



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: Marc Furrer, Präsident, Christian Bovet, Vizepräsident,
Monica Duca Widmer, Reiner Eichenberger, Pierre-Gérard
Fontolliet, Beat Kappeler, Hans-Rudolf Schurter

vom 28. Februar 2005

in Sachen

TDC Switzerland AG, Thurgauerstrasse 60, 8050 Zürich

Gesuchstellerin

gegen

Swisscom Fixnet AG, Hauptsitz, Alte Tiefenastrasse 6, 3050 Bern

Gesuchsgegnerin

betreffend

**Interkonnektion /
Gesuch um Mietleitungen**

I Prozessgeschichte

Am 29. Juli 2003 reichte die Gesuchstellerin bei der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom) ein Gesuch um Erlass einer Verfügung betreffend Interkonnektion mit den folgenden Anträgen ein:

1. *„Swisscom Fixnet sei zu verpflichten, rückwirkend auf den 1. April 2003 sunrise Interkonnektion für den Dienst „Mietleitungen“ zu transparenten und kostenorientierten Preisen auf nichtdiskriminierende Weise in der in Anhang A definierten Form zu gewähren, wobei der Dienst Mietleitungen sämtliche Angebote umfasst, welche die Swisscom-Gruppe heute und in Zukunft ihren Wholesale-, Geschäfts- und Privatkunden anbietet.*
2. *Swisscom Fixnet sei zu verpflichten, sämtliche Preise und preisunabhängigen Bedingungen von Mietleitungsprodukten, die von Swisscom Fixnet wholesalemässig angeboten werden, transparent offen zu legen.*
3. *Die Konditionen für den Interkonnektionsdienst „Mietleitungen“ seien gemäss den Anhängen A (technische Umsetzung), B (Preise) und C (Service Level Agreement) zu diesem Gesuch zu verfügen.*
4. *Soweit die Konditionen zur Erbringung des Interkonnektionsdienstes „Mietleitungen“ auf Grund des zu fällenden Interkonnektionsentscheides Anpassungen auf Seiten der Swisscom notwendig machen, sei Swisscom Fixnet zu verpflichten, diese innert 3 Monaten seit Rechtskraft der ComCom-Verfügung zu implementieren.*
5. *Antrag 1 sei insoweit und mit Ausnahme der Preise provisorisch zu verfügen, als dass Swisscom Fixnet sunrise nichtdiskriminierend das gleiche Mietleitungsangebot machen muss, wie sie es allen anderen Fernmeldedienstanbieterinnen und insbesondere den eigenen Konzerngesellschaften anbietet.*
6. *Antrag 2 sei provisorisch zu verfügen.*
7. *Antrag 3 sei insoweit provisorisch zu verfügen, als von Swisscom Fixnet garantierte Lieferzeiten und Verfügbarkeiten der Mietleitungen und Entschädigungszahlungen im Falle der Nichterfüllung derselben (Anhang C) verlangt werden.*

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.“

Die Gesuchsgegnerin beantragte die Abweisung des Gesuchs.

Mit Verfügung vom 24. September 2003 wies die ComCom das in den Anträgen 5-7 gestellte Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen ab.

Das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) hat ausgehend von den Vorschlägen der Parteien Bedingungen der Interkonnektion für Mietleitungen entwickelt. Es hat die Parteien am 18. Februar 2004 zu einem Instruktionstreffen betreffend diese Bedingungen eingeladen. Gleichzeitig hat es die Anforderungen an den von der Gesuchsgegnerin zu erbringenden Kostennachweis dargelegt. Die Gesuchsgegnerin hat es abgelehnt, an einem Instruktionstreffen teilzunehmen. Am 6. Mai 2004 hat das BAKOM erneut die Anforderungen an den

Kostennachweis dargelegt und die Gesuchsgegnerin zur schriftlichen Erbringung dieses Nachweises bis 6. August 2004 aufgefordert. Auf die Antwort der Gesuchsgegnerin vom 10. Juni 2004 hin hat das BAKOM die Gesuchsgegnerin am 30. Juni 2004 erneut auf die Anforderungen an den Kostennachweis hingewiesen, ebenso – nach Erhalt von Kostennachweisinformationen am 2. August 2004 – am 5. August 2004. Am 13. Oktober 2004 hat das BAKOM den Parteien mitgeteilt, dass es den Kostennachweis als nicht erbracht ansehe. Es werde deshalb die Interkonnektionskosten anhand von markt- und branchenüblichen Vergleichswerten bestimmen und sich für diese Arbeit von externen Beratern unterstützen lassen.

Auf der Basis einer vom BAKOM durchgeführten Marktbefragung hat die Wettbewerbskommission mit Gutachten vom 12. Oktober 2004 Marktbeherrschung der Gesuchsgegnerin für Mietleitungen festgestellt.

Am 1. Oktober 2004 (bei der ComCom am 10. November 2004 mit Begründung eingegangen) hat das Bundesgericht in den Verfahren 2A.586/2003 und 2A.587/2003 (Festlegung der Interkonnektionspreise nach LRIC) entschieden, beim Beizug von Beratern durch die Instruktionsbehörde sei den Parteien Gelegenheit zu geben, sich zur Unbefangenheit dieser Berater zu äussern. Auch im vorliegenden Verfahren hat das BAKOM Berater beigezogen. Es hat die Parteien mit Schreiben vom 22. November 2004 zur ausgewählten Beraterfirma sowie zu deren im Mandat mitwirkenden Mitarbeitern angehört.

Am 30. November 2004 hat das Bundesgericht in einem anderen Verfahren betreffend vollständig entbündelten und gemeinsamen Zugang zum Teilnehmeranschluss über die Beschwerde der Gesuchsgegnerin gegen den Teilentscheid der ComCom vom 19. Februar 2004 zur Rechtsgrundlage entschieden (Urteil 2A.178/2004).

Mit Schreiben vom 6. Januar 2005 teilte die Instruktionsbehörde den Parteien mit, dass sie den Sachverhalt nach dieser Bundesgerichtsentscheid als liquid erachte, weshalb auf weitere Beweiserhebungen verzichtet und bei der ComCom Antrag auf Erlass der Interkonnektionsverfügung gestellt werde. Auf entsprechende Aufforderung hin meldete keine der Parteien ein Interesse an einer Schlichtungsverhandlung an.

II Rechtliches

1 Formelles

1.1 Verzicht auf Schlichtungsverhandlung

Die Parteien verzichteten auf die Durchführung einer Schlichtungsverhandlung gemäss Art. 57 der Verordnung über Fernmeldedienste (FDV, SR 784.101.1).

1.2 Keine Anhörung der Parteien zum Entscheidantrag

Die Instruktionsbehörde hat im vorliegenden Verfahren ein Beratungsunternehmen beigezogen. Das Bundesgericht hat in den Verfahren 2A.586/2003 und 2A.587/2003 zum Ausgleich für den mit dem Beizug von Beratern verbundenen Transparenzverlust eine Anhörung der Parteien zum Antrag der Instruktionsbehörde an die ComCom verlangt. Im vorliegenden Verfahren beruhen der Antrag des BAKOM und die Entscheidung der ComCom aber – aufgrund des unterdessen ergangenen Bundesgerichtsentscheids 2A.178/2004 vom 30. November 2004¹ – in keinem Punkt auf der Arbeit von Beratern. Daher erübrigt sich insoweit – wie gemäss dem Urteil des Bundesgerichts im Regelfall – die Anhörung der Parteien zum Verfügungsantrag der Instruktionsbehörde.

2 Materielles

2.1 Interkonnektion

Gemäss Art. 11 Abs. 1 des Fernmeldegesetzes (FMG, SR 784.10) ist eine marktbeherrschende Anbieterin zur Interkonnektion verpflichtet.

Eine marktbeherrschende Anbieterin hat Interkonnektion nach den Grundsätzen einer transparenten und kostenorientierten Preisgestaltung auf nichtdiskriminierende Weise zu erbringen (Art. 11 Abs. 1 Satz 1 FMG). Ansonsten verfügt die ComCom die Bedingungen der Interkonnektion nach markt- und branchenüblichen Grundsätzen (Art. 11 Abs. 3 Satz 1 FMG).

Die Interkonnektionspflicht setzt zunächst voraus, dass es sich bei den Parteien um Fernmeldediensteanbieterinnen handelt, was vorliegend der Fall ist.

Ferner muss es sich beim Nachfragegegenstand um eine Interkonnektionsleistung handeln.

¹ Erwägung 3.4.

2.2 Mietleitungen keine Interkonnektion (gemäss Rechtssprechung BGer)

Interkonnektion wird gemäss dem Wortlaut von Art. 3 lit. e FMG definiert als „die Verbindung von Fernmeldeanlagen und Fernmeldediensten, die ein fernmeldetechnisches und logisches Zusammenwirken der verbundenen Teile und Dienste sowie den Zugang zu Diensten Dritter ermöglicht.“

Ein Fernmeldedienst ist die elektromagnetische Übertragung von Informationen für Dritte (Art. 3 lit. b i.V.m. lit. c FMG). Fernmeldeanlagen sind Geräte, Leitungen oder Einrichtungen, die zur fernmeldetechnischen Übertragung von Informationen bestimmt sind oder benutzt werden (Art. 3 lit. d FMG).

Bei Mietleitungen werden Fernmeldeanlagen und Fernmeldedienste verbunden. Dies ermöglicht ein fernmeldetechnisches und logisches Zusammenwirken der verbundenen Teile und Dienste sowie den Zugang zu Diensten Dritter.² Auf beiden Seiten werden dabei wichtige Anlagen eingesetzt. Verbundene Anlagen wären vorliegend auf Seiten der Gesuchsgegnerin das vom Endkunden zur Zentrale führende Kabel sowie der eingesetzte Multiplexer (ADM, Add/Drop Multiplexer) und ein Verteiler (Hauptverteiler, optischer Verteiler oder Übergabeverteiler) sowie von Fall zu Fall weitere Anlagen³; auf Seiten der Gesuchstellerin alle Anlagen in ihrem Netz, die vom Interkonnektionspunkt (dem Punkt, an dem das Signal von der Gesuchsgegnerin an die Gesuchstellerin übergeben wird) an benutzt werden (u.a. ebenfalls Kabel, Multiplexer und Verteiler). Verbundene Dienste wären vorliegend auf Seiten der Gesuchsgegnerin die Übertragung von Daten zwischen dem Kunden und dem Interkonnektionspunkt, auf Seiten der Gesuchstellerin die Übertragung dieser Daten in ihrem eigenen Netz bis zu einem Kunden der Gesuchstellerin oder bis zur Übergabe in die Netze Dritter sowie, auf Basis dieses Dienstes, das Angebot weiterer Dienste wie z.B. des Internetzugangs. Der Zugang zu Diensten Dritter besteht z.B. im Transport des durch die Gesuchsgegnerin sowie die Gesuchstellerin übertragenen Signals in den Netzen Dritter bis zu anderen Kunden.

Mietleitungen erfüllen also die Kriterien der Definition der Interkonnektion in Art. 3 lit. e FMG. Dies spricht dafür, Mietleitungen als Interkonnektionsdienst im Sinne von Art. 11 Abs. 1 FMG zu subsumieren.

² Es spielt daher im vorliegenden Verfahren keine Rolle, ob Art. 3 lit. e „Verbindung von Anlagen und Diensten“ als „Verbindung von Anlagen oder Diensten“ zu verstehen sei. Diese Frage hat die Com-Com bereits mehrfach bejaht. Auch das Bundesgericht hat sie im BGE „Commcare“ in E. 5 c a.A. bejaht. Im Urteil 2A.178/2004 hat es die Frage in E. 7.2.2 offen gelassen.

³ Z.B. Network Termination, Transmission Equipment.

Nicht entgegenstehen kann der Subsumtion der Mietleitung unter den Begriff der Interkonnektion das vom Bundesgericht herangezogene Argument, die Einführung des Zugangsbegriffs in der laufenden Revision des FMG deute darauf hin, dass der Zugang eben bisher nicht vom Interkonnektionsbegriff gedeckt sei, und aus der Botschaft zur Revision ergebe sich, dass die Interkonnektion ein Sonderfall des Zugangs sei und nicht umgekehrt⁴. Der Bundesrat hält in der Botschaft zur Revision nämlich zu Beginn der Erläuterungen zu Art. 11 FMG fest, dass „der Interkonnektionsbegriff nach geltendem Recht bereits eine Unterstellung der Zugangsformen Entbündelung des Teilnehmeranschlusses, Mietleitungen und schneller Bitstromzugang erlaubt hätte (...)“.⁵

Entgegen steht der Subsumtion der Mietleitung unter den Begriff der Interkonnektion jedoch die strikte Interpretation von Art. 11 Abs. 1 FMG durch das Bundesgericht im Urteil 2A.178/2004.

In einem früheren Entscheid 2A.503/2000 vom 3. Oktober 2001 („Commcare-Entscheid“) hatte das Bundesgericht einen Interkonnektionsanspruch auf Übertragungsmedien und Mietleitungen abgelehnt. Bei den Mietleitungen hatte das Bundesgericht seine Ablehnung hauptsächlich damit begründet, dass FMG und FDV gemeinsam sich nicht ausreichend bestimmt auf Mietleitungen bezögen.⁶

Daraufhin hat der Bundesrat die FDV mit Wirkung vom 1. April 2003 entsprechend angepasst und die Mietleitungen, den schnellen Bitstrom-Zugang sowie den gemeinsamen Zugang und den vollständig entbündelten Zugang ausdrücklich als Formen der Interkonnektion genannt.⁷ Damit schien dem Bundesrat⁸ ebenso wie der ComCom⁹ den vom Bundesgericht genannten Voraussetzungen genüge getan.

⁴ BGE 2A.178/2004, E. 7.2.3 mit Hinweis auf BBI 2003 7965.

⁵ BBI 2003 7969.

⁶ BGE „Commcare“ E. 7a S. 23, 9b S. 33: „Es obliegt nun aber den Gesetz- oder Verordnungsgeber durch Anpassung der entsprechenden Bestimmungen und nicht der Kommunikationskommission als Vollzugsbehörde, den allenfalls erforderlichen oder wünschbaren Nachvollzug anzuordnen und dafür den politisch angebrachten Zeitpunkt zu bestimmen.“ Vgl. zudem ausführlich den ComCom-Teilentscheid vom 19. Februar 2004 betreffend vollständig entbündelten und gemeinsamen Zugang zum Teilnehmeranschluss.

⁷ Art. 43 Abs. 1 lit a^{bis}, a^{ter}, a^{quater}, a^{quinquies}, Art. 1 lit. b, c, d, e FDV.

⁸ Vgl. die Medienmitteilungen des Bundesrats vom 7. März 2003: „Der Bundesrat verabschiedet die Verordnung zur Entbündelung der letzten Meile“ und vom 12. November 2003: „Gesetzliche Grundlagen für Entbündelung der letzten Meile“. Vgl. dazu aber auch BGE 2A.178/2004 E. 7.5.4.

Im Entscheid vom 30. November 2004 hat das Bundesgericht jedoch nunmehr bezogen auf den gemeinsamen Zugang und den vollständig entbündelten Zugang eine ausreichende Bestimmtheit allein des Gesetzes (ohne Beachtung des Verordnungsrechts) gefordert. Es hat diese Beschränkung auf das Gesetz vor allem mit Überlegungen zur Normenstufe und zur Normendichte begründet.

Das Bundesgericht statuiert, dass gemäss Art. 164 Abs. 1 der Bundesverfassung (BV, SR 101) alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in der Form eines Bundesgesetzes zu erlassen seien. Aufgrund der allgemeinen Rechtswirkungen der Interkonnektion (Rechte und Pflichten der Fernmeldedienstanbieter sowie Auswirkungen für alle Konsumentinnen und Konsumenten in der Schweiz) seien die wirtschaftlichen Folgen einer Entbündelung erheblich. Diese müssten daher demokratisch diskutiert und im Rahmen eines Gesetzgebungsverfahrens entschieden werden.

Das Legalitätsprinzip verlange zudem eine hinreichende und angemessene Bestimmtheit der anzuwendenden Rechtssätze. Die fraglichen Dienstleistungen könnten deshalb nur dann unter das Interkonnektionsregime gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG subsumiert werden, wenn dies durch die Gesetzesauslegung verbindlich festgestellt werden könnte. Dies sei aber insbesondere auch gestützt auf eine geltungszeitliche Auslegung nicht der Fall. Das Bundesgericht stützt sich in seiner Begründung dafür vor allem auch auf das laufende Gesetzgebungsverfahren. So könnten die fraglichen Dienste nicht unter den Begriff der Interkonnektion subsumiert werden, wenn in der Gesetzesrevision von der Interkonnektion als eine unter vielen Zugangsformen gesprochen werde und der Nationalrat sich offenbar auf die Diskussion eingelassen habe. Dies hätte er nach Auffassung des Bundesgerichts nämlich nicht getan, wenn er der Meinung gewesen wäre, dass bereits eine genügende gesetzliche Grundlage bestanden hätte. Es zitiert in diesem Zusammenhang aus der Diskussion im Nationalrat über die parlamentarische Initiative von Nationalrat Georges Theiler zur letzten Meile, die Auslegung des Gesetzes solle nicht dem Bundesgericht überlassen werden, weil es damit zum Gesetzgeber würde; aus der gegebenen Unsicherheit heraus müsse der Gesetzgeber Klarheit schaffen (Amtl. Bull. 2000 N 1587 Votum des Kommissionssprechers Heim). Das Gericht schliesst daraus, die Parlamentarier seien sich bereits damals bewusst gewesen, dass es dem Gesetz an der nötigen Bestimmtheit fehle.¹⁰

⁹ vgl. dazu die Verfügung der ComCom vom 19. Februar 2004 in Sachen TDC Switzerland AG gegen Swisscom Fixnet AG betreffend Interkonnektion / Gesuch um gemeinsamen Zugang und vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss, III 1.

¹⁰ BGE 2A.178/2004 E. 7.5.2.

Das Bundesgericht lässt abschliessend offen, ob es die in den bundesrätlichen Antworten zu den Interpellationen Germanier und Béguelin gezogenen Schlüsse teilt, wonach die Schweiz gestützt auf das GATS völkerrechtlich nicht zur Öffnung der letzten Meile verpflichtet sei. Es bekräftigt aber seine Argumentation im Commcare-Entscheid, wonach die GATS-Bestimmungen über die Entbündelung zu unbestimmt und daher auch ungeeignet seien, um von den Fernmeldeunternehmungen direkt angerufen werden zu können. Es kommt zum Schluss, dass die GATS-Bestimmungen landesrechtlich die gesetzliche Grundlage für die Entbündelung nicht zu ersetzen vermögen würden.

Diese Entscheidungsgründe des BGE vom 30. November 2004 betreffen den vollständigen und den gemeinsamen Zugang zum Teilnehmeranschluss. Sie sind aber für Mietleitungen – abgesehen von der Tatsache, dass Mietleitungen kein Fall des entbündelten Zugangs zur letzten Meile sind – ebenso gültig. Werden sie auf Mietleitungen angewandt, kann ebenso wie für die vom Bundesgericht entschiedenen Fälle keine ausreichende gesetzliche Grundlage für eine Interkonnectionsverpflichtung für Mietleitungen angenommen werden.

Unter diesen Voraussetzungen ist das Gesuch angesichts der Rechtsprechung des Bundesgerichts abzuweisen.

[...]

Aus diesen Gründen wird

verfügt:

Das Gesuch um Interkonnection vom 29. Juli 2003 wird, soweit nicht bereits mit der Verfügung vom 24. September 2003 behandelt, vollumfänglich abgewiesen.

[...]