



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,

vom 24. September 2003

in Sachen

TDC Switzerland AG, Thurgauerstrasse 60, 8050 Zürich

Gesuchstellerin

gegen

Swisscom Fixnet AG, 3050 Bern

Gesuchsgegnerin

betreffend

Interkonnektion

**Vorsorgliche Massnahmen im Interkonnektionsverfahren
Mietleitungen**

I Sachverhalt und Prozessgeschichte

Am 29. Juli 2003 hat die Gesuchstellerin bei der Kommunikationskommission (ComCom) drei Gesuche auf Verfügung der Bedingungen für verschiedene Interkonnectionsdienste eingereicht:

1. gemeinsamer Zugang und vollständig entbundelter Zugang (AZ Nr. 367/9-15),
2. schneller Bitstromzugang (AZ Nr. 367/9-16) und
3. Mietleitungen (AZ Nr. 367/9-17)

Die Gesuchstellerin beantragt im Gesuch betreffend die Mietleitungen, dass im Sinne von vorsorglichen Massnahmen provisorisch verfügt werde,

1. dass ihr nicht diskriminierend von der Gesuchsgegnerin das gleiche Mietleitungsangebot gemacht werden müsse, wie diese es allen anderen Fernmeldedienstanbieterinnen und insbesondere den eigenen Konzerngesellschaften anbietet;
2. dass die Gesuchsgegnerin zu verpflichten sei, sämtliche Preise und preisunabhängigen Bedingungen von Mietleitungsprodukten, die von ihr wholesalemässig angeboten werden, transparent offen zu legen;
3. dass die von der Gesuchstellerin im Anhang C verlangten Lieferzeiten und Verfügbarkeiten der Mietleitungen und die Entschädigungszahlen im Falle der Nichterfüllung derselben angeordnet werden.

Die Gesuchsgegnerin hat zu diesen Anträgen am 27. August 2003 Stellung genommen und die Abweisung der verlangten vorsorglichen Massnahmen beantragt.

II Rechtliches

1 Formelles

Im Falle von Interkonnectionsstreitigkeiten verfügt die ComCom die Bedingungen nach markt- und branchenüblichen Grundsätzen, wenn innert dreier Monate zwischen der zur Interkonnection verpflichteten Anbieterin und der Nachfragerin keine Einigung zustande kommt. Sie kann dabei auf Begehren einer Partei oder von Amtes wegen vorsorgliche Massnahmen verfügen, um die Interkonnection während des Verfahrens sicherzustellen (Art. 11 Abs. 3 des Fernmeldegesetzes (FMG; SR 784.10) i.V.m. Art. 55 der Verordnung über Fernmeldedienste (FDV; 784.101.1)).

Die Gesuchstellerin hat mit Schreiben vom 24. März 2003 die Gesuchsgegnerin um Aufnahme von Verhandlungen über ein Angebot von Mietleitungen zu Interkonnectionsbedingungen 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 Interkonnectionsvertrages führten. Mit Schreiben vom 16. Juni 2003 teilte die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin mit, dass sie nicht bereit sei, ein "reguliertes Angebot für Mietleitungen zu unterbreiten". Damit ist die 3-monatige 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

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 Justizverfassungsrecht des Bundes, S. 212, Rz. 1093; BGE 127 II 138, 141).

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 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^{bis} FDV unter anderem die Mietleitungen 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 Interkonnektionsverfahrens letztmals im Gutachten vom 7. Februar 2000 zur Situation im Mietleitungsmarkt geäussert. Dabei kam sie zum Schluss, dass die Gesuchsgegnerin den Markt für Mietleitungen im Anschlussbereich beherrsche. Obschon sich in der Zwischenzeit der Telekommarkt in einigen Bereichen stark entwickelt hat, sind insbesondere im Markt für Mietleitungen im Anschlussbereich kaum Veränderungen eingetreten. So gibt es schweizweit ausser der Gesuchsgegnerin wohl kaum eine andere Anbieterin, welche Zugang zu allen Haushalten hat und diesen auch in Form von Mietleitungen Dritten direkt oder zum Wiederverkauf zur Verfügung stellt. So bieten insbesondere die von der Gesuchsgegnerin erwähnten Kabelnetzbetreiber ihre Leitungen eben gerade nicht als Mietleitungen an. Zudem basiert der Markt für Mietleitungen im Anschlussbereich auf dem ordentlichen Anschlussnetz der Gesuchsgegnerin, auf dem diese auch ihre Breitbanddienste anbietet. Zum Breitbandmarkt hat sich WEKO in ihrem Gutachten vom 19. März 2001 (diax

gegen Swisscom AG) 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 in einem Verfahren gegen die Gesuchsgegnerin wegen unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG – allerdings bei einer nur summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage – im Wesentlichen beibehalten. Damit deutet vieles darauf hin, dass auch für die Frage der Marktbeherrschung mindestens betreffend die Mietleitungen im Anschlussbereich eine positive Hauptsachenprognose gestellt werden kann, auch wenn die letzte spezifische Analyse des gesamten Mietleitungsmarktes durch die WEKO bereits drei Jahre zurückliegt und sich der Telekommarkt grundsätzlich immer noch schnell weiterentwickelt.

In Würdigung der vorstehenden Ausführungen ist die Hauptsachenprognose zwar nicht völlig eindeutig, doch eher positiv.

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 sie aufgrund des nicht transparenten Angebots und der überhöhten Preise der Gesuchsgegnerin keine kompetitiven Mietleitungsangebote machen könne, ohne Verluste in Kauf nehmen zu müssen. Die Gesuchsgegnerin habe jahrelang von ihrer vorteilhaften Position profitiert und so möglichst viele Kunden an sich gebunden. Zudem bemängelt sie die fehlende Transparenz. Die Preisgestaltung der Gesuchsgegnerin sei nicht nachvollziehbar und kontrollierbar. Das habe zur Folge, dass die Gesuchsgegnerin interne Kunden bevorzuge. Zudem würden die neuen Fernmeldedienstanbieterinnen gegenüber den Konzerngesellschaften der Swisscom-Gruppe hinsichtlich der Preise und des Service Levels diskriminiert.

Die Gesuchsgegnerin sieht für die Gesuchstellerin keinen Nachteil, da der Gesuchstellerin das gesamte Mietleitungsangebot der Gesuchsgegnerin zu Wholesale- oder Retailbedingungen offen stehe.

Wenn die Gesuchstellerin im Bereich ihres Mietleitungsangebots effektiv Verluste machen würde, so könnte dies zwar einen Nachteil darstellen. Dieser Nachteil könnte allerdings nur mit einer Reduktion der Preise behoben werden. Da die Gesuchstellerin im vorliegenden Massnahmeverfahren aber ausdrücklich keine Preise verfügt haben will, müssen die kommerziellen Aspekte ihrer angeblichen Benachteiligung offen bleiben.

Auch der Vorwurf der unzulässigen Marktabschöpfung durch die Gesuchsgegnerin bzw. die aufgrund der geringen Wechselbereitschaft der Kundschaft im Telekombereich kaum mehr korrigierbaren Marktverteilung kann in diesem Zusammenhang nicht gehört werden. Das Bundesgericht hat in seinen bisherigen Entscheidungen zu vorsorglichen Massnahmen in Interkonnectionsverfahren 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 aber die Gesuchsgegnerin ihr Mietleitungsangebot allen Fernmeldedienstanbieterinnen zur Verfügung stellt und diese ihren Kunden darauf basierende Dienstleistungsangebote unterbreiten können, steht der Gesuchstellerin und der Öffentlichkeit ein Mietleitungsangebot zur Verfügung.

Damit bleibt schliesslich noch zu prüfen, ob die von der Gesuchstellerin behauptete Diskriminierung ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil ist. Diese Behauptung kann im Rahmen einer nur summarischen Prüfung der Sachlage nicht verifiziert werden. Aufgrund der Tatsache, dass die Gesuchsgegnerin ihre Preisfestlegungsgrundsätze und die Rabattsysteme nicht offenlegt, liegt die Vermutung aber nahe, dass sie die einzelnen Fernmeldedienstanbieterinnen unterschiedlich behandelt und ihren Konzerngesellschaften allenfalls bessere Bedingungen gewährt.

Eine konkrete Schlechterstellung der Gesuchstellerin gegenüber den eigenen Kunden der Gesuchsgegnerin oder ihren Konzerngesellschaften wäre auf jeden Fall ein wirtschaftlicher Nachteil zulasten der Gesuchstellerin. Wenn die Benachteiligung so stark wäre, dass die Gesuchstellerin aufgrund der fehlenden wirtschaftlichen Konkurrenzfähigkeit ihrer Produkte oder der mangelnden Servicequalität Kundinnen und Kunden verlieren würde, so müsste nach Auffassung der ComCom eingedenk der unbestritten kleinen Wechselbereitschaft der Schweizer Telekomkundschaft sogar von einem nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil gesprochen werden.

Das Bundesgericht hat aber in seinen bisherigen Entscheiden zur Praxis der ComCom beim Erlass von vorsorglichen Massnahmen eine andere Gewichtung vorgenommen. Das Bundesgericht bezeichnet die sich gegenüberstehenden privaten Interessen – Wahrung des Marktvorsprungs oder von allfälligen Geschäftsgeheimnissen für die Gesuchsgegnerin einer-

seits und bessere Bedingungen für den Markteintritt bzw. -verbleib der Gesuchstellerin andererseits – als ungefähr gleichwertig. Es erachtet in diesem Zusammenhang 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 wiedergutzumachenden Nachteil (BGE 2A.206/2001 vom 24.7.2001; Erw. 5a in Sachen Swisscom vs. TDC (Mobilterminierung) und BGE 127 II 139). Dies wurde von der Gesuchstellerin nicht geltend gemacht.

Im vorliegenden Fall geht es allerdings nicht um den Ausgleich von finanziellen Interessen durch eine vorsorgliche Preisfestsetzung (BGE 2A.206/2001 vom 24.7.2001) oder um die vorsorgliche Verpflichtung zur Bereitstellung einer Dienstleistung (BGE 127 II 139), sondern um die Schaffung einer transparenten und nicht diskriminierenden Ausgangslage bis zum Hauptentscheid. Ob die Gesuchstellerin unter diesem Gesichtspunkt durch den Nichterlass der beantragten vorsorglichen Massnahmen einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erleidet, kann aber offen bleiben, weil die anzuordnenden Massnahmen letztlich nicht verhältnismässig wären.

2.4 Dringlichkeit

Eine vorsorgliche Massnahme ist dringlich, wenn ohne ihre Anordnung der befürchtete Nachteil vor Erlass des Hauptentscheids eintreten wird.

Falls das Vorliegen eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils aus den vorstehenden Gründen bejaht würde, wäre die Beseitigung der Diskriminierung und die Schaffung der verlangten Transparenz zweifelsohne auch dringlich. Bei der nicht sofortigen Beseitigung bzw. Verhinderung der behaupteten Diskriminierung würde die Gesuchstellerin entweder bisherige Kundinnen oder Kunden verlieren, ein nicht konkurrenzfähiges Angebot aufrechterhalten und möglicherweise quersubventionieren müssen oder neue Kundschaft nicht acquirieren können. Dies zeitigt kurz- und langfristige Auswirkungen, denn nicht gewonnene oder verlorene Kundschaft ist unbestrittenermassen auch auf längere Zeit hinaus kaum mehr zurückzuholen. Damit würden die erwähnten Nachteile vor Erlass des Hauptentscheides eintreten.

2.5 Verhältnismässigkeit

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 ge-

eignet 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.

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 werden. 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 Markt (z.B. der Markt für Mietleitungen) während eines laufenden Interkonkurrenzverfahrens 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 Dienstleistungsangebote auf den Markt zu bringen. Dies wäre auch mit dem Zweckartikel des FMG unvereinbar.

Soweit die Gesuchstellerin mit den beantragten vorsorglichen Massnahmen überhaupt eine vom bisherigen Mietleitungsangebot der Gesuchsgegnerin abweichende Dienstleistung erwirken könnte, würde zwar allenfalls erreicht, dass die Gesuchstellerin zu besseren Bedingungen in die den Märkten für die geforderten Interkonnektionsdienstleistungen nachgelagerten Telekommunikationsmärkte (z.B. für breitbandige Datenübermittlungsdienste oder Grosskundenanschlüsse) eintreten bzw. ihre Dienstleistungen gestützt darauf weiterentwickeln könnte, statt bei Entscheiderlass 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 unmittelbar gefährdete Interessen für die Dauer des Verfahrens sichergestellt und keine Sachzwänge geschaffen werden, die das Ergebnis des Hauptverfahrens vorwegnehmen (BGE 2A.142/2003 vom 5.9.2003 i.S. Teleclub AG vs. Cablecom AG).

2.5.3 Mittel – Zweck Relation

Eine Massnahme, die umfangreiche Investitionen von der Gesuchsgegnerin verlangt, ist einschneidender 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 kaum vom Mietleitungsangebot der Gesuchsgegnerin unterscheidet, ist davon auszugehen, dass für dessen Umsetzung von der Gesuchsgegnerin keine grossen Investitionen oder Aufwendungen getätigt werden müssten.

Auch die verlangte Offenlegung der Preise und preisunabhängigen Bedingungen aller Mietleitungsprodukte kann für die Gesuchsgegnerin keinen grossen Aufwand bedeuten. Die entsprechenden Kalkulationskriterien und –instrumente müssen intern bereits vorhanden sein.

Entschieden aufwändiger dürfte aber eine allfällige Neuberechnung des gesamten Mietleitungsportfolios der Gesuchsgegnerin sein, falls sich herausstellen sollte, dass diese von der Gesuchsgegnerin effektiv diskriminiert worden ist. Auch dieser Aufwand wäre noch zu vertreten, wenn er nur die Gesuchstellerin betreffen würde. Da bei einem gutheissenden Entscheid aber wohl viele Folgegesuche von anderen Anbieterinnen gestellt würden, müssten schliesslich wahrscheinlich Tausende von Mietleitungen neu gerechnet werden. Die Umsetzung dieser Massnahmen dürfte für die Gesuchstellerin einen erheblichen Personal- und Informatikaufwand zur Folge. Obschon dieses Resultat bei auf zwei Parteien beschränkten Interkonktionsverfahren 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 definitiven Klärung der Rechtslage getätigt würden (BGE 125 II 625, 127 II 141).

Gleiches gilt für eine vorsorgliche Anpassung des gesamten Service Levels durch die Gesuchsgegnerin und der damit zusammenhängenden Prozesse.

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 Interkonktion anbieten will (BGE 127 II 139). Wie vorstehend unter Ziff. 2.3 ausgeführt, basieren verschiedene Dienstleistungen von andern Fernmeldedienstleisterinnen auf von der Gesuchsgegnerin bezogenen Mietleitungen. Damit besteht kein das öffentliche Interesse überwiegendes privates Interesse der Gesuchstellerin an einer provisorischen Besserstellung ihrer Situation.

2.6 Zusammenfassung

Trotz einer eher positiven Hauptsachenprognose ist das Gesuch um Erlass der beantragten vorsorglichen Massnahmen abzulehnen. Mit den von der Gesuchstellerin verlangten vorsorglichen Massnahmen kann der Entscheid in der Hauptsache nicht im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sichergestellt werden. Zudem wäre der mit der Umsetzung der Massnahmen verbundene Aufwand unverhältnismässig und es besteht kein überwiegendes öffentliches Interesse an deren Erlass. Die Anordnung der verlangten Massnahmen würde daher das Verhältnismässigkeitsprinzip verletzen.

(...)

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 Mietleitungen wird abgewiesen.

(...)