sharing“ und „Bitstream Access“ inklusive die Bedingungen der Kollokation und die kommerziellen Bedingungen zu erstellen habe.

In ihrer Eingabe vom 30. November 2001 stellte die Gesuchstellerin schliesslich den Verfahrens Antrag auf Erlass eines Grundsatzentscheides betreffend die Verpflichtung der Gesuchsgegnerin zur Entbündelung des Anschlussnetzes sowie je einen Antrag auf die grundsätzliche Festlegung der preislichen und technischen Implementierung der von der Gesuchsgegnerin zu erbringenden Entbündelungsdienste.

(...)

II. Formelles

Die verfahrensrechtlichen Vorschriften für die Durchführung eines Interkonnektionsverfahrens finden sich in Art. 11 Abs. 2 und 3 FMG und Art. 38 ff. der Verordnung über Fernmeldedienste (FDV, SR 784.101.1). *„Kommt innert dreier Monate zwischen der zur Interkonnektion verpflichteten Anbieterin und der Anfragerin keine Einigung zustande, so verfügt die Kommission“* gemäss Art. 11 Abs. 3 FMG *„auf Antrag des Bundesamtes die Bedingungen nach markt- und branchenüblichen Grundsätzen“*.

Am 3. März 2000 teilte die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin mit, dass sie ein Angebot über ADSL-Dienste (Asymmetric Digital Subscriber Line, asymmetrisches digitales Teilnehmeranschlusssystem) als Wholesale Produkt zu erhalten wünsche. Gemäss dem Protokoll der Besprechung vom 5. April 2000 ging die Gesuchsgegnerin davon aus, dass die Interkonnektionsverhandlungen betreffend xDSL-Dienste am 18. April 2000 (Technical Requirements Meeting) beginnen würden. Am 2. Mai 2000 teilte die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin

mit Bezug auf eine mündliche Anfrage vom 18. April 2000 mit, dass sie momentan nicht plane, die von der Gesuchstellerin aufgeführten Dienstleistungen „Bitstream Access“, „Line Sharing“ und „Full Access“ in der aufgezeigten Konfiguration im Jahre 2000 anzubieten. Damit waren die Interkonnectionsverhandlungen gescheitert.

Zum Zeitpunkt der Einreichung des Interkonnectionsgesuchs am 31. Juli 2000 war die drei monatige Verhandlungsfrist abgelaufen. Damit ist die Voraussetzung für den Erlass einer Interkonnectionsverfügung erfüllt.

Auf eine Schlichtungsverhandlung wurde von den Parteien verzichtet.

III. Materielles

1 Streitgegenstand

1.1 Der Begriff der Entbündelung

Im vorliegenden Verfahren verlangt die Gesuchstellerin den entbündelten („unbundled“) Zugang zum Anschlussnetz („Local Loop“). Die zwei begrifflichen Hauptelemente beim entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung sind die Teilnehmeranschlussleitung und die Entbündelung. Unter dem Begriff "Teilnehmeranschlussleitung" wird die physische Leitung (Kupferkabel) verstanden, die den Anschluss der Teilnehmerin oder des Teilnehmers mit der Ortszentrale, einem Konzentrador oder einer ähnlichen Fernmeldeanlage der FDA verbindet.

Gemäss den auf europäischer Ebene angewendeten und auch für das vorliegende Verfahren ausschlaggebenden Definitionen bedeutet Entbündelung, dass die zur Entbündelung verpflichtete Betreiberin (in der Regel die ehemalige Monopolistin) der die Entbündelung nachfragenden Partei den technisch sachgerechten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung („Local Loop“) sowie zu Breitbandübertragungstechniken bzw. zu den Räumlichkeiten und technischen Einrichtungen, die für die Installation und den Anschluss der relevanten Einrichtungen erforderlich sind, gewährt („Kollokation“, vgl. dazu Art. 2 lit. h der Verordnung [EG] Nr. 2887/2000 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2000 über den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss, nachfolgend: VO 2887/2000). Dadurch erhält die nachfragende FDA die Möglichkeit, sowohl Telefoniedienste als auch Datenübertragungsdienste bis hin zum Endkunden – je nach Art der gewählten Entbündelungsform – gänzlich oder teilweise über die eigenen fernmeldetechnischen Einrichtungen zu erbringen und gegenüber dem Endkunden als einzige Vertragspartnerin aufzutreten.

In ihrem Interkonnectionsgesuch vom 31. Juli 2000 beantragt die Gesuchstellerin die drei üblicherweise unterschiedenen Formen des Zugangs zum Teilnehmeranschlussnetz. Dabei handelt es sich um die Zugangsformen „Full Access“ (vollständig entbündelter Zugang), „Shared Line Access“ (gemeinsamer Zugang) und „Bitstream Access“ (Bitstrom-Zugang). Diese drei Definitionen stammen aus der Mitteilung der EU-Kommission über den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss vom 26. April 2000 (KOM[2000]237), auf die sich die VO 2887/2000 stützt.

1.2 Der vollständig entbündelte Zugang zum Teilnehmeranschluss „Full Access“

Der vollständig entbündelte Zugang zum Teilnehmeranschluss ("Full Access" oder auch "Full Unbundling") bedeutet die Bereitstellung des Zugangs zum Kupferkabel des Teilnehmeranschlusses der zur Entbündelung verpflichteten FDA (in der Regel die ehemalige Monopolistin) in der Weise, dass die nachfragende FDA über ein ausschliessliches Nutzungsrecht für

den gesamten nutzbaren Frequenzbereich der Kupferleitung verfügen und dem Endnutzer eine vollständige Palette von Sprach- und Datendiensten anbieten kann.

Bei der vollständigen Entbündelung des Teilnehmeranschlusses wird das Kupferkabel an einen Dritten zur ausschliesslichen Nutzung vermietet. Der Mieter übt die ungehinderte Kontrolle der Beziehungen zu seinen Kunden bei der Bereitstellung einer vollständigen Palette von Telekommunikationsdiensten über den Teilnehmeranschluss aus, einschliesslich des Einsatzes digitaler Übertragungsausrüstungen für breitbandige Datenübertragung über das Kupferkabel (Digital Subscriber Line Systems – DSL [Modem] und DSLAM DSL – Access Multiplexer) für Datenanwendungen mit hoher Geschwindigkeit über das Kupferkabel. Der Mieter ist frei, welche Übertragungstechnik er einsetzen will, solange keine technischen Gründe (z.B. Interferenzen im Kabelbündel) entgegenstehen. Spricht man von xDSL, sind die verschiedenen international normierten Übertragungsverfahren von DSL eingeschlossen, wie z.B. A(Asymmetric[asymmetrisches])DSL; S(Symmetric[symmetrisches])DSL; H(High bit-rate [schnelles])DSL; V(Very high speed[sehr schnelles])DSL.

1.3 Der gemeinsame Zugang zum Teilnehmeranschluss „Shared Line Access“

"Gemeinsamer Zugang zum Teilnehmeranschluss" bezeichnet die Bereitstellung des Zugangs zum oberen Teil des nutzbaren Frequenzbereiches einer Kupferleitung, der nicht von der zur Entbündelung verpflichteten FDA für die analogen oder digitalen Telefondienste (PSTN/ISDN) genutzt wird. Die nachfragenden FDAs können dabei dem Endbenutzer zusätzliche Fernmeldedienste über eigene digitale Übertragungstechnologien wie xDSL anbieten.

Bei dieser Zugangsform bietet die zur Entbündelung verpflichtete FDA also weiterhin den Telefondienst an, während die nachfragenden FDAs mit Hilfe eigener Übertragungsausrüstungen (DSLAM und/oder xDSL-Modem) breitbandige Datenübertragung über dieselbe Teilnehmeranschlussleitung ermöglicht. Der obere und untere nutzbare Frequenzbereich wird durch Frequenzbandfilter (Splitter) beidseitig der Teilnehmerleitung getrennt. Die Teilnehmeranschlussleitung bleibt Teil des Netzes der zur Entbündelung verpflichteten FDA. Sie kann weiterhin die Telefondienste (PSTN oder ISDN) anbieten.

1.4 Der schnelle Zugang zum Teilnehmeranschluss „Bitstream Access“

Beim Bitstrom-Zugang mit hoher Bandbreite (Bereitstellung von DSL-Übertragungsausrüstungen durch die etablierte FDA) steht der obere nutzbare Frequenzbereich des Kupferkabels wie beim „Shared Line Access“ der alternativen FDA zur ausschliesslichen Nutzung zur Verfügung. Hier stellt jedoch die etablierte FDA selber die zentralseitigen Übertragungsausrüstungen bereit (DSLAM). Diese Ausrüstungen stellt sie den alternativen FDAs zu einem Wholesale-Angebot zur Verfügung, welche ihrerseits die entsprechenden Fernmeldedienste an ihre Endkunden weiterverkaufen können.

1.5 Die Funktion der Entbündelung

Die Entbündelung erlaubt es neuen FDAs ihre Kunden direkt anzuschliessen und diesen massgeschneiderte Kommunikationslösungen anzubieten. Sie können grundsätzlich selber bestimmen, welche Dienste bzw. Produkte sie ihren Kunden anbieten wollen und sind in der technischen Ausgestaltung ihrer Angebote frei. Die FDAs sind damit nicht mehr von einem kapazitätsmässig und kommerziell vordefinierten Wholesale-Breitbandangebot der etablierten FDA abhängig.

2 Voraussetzungen für den Erlass einer Interkonnektionsverfügung

Gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG müssen „*marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten [...] anderen Anbieterinnen von Fernmeldediensten nach den Grundsätzen einer transparenten und kostenorientierten Preisgestaltung auf nichtdiskriminierende Weise Interkonnektion gewähren*“. Folgende drei Voraussetzungen müssen demnach erfüllt sein, damit eine Interkonnektionspflicht besteht: Die die Interkonnektion nachfragende Dritte ist eine Fernmeldedienstanbieterin, die Nachfrage betrifft eine Interkonnektionsdienstleistung und die Anbieterin der nachgefragten Interkonnektionsdienstleistung ist marktbeherrschend. Das Vorliegen dieser drei Voraussetzungen wird nachfolgend geprüft.

2.1 Fernmeldedienstanbieterinnen

Einen Anspruch auf Interkonnektion hat nur eine Anbieterin von Fernmeldediensten. Anbieterinnen von Fernmeldediensten können sowohl natürliche als auch juristische Personen sein. Interkonnektionsberechtigt sind alle gemäss Art. 4 FMG konzessions- und meldepflichtigen Anbieterinnen sowie die Anbieterinnen internationaler Fernmeldedienste (Art. 31 FDV).

Wie eingangs erwähnt, ist die Gesuchstellerin Inhaberin von einer Konzession für das Erbringen von Fernmeldediensten auf dem Festnetz und von 2 Konzessionen für das Erbringen von digitalen Mobilfunkdiensten. Bei der Festnetz- und Mobilfunktelefonie findet eine fernmeldetechnische Übertragung von Informationen für Dritte statt. Die Gesuchstellerin ist somit als FDA zu betrachten.

Die Gesuchsgegnerin ist Inhaberin der Grundversorgungskonzession und bietet Mobilfunk- und Festnetzdienste für Dritte an. Sie ist somit ebenfalls eine FDA.

2.2 Entbündelung der Teilnehmeranschlussleitung als Anwendungsfall der Interkonnektion

Interkonnektion ist gemäss Definition in Art. 3 lit. e FMG „*die Verbindung von Fernmeldeanlagen und Fernmeldediensten, die ein fernmeldetechnisches und logisches Zusammenwirken der verbundenen Teile und Dienste sowie den Zugang zu Diensten Dritter ermöglicht*“. Es stellt sich damit die Frage, ob sich die Entbündelung der Anschlussleitungen unter den Interkonnektionstatbestand von Art. 3 lit. e FMG subsumieren lässt bzw. ob durch die beantragten Entbündelungsdienste eine physische Zusammenschaltung von Fernmeldeanlagen erfolgt und ein fernmeldetechnisches und logisches Zusammenwirken von Fernmeldediensten verschiedener Anbieterinnen stattfindet.

Die Entbündelung des Teilnehmeranschlusses wird in der schweizerischen Fernmeldegesetzgebung nicht *expressis verbis* erwähnt. Es ist deshalb auf dem Weg der Auslegung zu klären, ob sich eine Entbündelungsverpflichtung auf die aktuelle Gesetzeslage abstützen kann. Dabei kommt gemäss der bundesgerichtlichen Praxis der auch von der ComCom gepflegte Methodenpluralismus zur Anwendung (grammatikalische, systematische, historische und teleologische Auslegung). Aufgrund der vom Gesetzgeber angestrebten Europakompatibilität des Fernmelderechtes und des vor allem in wirtschaftlich wichtigen Bereichen praktizierten autonomen Nachvollzugs von EU-Recht ist auch in der vorliegenden Entbündelungsfrage ein Blick auf die entsprechende EU-Regelung bzw. Praxis unabdingbar. Ebenso müssen bei der Auslegungsfrage die relevanten staatsvertraglichen Regelungen berücksichtigt werden, d.h. die aus den GATS-Verträgen fliessenden Verpflichtungen.

Seit Eingang des Gesuchs hat sich das Bundesgericht in einem anderen Interkonnektionsverfahren (nicht publizierter, jedoch auf der Bger-Website verfügbarer Entscheid des Bundesgerichts vom 3. Oktober 2001 in Sachen Commcare vs. Swisscom [2A.503/2000], nachfolgend: Commcare-Entscheid) zur Auslegung des Interkonnektionsbegriffs geäussert. Für den vorliegend zu treffenden Entscheid im Hauptverfahren hat die Auslegung der anwendbaren Interkonnektionsnormen somit vor dem Hintergrund der höchstrichterlichen Überlegungen im Commcare-Entscheid zu erfolgen.

2.2.1 Grammatikalische und systematische Auslegung

Bei der grammatikalischen und systematischen Auslegung wird der effektive Gesetzestext im Kontext des ihm zugrundeliegenden Erlasses interpretiert. Es wird auf Wortlaut, Wortsinn und Sprachgebrauch der Regelung abgestellt und diese im Zusammenhang mit ihrer Einbettung in ein Normenwerk analysiert.

Bei der grammatikalischen Auslegung sind der Wortlaut, der Wortsinn und der Sprachgebrauch der Ausgangspunkt für die Ermittlung des Sinns einer Gesetzesnorm. Der Wortlaut gibt eine relativ deutliche Grenze für die möglichen Auslegungen einer Norm wieder. Das Auslegungsergebnis muss gemäss Bundesgericht dem „*allgemeinen*“ Sprachgebrauch entsprechen (BGE 98 Ia 35, 39).

Wichtig ist gemäss Bundesgericht auch, welcher Sinn einer Bestimmung im Kontext zukommt (BGE 98 Ia 35, 39). Eine Bestimmung kann nicht alleine, sondern muss im Lichte eines zusammenhängenden Normenwerkes gesehen und gedeutet werden. Die systematische Auslegung führt somit zu einem Auslegungsergebnis, das sich auf den Zusammenhang der auszulegenden Bestimmung mit anderen Bestimmungen des Gesetzeserlasses oder der Verfassung bezieht (vgl. Ulrich Häfelin/Walter Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Rz. 82 ff.; Fritz Gygi, Verwaltungsrecht, S. 139 f.).

In ihrem Interkonnektionsgesuch vom 31. Juli 2000 macht die Gesuchstellerin geltend, die von ihr verlangten drei Formen des entbündelten Zugangs zu den Teilnehmeranschlussleitungen der Gesuchsgegnerin würden unter das Interkonnektionsregime fallen. Die im Rahmen der Entbündelung vorzunehmende Verbindung ihrer Fernmeldeanlagen (insbesondere der Geräte und Einrichtungen) mit den Fernmeldeanlagen (insbesondere den Leitungen) der Gesuchsgegnerin habe das in Art. 3 lit. e FMG definierte fernmeldetechnische und logische Zusammenwirken zur Folge, welches der Übertragung von Informationen (z.B. Daten) sowie dem Zugang zu Diensten Dritter diene.

Demgegenüber vertritt die Gesuchsgegnerin in ihrer Stellungnahme vom 13. Oktober 2000 zum Interkonnektionsgesuch der Gesuchstellerin die Ansicht, die drei geforderten Entbündelungsdienste würden nicht unter den Interkonnektionstatbestand von Art. 3 lit. e FMG fallen. Eine physische Zusammenschaltung von Fernmeldeanlagen würde bei einer Entbündelung der Teilnehmeranschlussleitungen zwar vorgenommen, es fände jedoch kein wie in Art. 3 lit. e FMG als Tatbestandselement definiertes „*fernmeldetechnisches und logisches Zusammenwirken*“ von Fernmeldediensten verschiedener Anbieterinnen statt. Die Gesuchstellerin verlange „*nicht Interkonnektionsdienstleistungen, sondern die teilweise oder vollständige Abgabe von Übertragungsmedien (Kupferkabel) zum Gebrauch*“. Die blosse Abgabe von Übertragungsmedien falle jedoch gemäss den Erläuterungen des EVED (Eidgenössische Verkehrs- und Energiewirtschaftsdepartement) zur FDV nicht unter den Begriff des Fernmeldedienstes im Sinne von Art. 3 lit. b FMG. Dass die von der Gesuchstellerin verlangten Entbündelungsformen nicht unter den Interkonnektionstatbestand falle, ergebe sich zusätzlich aus der durch das BAKOM redigierten „Definition des Begriffs ‚Fernmeldediensteanbieterin‘ unter Einbezug der Konzessions- bzw. Meldepflicht“ vom 29. November 1999. Gemäss dieser Definition „*fallen Tätigkeiten oder Dienstleistungen, welche keine direkte fernmeldetechnische Übertragung von Informationen zum Gegenstand haben*“ nicht unter den Geltungsbereich des FMG. Gemäss dieser Definition „*fällt die reine Bearbeitung von Informationen, die zur Übermittlung bestimmt sind, nicht mehr unter das FMG.*“

Gemäss der vorne erwähnten gesetzlichen Begriffsdefinition von Art. 3 lit. e FMG ist unter Interkonnektion die „*Verbindung von Fernmeldeanlagen und Fernmeldediensten, die ein fernmeldetechnisches und logisches Zusammenwirken der verbundenen Teile und Dienste sowie den Zugang zu Diensten Dritter ermöglicht*“ zu verstehen. Fernmeldeanlagen sind gemäss Art. 3 lit. d FMG „*Geräte, Leitungen oder Einrichtungen, die zur fernmeldetechnischen Übertragung von Informationen bestimmt sind oder benutzt werden*“. Als Fernmeldedienst gilt in Anwendung von Art. 3 lit. b FMG die „*fernmeldetechnische Übertragung von Informationen für Dritte*“. Unter der fernmeldetechnischen Übertragung ist ein „*elektrisches, magneti-*

ches, optisches oder anderes elektromagnetisches Senden oder Empfangen von Informationen über Leitungen oder Funk“ zu verstehen (Art. 3 lit. c FMG). Informationen schliesslich sind „für Menschen, andere Lebewesen oder Maschinen bestimmte Zeichen, Signale, Schriftzeichen, Bilder, Laute und Darstellungen jeder anderen Art“ (Art. 3 lit. a FMG).

Beim „Bitstream Access“ stellt die Kupferleitung, über welche breitbandige Datendienste sowie herkömmliche Sprachdienste erbracht werden, eine Fernmeldeanlage im Sinne von Art. 3 lit. d FMG dar. Die für die Komprimierung und das Splitting des Daten- und Sprachtransfers eingesetzten und im Eigentum der etablierten FDA stehenden Einrichtungen (DSLAM, Splitter) könnten aus einem technischen Blickwinkel besehen als Fernmeldeanlagen betrachtet werden, welche einen Fernmeldedienst im Sinne von Art. 3 lit. b FMG erbringen, indem diese Einrichtungen eine fernmeldetechnische Übertragung von Informationen für Dritte ermöglichen. Dasselbe könnte im Falle des „Line Sharings“ gesagt werden, bei welchem der DSLAM im Eigentum der alternativen FDA, der Splitter jedoch immer noch im Eigentum der etablierten FDA steht. Eine Interkonnektion im Sinne von Art. 3 lit. e FMG könnte in diesen beiden Fällen der Entbündelung bejaht werden, wenn man davon ausgeht, dass die Fernmeldeanlagen (Kupferleitungen) der alternativen FDA mit solchen der etablierten FDA (Kupferleitung, Splitter) verbunden werden und dadurch ein fernmeldetechnisches und logisches Zusammenwirken der verbundenen Anlagen und Dienste bewirken. Dabei könnte argumentiert werden, dass Fernmeldeanlagen der Gesuchsgegnerin und der Gesuchstellerin physisch und in der Weise logisch miteinander verbunden werden, dass der Gesuchstellerin der je nach gewählter Entbündelungsart (un)eingeschränkte Zugriff zu sämtlichen Funktionalitäten und zur (un)eingeschränkten Übertragungskapazität der Teilnehmeranschlussleitung gewährt würde. In diese Richtung argumentiert im Übrigen auch das Deutsche Bundesverwaltungsgericht (BverWG) in seinem Entscheid vom 25. April 2001, in welchem die Entbündelungsverpflichtung der ehemaligen Monopolistin Deutsche Telekom AG (DTAG) mit einer entsprechenden Begründung höchstrichterlich festgestellt wurde (Urteil vom 25. April 2001 - 6 C 7/00; vgl. auch Tschentscher Thomas/Bosch Tobias, „Diskriminierungsfreier Zugang zum ‚blanken Draht‘“, in: K&R 10/2001, S. 515 ff. sowie in: K&R 10/2001, S. 530 ff.: „DTAG muss Mitbewerbern den entbündelten Zugang zu Teilnehmeranschlussleitungen einräumen“).

Auch beim „Full Access“ könnte auf einen Interkonnektionstatbestand geschlossen werden. Zwar stehen hier die für die entbündelte Erbringung von Telefonie- und breitbandigen Datendiensten notwendigen Zusatzeinrichtungen (Splitter, DSLAM) im Eigentum der nachfragenden FDA. Da man aber auf dem Wege der Auslegung auch zum Schluss kommen könnte, dass der in allen drei Entbündelungsarten im Eigentum der Gesuchsgegnerin stehende Teilnehmeranschluss ein Fernmeldedienst ist, könnte auch das für den Interkonnektionstatbestand begriffsnotwendige fernmeldetechnische und logische Zusammenwirken von Anlagen und Diensten bejaht werden (vgl. dazu auch Tomas Poledna: „Unbundling – Stolpersteine auf der ‚letzten Meile‘“, S. 14 f., [http://www.bdp.ch/dt/Publikat/unbundling .pdf](http://www.bdp.ch/dt/Publikat/unbundling.pdf) und Rolf H. Weber in sic! 1/2002, S. 30 ff.).

Das Bundesgericht folgt im Commcare-Entscheid aber einer anderen Argumentationslinie. Die Interkonnektionspflicht gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG regle die Pflicht marktbeherrschender FDAs anderen FDAs nach den Grundsätzen einer transparenten und kostenorientierten Preisgestaltung auf nichtdiskriminierende Weise Interkonnektion und somit in erster Linie Zugang zu ihrem Fernmeldenetz zu gewähren. Diese Pflicht werde in Art. 43 Abs. 1 lit. a bis e FDV (vorher Art. 32 FDV) konkretisiert. Da die lit. a, c und d von Art. 43 Abs. 1 FDV andere Sachverhalte als Mietleitungen oder Übertragungsmedien betreffen würden, kämen höchstens noch Art. 43 Abs. 1 lit. b und e in Frage. Da aber beim Einsatz von Übertragungsmedien durch die nachfragende FDA nur Daten übermittelt, aber keine konkreten Dienstleistungen der Gesuchsgegnerin verlangt oder beansprucht würden, sei eine Subsumption unter die genannten Bestimmungen nicht möglich. Der ausschliessliche Einsatz physischer Übertragungsmedien ohne Inanspruchnahme eines Dienstes der Gesuchsgegnerin bilde selbst

dann keinen Interkonnectionsfall, wenn deren Übertragungsmedien mit dem Netz der Gesuchstellerin verbunden würden (Commcare-Entscheid Erw. 5. c).

Da auch bei den drei Entbündelungsformen von der Gesuchstellerin keine Dienstleistungen der Gesuchsgegnerin im Sinne der bundesgerichtlichen Auslegung in Anspruch genommen werden, liegt gestützt auf die Argumentation im Commcare-Entscheid im vorliegenden Fall in grammatikalischer Hinsicht kein Interkonnectionstatbestand vor.

Die Interkonnectionspflicht gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG wird wie bereits erläutert mit dem in Art. 43 Abs. 1 FDV beschriebenen Basisangebot konkretisiert, welches von der marktbeherrschenden Anbieterin „mindestens“ anzubieten ist. Es stellt sich deshalb die Frage, was für eine Bedeutung dem Ausdruck „mindestens“ beizumessen ist. Einerseits könnte Art. 43 FDV als eine Erläuterung der mit der Interkonnectionspflicht einhergehenden Pflichten bezüglich der Zusammenschaltung der Fernmeldeanlagen der Diensteanbieter betrachtet werden. In diesem Sinne würde das in Art. 43 FDV genannte Basisangebot eine beispielhafte Aufzählung der von einer marktbeherrschenden FDA zu erbringenden Interkonnectionsdienstleistungen darstellen. Andererseits könnte Art. 43 FDV als abschliessende Konkretisierung der Interkonnectionsverpflichtung von Art. 11 Abs. 1 FMG und somit als nicht erweiterbare Aufzählung betrachtet werden.

In Erwägung 7 des Commcare-Entscheides schliesst das Bundesgericht zwar nicht aus, dass es sich bei dem Interkonnections-Basisangebot von Art. 43 FDV um eine Mindestvorschrift und somit eine offene, ergänzbare Pflichtenliste handelt. Ginge man von diesem Mindestvorschriftencharakter aus, so könnte die Gesetzesauslegung durchaus zu dem Ergebnis führen, dass Art. 11 Abs. 1 FMG in Verbindung mit Art. 3 FMG und Art. 43 FDV die Anforderungen an die Klarheit der Interkonnectionspflicht im Hinblick auf die Übertragungsmedien erfüllten und die von der Gesuchstellerin beantragte Entbündelung somit gestützt auf die geltenden Interkonnectionsbestimmungen verfügt werden müsste, falls auch die Marktherrschaft bejaht würde.

Das in diesem Zusammenhang entscheidende Gegenargument des Bundesgerichts greift jedoch auf ein für das verwaltungsrechtliche Handeln allgemeingültiges Rechtsprinzip zurück. Demnach muss jedes verwaltungsrechtliche Handeln auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage basieren. Dabei sind die Anforderungen an diese gesetzliche Grundlagen umso höher, je stärker ein Verwaltungsakt in die Rechtsstellung des Betroffenen eingreift. Die Verpflichtung zur Entbündelung des Anschlussnetzes würde im Lichte der bundesgerichtlichen Argumentation einen erheblichen Eingriff in die rechtliche, aber auch in die wirtschaftliche Situation der Gesuchsgegnerin darstellen. So könnte sie die sich bislang in ihrer alleinigen Verfügungsgewalt befindlichen Leitungen nicht bzw. nicht mehr ausschliesslich nutzen, müsste Zugang zu Grundstücken, Gebäuden und der Netzinfrastruktur gewähren (Kollokation) und hätte wohl insgesamt merkliche ökonomische Einbussen aufgrund der verstärkten Konkurrenzsituation im Dienste- und Breitbandbereich hinzunehmen. Um der Mindestvoraussetzung der ausreichenden gesetzlichen Grundlage gerecht zu werden, müsste daher nach Auffassung des Bundesgerichts die Entbündelung der Anschlussleitungen mindestens in den Ausführungsvorschriften, d.h. in concreto in Art. 43 Abs. 1 FDV explizit erwähnt sein. Die systematische Gesetzesauslegung gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in Sachen Commcare spricht demnach gegen die Subsumption der Anschlussentbündelung unter die geltenden Interkonnectionsbestimmungen.

2.2.2 Historische Auslegung

Im Rahmen der historischen Auslegung wird der Sinn einer Norm eruiert, welcher ihr der Gesetzgeber beim Erlass beimass (subjektiv-historische Auslegung). Dazu kann u. a. auf Entwürfe, amtliche Berichte, Botschaften des Bundesrates, Protokolle der Ratsverhandlungen etc. abgestellt werden. Zusätzlich wird mit der objektiv-historischen Auslegung die Bedeutung einer Norm festgestellt, die ihr durch die allgemeine Betrachtung zur Zeit ihrer Entstehung gegeben wurde (Ulrich Häfelin/Walter Haller, a.a.O., S. 33).

Gleich wie im Gesetzestext selber finden sich auch in den Materialien zur Fernmeldegesetzgebung keine expliziten Aussagen hinsichtlich einer allfälligen Subsumtion der Entbündelung unter den Interkonnektionstatbestand. Daraus kann jedoch nicht von vornherein auf ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers geschlossen werden, denn die Problematik ist nicht nur subjektiv-, sondern auch objektiv-historisch auszulegen.

In ihrem Interkonnektionsgesuch vom 31. Juli 2000 führt die Gesuchstellerin aus, dass gestützt auf die Absicht, ein möglichst offenes und dadurch flexibles Interkonnektionsregime zu etablieren, auf eine explizite Regelung der Entbündelungsfrage im FMG bzw. in der FDV verzichtet worden sei. Diese Interpretation hat etwas für sich. Der Telekommunikationsmarkt charakterisiert sich u.a. durch seine Dynamik, seine Innovationsfreudigkeit und die Geschwindigkeit im Bereich der technischen Weiterentwicklung. Diese Charakteristika eröffnen immer neue Möglichkeiten, die heutigen Kommunikationsbedürfnisse der Konsumenten befriedigen zu können. Andererseits ist es für das erfolgreiche Geschäften von neuen FDAs in einem derart bewegten Umfeld aber unerlässlich, möglichst rasch und unkompliziert in die neuen Märkte eintreten zu können. Vor diesem Hintergrund wollte und musste sich der schweizerische Gesetzgeber im Telekommunikationsbereich auf eine Rahmengesetzgebung beschränken.

Es stellt sich deshalb die Frage, wie die Tatsache zu würdigen ist, dass die im Verordnungsentwurf über Fernmeldedienste vom 30. Mai 1997 explizit vorgesehene Entbündelung der Teilnehmeranschlussleitung (Art. 32 Abs. 1 E-FDV) auf Antrag des Departements (damals noch das EVED) wieder gestrichen worden ist. Dies könnte einerseits aus den erwähnten Gründen geschehen sein und zwar in der Meinung, dass die Entbündelung aufgrund der ersatzshalber eingeführten Generalklausel in Art. 43 Abs. 1 lit. b FDV immer noch ein Anwendungsfall der Interkonnektion sei. Andererseits ist es auch denkbar, dass der Bundesrat die Entbündelung bewusst nicht als Interkonnektionstatbestand verstanden haben wollte.

Gleich wie im Bereich der Mietleitungen ist gemäss der vom Bundesgericht im Commcare-Entscheid vertretenen Auffassung auch bei der Entbündelung davon auszugehen, dass der Bundesrat aufgrund der Streichung der ursprünglich in Art. 32 Abs. 1 E-FDV vorgesehenen Interkonnektionspflicht im Anschlussbereich tatsächlich beabsichtigte, auf die Entbündelungspflicht zu verzichten. Zur Begründung wird in Erwägung 8 c) auf einen Brief des Bundesrates vom 22. Oktober 1997 an den damaligen Verwaltungsrat der PTT hingewiesen, in welchem der Bundesrat erläutert, dass er „*bei der Regelung der Interkonnektion auf die Pflicht zur Entbündelung des Teilnehmeranschlussnetzes verzichtet*“ habe. Hat der Bundesrat eine Interkonnektionsnorm, welche explizit zu einer Entbündelungsverpflichtung im Anschlussbereich geführt hätte, aus dem E-FDV gestrichen, so ist gemäss Bundesgericht daraus zu schliessen, dass der fragliche Tatbestand bewusst von der Interkonnektionsverpflichtung ausgenommen worden ist und die Interkonnektionsregelung dieses Tatbestandes dem freien vertraglichen Handeln der FDAs überlassen werden sollte, zumal der Bundesrat anlässlich der Revision der FDV vom 5. April 2000 nicht auf diese Interkonnektionsregelung zurückgekommen ist. Dieser Schluss drängt sich vor allem dann auf, wenn man – wie offensichtlich das Bundesgericht – dem erwähnten Brief des Bundesrats mehr Gewicht beimisst, als seiner Antwort zur Interpellation Ehrler „Entbündelung des lokalen Zuganges“ vom 24. März 2000. Dort stellte der Bundesrat nämlich lapidar fest, dass die Entbündelung gestützt auf Art. 11 FMG durchsetzbar sei.

Angesichts der Schwere der Eingriffswirkung auf die Rechtsstellung des zur Interkonnektion verpflichteten Unternehmens müssten für die Unterstellung der Entbündelungsverpflichtung unter eine Interkonnektionsregelung, die diese Pflicht nicht ausdrücklich vorsieht, zwingende Gründe vorhanden sein, welche die Ausgangslage beim Erlass der FDV als überholt erscheinen lassen würden. Solche Gründe sind in Würdigung des Commcare-Entscheidunges nicht offensichtlich, weshalb auch die historische Auslegung mehrheitlich gegen eine weite Auslegung des Interkonnektionsbegriffs spricht.

2.2.3 Teleologische Auslegung

Die teleologische Auslegung stützt sich auf die Zweckvorstellung, die mit einer Rechtsnorm verbunden ist. Wie bei der systematischen Auslegung geht es auch bei der teleologischen Auslegung darum, eine Norm nicht isoliert, sondern im Kontext mit den Zielvorstellungen des Gesetzgebers zu betrachten. Immer aber muss der Zweck in der Norm selbst enthalten sein (Ulrich Häfelin/Walter Haller, a.a.O., Rz. 99).

Im Commcare-Entscheid weist das Bundesgericht auf den Zusammenhang zwischen der Interkonnectionspflicht im Allgemeinen und deren negative Auswirkungen auf die Investitionsbereitschaft der Marktteilnehmer sowie die daraus resultierenden innovationshemmenden Wirkungen auf den Telekommunikationsmarkt insgesamt hin. Bei einer umfassenden und sämtlichen nicht marktbeherrschenden Unternehmen zu gute kommenden Interkonnectionspflicht könne unter Umständen die Investitionsbereitschaft des zur Interkonnection verpflichteten Unternehmens leiden. Diese Gefahr bestünde insbesondere, wenn das verpflichtete Unternehmen gezwungen sei, die Infrastrukturkapazitäten zu erhöhen bzw. neue zu schaffen, für deren Benutzung jedoch lediglich kostenorientierte Preise verlangen dürfe. Soweit es um die Interkonnection im Bereich der Grundversorgung gehe, könnten sich diese mit der Interkonnectionsverpflichtung einhergehenden negativen Auswirkungen unter Umständen aus Gründen des öffentlichen Interesses rechtfertigen lassen, nicht jedoch wenn es um die Unterstellung von ausserhalb der Grundversorgung stehenden Angeboten unter die Interkonnectionspflicht gehe (vgl. Erw. 6 b).

Das Bundesgericht legt zudem besonderen Wert auf die Feststellung, dass die in der Schweiz geltende Interkonnectionsregelung im Zusammenhang mit der gesamten Wirtschaftsordnung zu stellen sei (vgl. Commcare-Entscheid Erw. 6. c) mit Literaturverweisen). Die Interkonnectionspflicht bilde lediglich eine besondere sektorielle Regelung, die zur übrigen preis- und wettbewerbsrechtlichen Ordnung hinzutrete und diese nicht ausschliesse. Diese Feststellung des Bundesgerichts enthält eine zweifache Aussage. Zum einen wird damit – wenn auch nicht ausdrücklich, so doch sinngemäss – festgestellt, dass die Interkonnectionsbestimmungen dergestalt ausgelegt werden müssen, dass beispielsweise kartell- oder lauterkeitsrechtliche Grundsätze soweit als möglich und sinnvoll in die Entscheidungen der Regulierungsbehörde einzufließen haben. Zum anderen wird verdeutlicht, dass neben der spezifischen Fernmeldegesetzgebung das Kartell-, Lauterkeits- und Preisüberwachungsrecht einzeln und gesondert auf fernmelderechtliche Tatbestände anwendbar ist.

Diese Argumentation überzeugt nicht. Ziel des Gesetzgebers war ein umfassender Wettbewerb insbesondere auf der Diensteebene. Mittel zur Erreichung dieses Zieles ist der Infrastrukturwettbewerb auf der einen Seite. Auf der anderen Seite ist der Aufbau von Alternativinfrastrukturen aber gerade im Anschlussbereich aufgrund der Bau- und Bewilligungsvorschriften sowie der nötigen Investitionen und deren Amortisationsfähigkeit zeitlich und finanziell äusserst aufwändig. Mit dem Interkonnectionsregime stellte der Gesetzgeber daher einen Mechanismus zur Verfügung, welcher das von ihm angestrebte Ziel in bestimmten Teilen der Wertschöpfungskette („essential facilities“) auch auf einem anderen Weg zu erreichen erlaubt. Der Gesetzgeber erachtete es also als unabdingbar, sektorspezifisches Wettbewerbsrecht zu schaffen und hat damit gerade nicht auf das allgemeine Kartell-, Wettbewerbs- oder Preisüberwachungsrecht vertraut. Diese Meinung wurde bisher auch von der WEKO vertreten (vgl. RPW/DPC 1999/3 375 ff. [Swisscom; Angebot von Mietleitungen] und RPW/DPC 2001/1 75 ff. [xDSL-Dienste Swisscom]).

Der Anschlussbereich ist das wichtigste Glied in der Kette zum funktionierenden Wettbewerb, insbesondere im lokalen Sprachtelefoniebereich und im Breitband-Datenbereich. Wenn daher die Gesuchsgegnerin den Mitbewerbern den Zugang zu ihren Teilnehmeranschlüssen verweigert, wird dies vermutlich den neuen Marktteilnehmern die Möglichkeit nehmen, überhaupt auf dem nationalen Markt bei den vorgenannten Diensten in Wettbewerb zu treten, und sie müssten sich auf solche regionalen und lokalen Märkte beschränken, auf denen es ihnen gelänge, Alternativnetze aufzubauen. Es ist höchst unwahrscheinlich, dass

alle diese alternativen Netze zusammen in absehbarer Zeit dem landesweiten Kupferkabelnetz der Gesuchsgegnerin gleichkommen und den gesamten Kundenkreis der alternativen Anbieterinnen bedienen können. Daher ist der Teilnehmeranschluss derzeit eine wesentliche Einrichtung, zu der die neuen Anbieterinnen Zugang erhalten müssen, um unter fairen Bedingungen landesweit mit der Gesuchsgegnerin auf den vorgenannten Märkten konkurrieren zu können. Die Entbündelung gäbe den neuen Anbieterinnen die Freiheit, innovative Dienste unabhängig von den Entscheidungen der Gesuchsgegnerin anzubieten. Sie würde es den neuen Anbieterinnen erlauben, ihre Kunden direkt mit neuen und auf die Bedürfnisse derselben zugeschnittenen Dienstleistungen bedienen zu können und eine wesentliche Preissenkung im multimedialen Breitband- und Lokalbereich zur Folge haben.

Die Entbündelung würde also zu einer weiteren Stimulierung des Wettbewerbs führen und hätte damit positive Effekte auf den Wirtschaftsstandort Schweiz und die schweizerische Volkswirtschaft.

Zusammenfassend muss gefolgert werden, dass der Gesetzgeber den wichtigsten Teil des Infrastrukturmarktes mit Sicherheit nicht ausklammern wollte. Dafür bestehen keinerlei Anhaltspunkte. Die Subsumption der Entbündelung der Teilnehmeranschlussleitung unter die Interkonnektionsbestimmungen stimmt daher mit dem vom Gesetzgeber verfolgten Zweck überein, den er mit der Interkonnektion verfolgt hat.

Auch die Überlegungen des Bundesgerichts betreffend die Investitions- und innovationshemmenden Auswirkungen der Interkonnektion werden von der ComCom nicht geteilt. Herrscht wirksamer Wettbewerb, so wird das optimale Investitionsverhalten automatisch ermittelt. Die Einführung der Entbündelung würde diesen ökonomischen Idealzustand einen grossen Schritt näher rücken lassen. Neue Anbieterinnen haben heute keine Möglichkeit, das Anschlussnetz der Gesuchsgegnerin zu nutzen und auf dessen Basis selbständig neue und innovative Dienste zu entwickeln und anzubieten. Wollen alternative Anbieterinnen Dienste anbieten, die von der Gesuchsgegnerin nicht unterstützt werden, bleibt ihnen nur der Aufbau einer kostspieligen eigenen Infrastruktur oder allenfalls der Einkauf von teuren Mietleitungen oder Übertragungskapazitäten bei der Gesuchsgegnerin, was aus volkswirtschaftlicher Sicht nicht unbedingt effizient ist. Könnten alternative Anbieterinnen dagegen zu kostenbasierten Preisen und nicht diskriminierenden Bedingungen auf entbündelte Teilnehmeranschlussleitungen zurückgreifen, hätten sie die Wahl ihre Kunden über das bestehende Kupfernetz oder mittels neu aufgebauter Infrastruktur zu bedienen. Somit würde letztlich der Markt bzw. der Kunde entscheiden, inwiefern das bestehende Netz der Gesuchsgegnerin ausgebaut und verbessert werden soll und unter welchen Umständen der Aufbau von neuen Netzen bzw. die Duplizierung der Infrastruktur sinnvoller ist. Die Einführung der Entbündelung hat auf die Investitionstätigkeit in das bestehende Anschlussnetz der marktbeherrschenden Anbieterin daher grundsätzlich keinen negativen Einfluss. Der normalerweise investitionstreibende Konkurrenzdruck fehlt bereits heute.

Die teleologische Auslegung der fernmelderechtlichen Interkonnektionsnormen führt aufgrund obiger Überlegung daher zum Ergebnis, dass eine Subsumption der Entbündelungsverpflichtung unter das geltende Recht dem vom Gesetzgeber vorgegebenen Ziel entsprechen würde.

2.2.4 Europarechtskonforme Auslegung

In einem Bereich, in dem die internationale Standardisierung und Legiferierung und somit die Notwendigkeit der internationalen Kompatibilität nationaler Regelungen einen besonders ausgeprägten Stellenwert einnimmt, darf sich die Frage nach dem Gehalt einer nationalen Regelungsnorm nicht alleine auf die herkömmlichen Auslegungsmethoden beschränken. Vielmehr hat die Beantwortung strittiger Interpretationsfragen auch unter Berücksichtigung der geltenden EU-Regelung zu erfolgen.

Die Schweiz ist kein Mitglied der EU. Weder für die Mitgliedstaaten verbindliche Rechtsakte wie Richtlinien und Verordnungen, noch unverbindliche Erlasse wie Empfehlungen, Leitlinien oder Mitteilungen haben einen zwingenden Einfluss auf die schweizerische Gesetzeslage und –praxis. Mit anderen Worten müssen die für die Mitgliedstaaten geltenden Regeln in der Schweiz weder auf einer völkerrechtlichen Verpflichtung basierend umgesetzt noch – falls es sich um self-executing Erlasse (Verordnungen) handelt – direkt angewendet werden (vgl. dazu Olivier Jacot-Guillarmod, *Traces de droit communautaire dans la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse*, in: G. C. Rodriguez Iglesias/O. Due/R. Schintgen/C. Elsen, *Mélanges en hommage à Fernand Schockweiler*, Nomos, Baden-Baden 1999, S. 216 ff.; so auch Thomas Cottier/Krista N. Schefer, *The relationship between World Trade Organization law, national and regional law*, in: *Journal of international economic law* 1/1998, S. 88 ff.).

Jedoch besteht zwischen der Schweiz und der EU eine intensive politische, kulturelle und wirtschaftliche Verflechtung. Eine solche Verflechtung, bei welcher der Anpassungsbedarf bedingt durch den ungleichen wirtschafts- und machtpolitischen Stellenwert der beiden Parteien auf Seiten der Schweiz liegt, kann nicht ohne Folgen auf die schweizerische Rechtslandschaft bleiben. Im Rahmen des autonomen Nachvollzugs des EU-Rechts ist die Schweiz seit Jahren bemüht, gewisse Anpassungen des schweizerischen Rechts bzw. der schweizerischen Rechtsauslegung und –anwendung vorzunehmen, das Schweizer Recht eurokompatibel auszugestalten. Bereits anfangs der 90-er Jahre haben die Swisslex-Vorlagen gezeigt, dass der Gesetzgeber die Notwendigkeit der rechtlichen Integration der Schweiz in der EU mittels Rechtsharmonisierung erkannt hat (zum Begriff der Kompatibilität mit dem europäischen Recht vgl. Bruno Spinner/Daniel Maritz, *EG-Kompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts: Vom autonomen zum systematischen Nachvollzug*, in: Peter Forstmoser/Hans Caspar von der Crone/Rolf H. Weber/Dieter Zobl, *Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz*, Schulthess, Zürich 1999, S. 127 ff.).

Aus handelspolitischen Gründen und unter Berücksichtigung der umfassenden Telekom-Liberalisierung innerhalb der EU wurde die Notwendigkeit einer mindestens europäischen Rechtsharmonisierung im Bereich des Fernmeldewesens erkannt und im Rahmen des FMG weitgehend umgesetzt. So wurden nicht zuletzt in der Voraussicht und im Willen, Rechtsentwicklungen innerhalb der EU auch in der Schweiz nachvollziehen bzw. auf dem Markt umsetzen zu können, relevante Begriffe im FMG wo nötig so neutral wie möglich formuliert: „*Wo die Europäische Union noch keine Regelungen getroffen hat, wurde der Entwurf so ausgestaltet, dass die künftige Rechtsentwicklung der Union – wie sie nach bisheriger Erfahrung zu erwarten ist – weitest möglich ohne Änderung des Gesetzes nachvollzogen werden kann*“ (Botschaft, a.a.O., S. 1473). Insbesondere sollte dem Ordnungsgeber die Möglichkeit eröffnet werden, „*die Übereinstimmung mit dem Recht der Union auch bei nicht vorhersehbaren Entwicklungen zu erreichen*“ (Botschaft, a.a.O., S. 1473). Zu diesen offenen, anpassungsfähigen und auslegungsbedürftigen Regelungen ist auch die Interkonnektionsregelung zu zählen. Aus dieser grundsätzlichen Feststellung ist jedoch nicht ohne weiters zu schliessen, dass die innerhalb der EU geltende rechtsverbindliche Entbündelungsverpflichtung, welche sich auf die unlängst erlassene Verordnung [EG] Nr. 2887/2000 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2000 über den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss (nachfolgend: VO 2887/2000) stützt, unter die offen formulierte schweizerische Interkonnektionsregelung zu subsumieren ist.

Gestützt auf die Erwägungen 9 b) des Commcare-Entscheidunges ist bei der Frage des autonomen Nachvollzugs im Telekommunikationsbereich eine differenzierte Betrachtungsweise angezeigt. Mit der im Rahmen der Ordnungsänderung vom 5. April 2000 vorgenommenen Änderung von Art. 1 lit. b FDV wurde ein Verweis auf die Richtlinie 92/44/EWG des Rates vom 5. Juni 1992 zur Einführung des offenen Netzzugangs bei Mietleitungen (nachfolgend: RL 92/44) explizit in den Verordnungstext aufgenommen. Damit wurde die europäische Definition der Mietleitung in das schweizerische Recht integriert. Ein weiteres Mal findet RL 92/44 in Art. 14 Abs. 1 FDV Erwähnung, in welchem der Angebotszwang für unterversorgte Gebiete geregelt wird. Gemäss Bundesgericht stellt diese explizite Erwähnung einer EU-Richtlinie ein Beispiel

des autonomen Nachvollzugs europäischen Rechts im schweizerischen Recht dar. Trotz der erwähnten Absicht des Bundesrates, die schweizerische Fernmeldegesetzgebung so offen und neutral als möglich zu formulieren, drängt sich demnach der Schluss auf, dass der Gesetz- bzw. Verordnungsgeber die Übernahme einer europäischen Regelung in einem klar definierten Bereich nicht stillschweigend und somit mittels Auslegung zu vollziehen beabsichtigte.

Dies dürfte gemäss Bundesgericht umso mehr zuzutreffen, je eindeutiger sich eine von der Schweiz geplante Regulierungsmassnahme mit einer in der EU bereits auf Stufe Legislative geregelten Materie, wie dies gerade auch in der vorliegend zur Diskussion stehenden Frage der Entbündelung des Anschlussnetzes der Fall ist, deckt. Im Bereich der Mietleitungen wurde ein Verweis auf die EU-Regelung vorgenommen. Ein Verweis auf die entsprechende EU-Regelung im Bereich der Interkonnektion, auf welche sich die Entbündelungsverpflichtungen vor Inkrafttreten der VO 2887/2000 stützten, so etwa die Richtlinie 97/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Juni 1997 über die Zusammenschaltung in der Telekommunikation im Hinblick auf die Sicherstellung eines Universaldienstes und der Interoperabilität durch Anwendung der Grundsätze für einen offenen Netzzugang (ONP) oder die Richtlinie 98/10/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 1998 über die Anwendung des offenen Netzzugangs (ONP) beim Sprachtelefondienst und den Universaldienst im Telekommunikationsbereich in einem wettbewerbsorientierten Umfeld, fehlt jedoch gänzlich. Hätte der Verordnungsgeber den Willen gehabt, die in der EU geltende Regelung im Bereich der Interkonnektion, namentlich der Entbündelung der Anschlussnetze, in der Schweiz zur Anwendung zu bringen, so wären die entsprechenden EU-Richtlinien bei der Verordnungsrevision 2000 in die FDV rezipiert worden. Dies hat der Verordnungsgeber jedoch unterlassen.

Für das Bundesgericht ist klar, dass sich ein expliziter Verweis auf die relevante EU-rechtliche Regelung im Bereich der Interkonnektion bzw. Entbündelung des Anschlussnetzes aufdrängt, was sich auch aus dem Umstand ergibt, dass die Entbündelungspflicht für das zur Interkonnektion verpflichtete marktbeherrschende Unternehmen im Normalfall teilweise schwerwiegende rechtliche und ökonomische Folgen nach sich zieht (z.B. beschränkte Nutzungsmöglichkeiten eigener Netzinfrastruktur, Kollokation etc., siehe dazu vorne 2.2.1 und 2.2.2). Derartige Eingriffe in die Rechts- und Marktstellung einer natürlichen oder juristischen Person bedürfen nach Auffassung des Bundesgericht und in Würdigung des Vorstehenden einer expliziten Grundlage auf Gesetzes- bzw. Verordnungsstufe.

2.2.5 GATS/WTO als Grundlage für die Entbündelungspflicht

Das am 1. Januar 1996 in Kraft getretene Dienstleistungsabkommen GATS (General Agreement on Trade in Services, SR 0632.20, S. 313 ff., AS 1995 S. 2418 ff.) bildet einen integralen Bestandteil des Übereinkommens zur Errichtung der Welthandelsorganisation (WTO). Das GATS stellt, neben dem Warenhandelsabkommen und dem Abkommen über das geistige Eigentum, einen der drei Pfeiler der Welthandelsorganisation dar. Es ist grundsätzlich auf alle Dienstleistungssektoren und auf alle Erscheinungsformen des internationalen Dienstleistungsgeschäfts anwendbar und besteht aus einem Rahmenabkommen, mehreren Anhängen sowie aus den Verpflichtungs- und den Ausnahmelisten der Mitglieder. Die für den Fernmeldemarkt geltenden Regeln sind im „Anhang über Telekommunikation“ (SR 0.632.20, S. 351 ff.) festgehalten. Die Verpflichtungslisten der Mitglieder bestimmen zusammen mit den nationalen Befreiungen von der Meistbegünstigungspflicht die konkreten Marktzugangsrechte für ausländische Dienstleistungserbringer (Botschaft GATT, BBl 1994 IV, S. 243). Bei der Verpflichtungsliste handelt es sich um eine einseitige, völkerrechtliche Verpflichtungserklärung.

Am 5. Februar 1998 ist das 4. Protokoll betreffend den Anhang zu den Verhandlungen über Basis-Telekommunikationsleistungen des Allgemeinen Abkommens über den Handel mit Dienstleistungen (SR 0632.20, S. 356 f., AS 1998 S. 2049 ff.) in Kraft getreten. Diesem 4.

Protokoll ist wiederum eine sehr präzise Liste über spezifische Verpflichtungen ("Verpflichtungsliste") beigefügt. Dies ist im Übrigen der einzige Bereich des WTO-Rechts mit sektorspezifischen Wettbewerbsbestimmungen. Die Gesuchstellerin macht geltend, die von der Schweiz im Rahmen dieser Verpflichtungsliste eingegangenen Verpflichtungen stellen eine direkt anwendbare Grundlage für den Anspruch auf den entbündelten Zugang zum Anschlussnetz dar.

Im Commcare-Entscheid, in welchem die Frage nach der direkten Anwendbarkeit der GATS-Telekomregeln ebenfalls zu beurteilen war, verweist das Bundesgericht auf seine bisherige Rechtsprechung. Gemäss dieser Rechtsprechung hat es bisher abgelehnt, aus den GATS-Regeln über die Telekommunikation unmittelbar anwendbare Rechte abzuleiten, auf welche sich die FDAs direkt berufen könnten (vgl. Commcare-Entscheid Erw. 9 c). So hielt das Bundesgericht in BGE 125 II 293 fest, dass die im GATS enthaltenen Regeln betreffend den Telekommarkt lediglich die Signatarstaaten verpflichteten. Dies bedeute, dass diese Regeln den FDAs gegenüber keine unmittelbaren rechtlichen Wirkungen entfalten würden.

Das Bundesgericht kam im Commcare-Entscheid aber zum Schluss, dass die Frage der direkten Anwendbarkeit der GATS-Regeln im konkreten Fall gar nicht beurteilt werden müsse, da die für die Schweiz relevanten GATS-Regeln ohnehin keinen subjektiven Anspruch auf Entbündelung der Anschlussleitung verleihen würden. Das Bundesgericht beurteilt das GATS-Recht als zu vage, um daraus eine Entbündelungsverpflichtung für marktbeherrschende Unternehmen abzuleiten.

Ob diese bundesgerichtliche Feststellung zutrifft, kann dahin gestellt bleiben. Entscheidend für den vorliegenden Fall ist vielmehr der vom Bundesgericht bestätigte Grundsatz, gemäss welchem die in den GATS-Grundlagen enthaltenen Telekomregeln nicht direkt anwendbar sind.

Im Ergebnis kann der Gesuchstellerin somit auch nicht aufgrund der von der Schweiz eingegangenen GATS-Verpflichtungen das Recht auf entbündelten Zugang zu den Anschlussleitungen der Gesuchsgegnerin zugesprochen werden.

Auf eine völkerrechtskonforme Auslegung des schweizerischen Interkonnektionsregimes wurde aufgrund des bisherigen und nachstehend zusammengefassten Auslegungsergebnisses verzichtet.

2.2.6 Fazit

Im Rahmen des Telekomliberalisierungsprozesses stellt die Interkonnektionspflicht ein zentrales Steuerungselement dar. In der Botschaft zum FMG hielt der Bundesrat fest, dass marktbeherrschende Anbieterinnen neuen Konkurrenten nicht mit prohibitiven Preisen und technischen Auflagen den Zugang zum Netz verbauen können sollen. So müsse die ehemalige Telecom PTT (die Gesuchsgegnerin im vorliegenden Verfahren) in Marktsegmenten, die sie auch nach 1998 noch dominiere, den Konkurrenten den Netzzugang zu angemessenen Bedingungen ermöglichen (Botschaft, a.a.O., S. 1418 f.). Eine sehr wichtige Voraussetzung für einen funktionierenden Wettbewerb im Fernmeldewesen ist der Zugang zum Anschlussbereich. Diesen aus dem wichtigsten Liberalisierungsinstrument, dem Interkonnektionsregime, auszuklammern, ist mit den Zielvorgaben und Zweckbestimmungen des FMG nicht kompatibel. Eine Auslegung des Interkonnektionsbegriffs in Richtung Entbündelungsverpflichtung liesse sich mit diesem teleologischen Auslegungselement rechtfertigen.

Diese konsumenten- und wettbewerbsfreundliche Sichtweise darf jedoch für die Frage der Entbündelungsverpflichtung nicht allein entscheidend sein. Die Pflicht, das Anschlussnetz alternativen FDAs in den drei Formen „Full Access“ (vollständig entbündelter Zugang), „Shared Line Access“ (Gemeinsamer Zugang) und „Bitstream Access“ (Bitstrom-Zugang) zugänglich zu machen, stellt einen schweren Eingriff in die rechtliche, wettbewerbliche und ökonomische Stellung der Gesuchsgegnerin dar. Je schwerer ein Eingriff in die Integrität einer natürlichen oder juristischen Person wiegt, umso höhere Anforderungen sind an die

gesetzlichen Grundlagen zu stellen, gestützt auf welche der Eingriff erfolgt. Der Argumentation des Bundesgerichts im Commcare-Entscheid folgend bedeutet dies für den vorliegenden Fall, dass der von der Gesuchstellerin beantragte entbündelte Zugang zu den Teilnehmeranschlussleitungen mindestens auf Verordnungsstufe in den Interkonnektionspflichten marktbeherrschender Unternehmen explizit erwähnt sein müsste. Die Auferlegung einer Entbündelungsverpflichtung ohne entsprechende rechtliche Grundlage würde das Legalitätsprinzip verletzen.

In Würdigung der bundesgerichtlichen Überlegungen im Commcare-Entscheid vom 3. Oktober 2001 und der dort vorgenommenen Gewichtungen ist daher festzustellen, dass die Entbündelung der Teilnehmeranschlussleitung keinen Anwendungsfall der Interkonnektion darstellt. Gestützt auf die Auslegungsergebnisse des Bundesgerichts drängt sich auch für das vorliegende Verfahren der Schluss auf, dass die bestehenden Interkonnektionsnormen keine ausreichende Grundlage für den von der Gesuchstellerin beantragten entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschlussnetz der Gesuchsgegnerin bilden. Es liegt am Gesetzgeber bzw. am Bundesrat, die entsprechenden Grundlagen auf dem Wege der Rechtsetzung zu schaffen.

2.3 Marktbeherrschung

Interkonnektionspflichten können gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG nur marktbeherrschenden FDAs auferlegt werden. Zwar kam die WEKO in ihrem Gutachten vom 19. März 2001 zum Schluss, dass die Gesuchsgegnerin auf dem Markt für Breitbandinfrastruktur über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Aufgrund des vorstehend erläuterten Auslegungsergebnisses erübrigt sich aber eine weitere Auseinandersetzung mit dem erwähnten Gutachten.

(...)

Das Interkonnektionsgesuch vom 31. Juli 2000 wird abgewiesen.

(...)