



Bern, 11. Juni 2013

Zwischenverfügung

der Eidgenössischen Kommunikationskommission ComCom

Zusammensetzung Marc Furrer, Präsident, Monica Duca Widmer, Vizepräsidentin,
Andreas Bühlmann, Adrienne Corboud Fumagalli, Reiner Eichenberger, Jean-Pierre Hubaux, Stephan Netze

in Sachen **Init7 (Schweiz) AG**, Elias Canetti-Strasse 7, 8050 Zürich
vertreten durch [...]

Gesuchstellerin

gegen **Swisscom (Schweiz) AG**, 3050 Bern
vertreten durch [...]

Gesuchsgegnerin

betreffend **Interconnect Peering (vorsorgliche Massnahme)**



I. Prozessgeschichte

Mit Datum vom 28. März 2013 reichte Init7 (Schweiz) AG (Gesuchstellerin) beim Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) zuhanden der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom) ein Gesuch um Erlass einer Zugangsverfügung gegen die Swisscom (Schweiz) AG (Gesuchsgegnerin) ein. Sie stellte darin folgende Rechtsbegehren:

1. *Es sei die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, der Gesuchstellerin nachfolgenden Zugang zu gewähren:*
 - a. *Datenaustausch (Peering) zwischen dem Internet Backbone AS3303 der Gesuchsgegnerin mit dem Internet Backbone AS13030 der Gesuchstellerin, sowohl für IPv4 wie auch für IPv6.*
 - b. *Datenaustausch (Peering) zwischen dem mobilen Netzwerk der Gesuchsgegnerin mit dem Internet Backbone AS13030 der Gesuchstellerin.*
 - c. *Anzahl Leitungen: 2 (Genf und Zürich).*
 - d. *Geschwindigkeit: Pro Leitung 10 Gigabit pro Sekunde.*
 - e. *Ohne jeglichen Ratelimiter.*
 - f. *Die Gesuchsgegnerin muss alle Prefixe wie zu anderen Peering Partnern propagieren, insbesondere auch alle More-Specific Prefixe, die für die Privatkundenbasis in Benutzung sind.*
 - g. *die von der Gesuchstellerin propagierten Prefixe müssen mit MED 200000 oder besser markiert werden (wie beim Stand 22. Februar 2012).*
 - h. *Der Zugang ist unentgeltlich zu gewähren.*
 - i. *Überschreitet der ausgetauschte Traffic 50 % der Nennkapazität basierend auf der 95-percentile Messung (Monatsabrechnung), wird die Gesuchsgegnerin verpflichtet, kooperativ mit der Gesuchstellerin zusätzliche Kapazität an den branchenüblichen Interkonnexionspunkten zu erstellen. Die notwendigen Verkabelungskosten werden dabei für jeden zusätzlichen Link abwechslungsweise von der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin getragen.¹*
2. *Die Verfügung gemäss Rechtsbegehren Nr. 1 sei als vorsorgliche Massnahme zu erlassen, unter Androhung der Bestrafung ihrer verantwortlichen Organe nach Art. 292 im Unterlassungsfall.*
3. *Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Gesuchsgegnerin*

¹ *Asymmetrisch ist einzig das Verbindungskabel, deren Kosten jeweils von einer Partei getragen werden (je nach Interkonnexionspunkt zwischen 0 und € 2000.00 einmalig und/oder € 0 und € 300.00 pro Monat). Deshalb auch die abwechselnden Kabelkosten.*



Die Gesuchsgegnerin äusserte sich mit Stellungnahme vom 7. Mai 2013 zum Gesuch auf Erlass von vorsorglichen Massnahmen. Sie stellt folgende Anträge:

1. *Das Gesuch von Init7 vom 28. März 2013 um Erlass einer vorsorglichen Massnahme sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.*

Eventualiter:

2. *Sollte das Gesuch von Init7 vom 28. März 2013 um Erlass einer vorsorglichen Massnahme gutgeheissen werden, so sei die Leistungsverpflichtung von Swisscom an die Bedingung zu knüpfen, dass Init7 zur Sicherstellung allfälliger Nachzahlungen an Swisscom vorgängig eine angemessene Sicherheit in Form einer Bankgarantie oder einer Depositzahlung in bar leistet.*

Unter Kostenfolge

Auf die konkreten Vorbringen der Parteien wird, soweit entscheidrelevant, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.



II. Verfahrensvoraussetzungen

1 Zuständigkeit

In ihrem Gesuch vom 28. März 2013 führt die Gesuchstellerin aus, sie habe mit Eingabe vom 19. Juli 2012 an das Handelsgericht des Kantons Bern die Gesuchsgegnerin verpflichten wollen, mit ihr eine Vereinbarung über den Datenaustausch (Peering) zwischen den Netzen der beiden Parteien abzuschliessen. Im Verlaufe des Verfahrens sei das BAKOM beauftragt worden, ein Kurzgutachten über die Zuständigkeit zu erstellen. Gemäss diesem Gutachten sei die ComCom sowohl sachlich, funktional wie auch örtlich zur Beurteilung des Zugangsgesuchs zuständig. Das Handelsgericht sei denn auch nicht auf das Gesuch der Gesuchstellerin eingetreten. Diesen Entscheid habe sie beim Bundesgericht angefochten um ein höchstrichterliches Urteil betreffend Zuständigkeit zu erlangen. Aus existenziellen Gründen könne sie nicht abwarten, bis ein höchstrichterlicher Entscheid vorliege, da sie für ihre Geschäftstätigkeit auf den Datenaustausch mit der Gesuchsgegnerin angewiesen sei. Sie rufe deshalb bereits jetzt die ComCom für den (vorsorglichen) Erlass einer Zugangsverfügung an, auch wenn sie der Ansicht sei, dass für die vorliegende Streitigkeit das Handelsgericht des Kantons Bern resp. die Zivilgerichte zuständig seien und ein Verfahren vor der ComCom für Unternehmen wie sie existenzgefährdend sein könne.

Die Gesuchsgegnerin erachtet in ihrer Stellungnahme vom 6. Mai 2013 die Zuständigkeit der ComCom im vorliegenden Fall als gegeben. Sie führt im Weiteren dazu aus, die Gesuchstellerin verhalte sich widersprüchlich, da sie von der ComCom den Erlass einer vorsorglichen Massnahme verlange, obwohl sie selber ausdrücklich festhalte, dass sie der Ansicht sei, dass die Zivilgerichte und nicht die ComCom zuständig seien. Dieses widersprüchliche Verhalten verstosse gegen den Grundsatz von Treu und Glauben und verdiene keinen Schutz.

Die Zuständigkeit einer Behörde ist obligatorische Voraussetzung ihres Handelns und als Eintretensvoraussetzung von Amtes wegen zu prüfen.

Gemäss Art. 11a des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10) verfügt die ComCom bei Streitigkeiten über den Zugang auf Gesuch einer Partei und auf Antrag des BAKOM dessen Bedingungen. Streitigkeiten aus Vereinbarungen und Verfügungen über den Zugang werden hingegen durch die Zivilgerichte beurteilt (Art. 11b FMG).

Erste Voraussetzung für die Zuständigkeit der ComCom ist folglich, dass es sich um eine Streitigkeit über den Zugang handelt. Die Formen, in denen bei gegebenen Umständen Zugang zu gewähren ist, sind in Art. 11 FMG abschliessend aufgezählt. Im vorliegenden Fall stellt sich die Frage, ob das bisherige respektive das künftighin von der Gesuchsgegnerin offerierte Vertragsverhältnis unter den Begriff der Interkonnektion fällt.



Art. 3 Bst. e FMG definiert Interkonnektion als Herstellung des Zugangs durch die Verbindung der Anlagen und Dienste zweier Anbieterinnen von Fernmeldediensten (FDA), damit ein fernmeldetechnisches und logisches Zusammenwirken der verbundenen Teile und Dienste sowie der Zugang zu Diensten Dritter ermöglicht wird. Interkonnektion umfasst die Netzzusammenschaltung im traditionellen Sinn und erfüllt damit die notwendigen Voraussetzungen, damit Partner miteinander in Kontakt treten und sich gegenseitig Informationen zusenden können.

Weder im Fernmeldegesetz noch in der zugehörigen Verordnung über Fernmeldedienste vom 9. März 2007 (FDV; 784.101.1) findet sich ein abschliessender Katalog derjenigen Dienste, die von Fernmeldedienstanbieterinnen (FDA) mittels Interkonnektion anzubieten sind bzw. bezogen werden können (vgl. Art. 61 Abs. 2 FDV). Es ist unbestritten, dass sowohl Sprach- als auch Datendienste von der Interkonnektion erfasst werden. Ebenso wenig wird der Anwendungsbereich des Rechtsbegriffs Interkonnektion aufgrund technischer Spezifikationen eingeschränkt, beispielsweise in Form einer Definition der Schnittstellen oder einer Vorgabe, auf welcher Netzhierarchiestufe bzw. an welchen Punkten (points of interconnection, POI) Interkonnektion zu gewähren ist. Netzzusammenschaltungen sind prinzipiell auf allen Netzhierarchiestufen denkbar (MATTHIAS AMGWERD, Netzzugang in der Telekommunikation, Diss. Zürich 2008, S. 115 ff., insb. Rz. 241).

Sowohl in dem von der Gesuchsgegnerin gekündigten wie auch in dem für die Zukunft von ihr der Gesuchstellerin offerierte Vertragsverhältnis geht es darum, dass sich die Parteien vertraglich verpflichten, den Datenverkehr der Vertragspartnerin jeweils zu übernehmen und an deren Endkundschaft weiterleiten. Hierfür werden spezifische Übergabepunkte wie auch die technischen Anforderungen an die Schnittstellen definiert. Das „Interconnect Peering“ zwischen den Parteien fällt folglich unter den Begriff der Interkonnektion gemäss Art. 3 Bst. e FMG.

Die Beurteilung einer Streitigkeit über den Zugang fällt jedoch nur in den Kompetenzbereich der ComCom, wenn nicht eine Vereinbarung zwischen den Parteien besteht. Vorliegend wurde der bestehende Vertrag gekündigt und kein neuer abgeschlossen. Darüber hinaus liegt unbestrittenermassen auch keine Streitigkeit über eine Vereinbarung vor. Die Zuständigkeit der ComCom zur Beurteilung der vorliegenden Streitsache – und daher auch zur Anordnung von vorsorglichen Massnahmen – ist somit gestützt auf Art. 11a FMG i.V.m. 11b FMG gegeben.

Ob die Gesuchstellerin im Verfahren vor Bundesgericht geltend macht, sie erachte das Bernische Handelsgericht und nicht die ComCom für zuständig, ist für die Prüfung der Eintretensvoraussetzungen des vorliegenden Verfahrens schliesslich nicht relevant. Auch keine Rolle spielt dafür, ob das Bundesgericht den Nichteintretensentscheid des Bernischen Handelsgerichts aufhebt und dieses anweist, sich mit dem bei ihm eingereichten Gesuch materiell auseinanderzusetzen. Die Kompetenz des Handelsgerichts, zivilrechtliche Ansprüche des Wettbewerbsrechts zu beurteilen, schliesst die Kompetenz der ComCom, über Zugangsgesuche nach FMG zu befinden, nicht aus.



2 Weitere Eintretensvoraussetzungen

Die weiteren Eintretensvoraussetzungen sind vorliegend unbestrittenermassen erfüllt. Die Gesuchstellerin hat ein schutzwürdiges Interesse an der Prüfung ihres Gesuchs und auch den spezialgesetzlich vorgesehenen Verfahrensvoraussetzungen ist Genüge getan.

3 Anordnung vorsorglicher Massnahmen

3.1 Allgemeines

Im Rahmen eines Zugangsverfahrens kann die ComCom einstweiligen Rechtsschutz gewähren. Nach Einreichung des Gesuchs kann sie von Amtes wegen oder auf Begehren einer Partei vorsorgliche Massnahmen verfügen, um den Zugang während des Verfahrens sicherzustellen (Art. 11a Abs. 1 FMG i.V.m. Art. 71 FDV). Vorsorgliche Massnahmen haben zum Ziel, die Wirksamkeit der zu treffenden Anordnung sicherzustellen. Ihr Wesensmerkmal besteht darin, dass sie bloss vorläufig gelten und die Regelungswirkung nur temporär eintritt. Zum Entscheid in der Hauptsache verhalten sie sich grundsätzlich akzessorisch und sie fallen mit dem Erlass oder der Rechtskraft von diesem dahin (HANSJÖRG SEILER, in: Praxiskommentar VwVG, Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Zürich 2009, Art. 56 N 62; BVGE A-102/2010 E. 3.1).

Der Entscheid über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen setzt Dringlichkeit voraus, das heisst, es muss sich als notwendig erweisen, die fraglichen Vorkehren sofort zu treffen. Sodann muss der Verzicht auf Massnahmen für den Betroffenen einen Nachteil bewirken, der nicht leicht wieder gutzumachen ist. Dafür genügt ein tatsächliches, insbesondere auch ein rein wirtschaftliches Interesse. Erforderlich ist zudem, dass die Abwägung der verschiedenen Interessen den Ausschlag für die Anordnung der vorsorglichen Massnahme gibt und diese verhältnismässig erscheint. Der durch die Endverfügung zu regelnde Zustand soll weder präjudiziert noch verunmöglicht werden. Vorsorgliche Massnahmen beruhen auf einer bloss summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage. Die Hauptsachenprognose kann dabei berücksichtigt werden, wenn sie eindeutig ist; bei tatsächlichen oder rechtlichen Unklarheiten drängt sich hingegen Zurückhaltung auf, weil in diesem Fall die erforderlichen Entscheidungsgrundlagen im Hauptverfahren erst noch beschafft werden müssen (BGE 130 II 149 E 2.2).

Für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen müssen demnach folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein: Die Erfolgsprognose in der Hauptsache sollte möglichst eindeutig sein und zudem günstig ausfallen. Dem Gesuchsteller muss während der Dauer des Verfahrens ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil drohen. Zudem müssen die Massnahmen dringlich sein und dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit genügen.

Der Entscheid über vorsorgliche Massnahmen stützt sich aus Zeitgründen auf den Sachverhalt, der sich aus den vorhandenen Akten ergibt. Darüber hinausgehende Erhebungen können nicht angestellt werden (HANSJÖRG SEILER, in: Praxiskommentar VwVG, Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Zürich 2009, Art. 56 N 66).



3.2 Erfolgsprognose in der Hauptsache

Die Gesuchstellerin macht geltend, der von ihr verlangte Zugang entspreche demjenigen, der unter der bisherigen Vereinbarung galt. Die von ihr verlangten Bedingungen seien insofern weder neu noch unvernünftig.

In ihrer Stellungnahme vom 6. Mai 2013 erachtet die Gesuchsgegnerin das Begehren der Gesuchstellerin in der Hauptsache als aussichtslos. Sie bringt vor, die Gesuchstellerin verlange im Gegensatz zu den sonst üblichen Streitigkeiten über Zugangspreise nicht die Verfügung der Peering-Preise, sondern bloss die Verpflichtung der Gesuchsgegnerin zu unentgeltlichen Peering-Leistungen. Dafür bestehe keine gesetzliche Grundlage.

Bezüglich des Kriteriums einer eindeutigen und positiven Erfolgsprognose in der Hauptsache lassen sich zum jetzigen Zeitpunkt keine klaren Aussagen machen. Der rechtsrelevante Sachverhalt ist zwar weitgehend unstrittig, in rechtlicher Hinsicht bestehen aber verschiedenste offene Fragen, welche im Rahmen der Beurteilung der Hauptsache zu klären sind. Dabei ist zu beachten, dass es sich vorliegend um ein Pilotverfahren handelt, weil die IP-Interkonnektion bislang noch nie Thema eines fernmelderechtlichen Zugangsverfahrens war. Eine einigermaßen verlässliche Prognose bezüglich der Hauptsache lässt sich deshalb nicht machen. Einerseits bestehen rechtliche Unklarheiten und die erforderlichen Entscheidungsgrundlagen müssen im Hauptverfahren erst noch beschafft werden. Insofern lassen sich auch keine Prognosen zum Ausgang des Verfahrens machen. Andererseits erscheint eine zumindest teilweise Gutheissung der Rechtsbegehren der Gesuchstellerin nicht völlig ausgeschlossen, weshalb das Kriterium der positiven Prognose in der Hauptsache nicht zum Vornherein gegen die Anordnung der vorsorglichen Massnahme spricht.

3.3 Drohender, nicht leicht wieder gut zu machender Nachteil

In ihrem Gesuch vom 28. März 2013 führt die Gesuchstellerin aus, der von der Gesuchsgegnerin neu angebotene Vertrag würde ihr Mehrkosten von jährlich rund 180'000.- Fr. verursachen, die sie ihrer Kundschaft weiterverrechnen müsste. Der Verlust von Kunden sei sicher. Die Alternative zum angebotenen Peering-Vertrag sei teuer und verlangsame die Übertragungsraten, was wiederum den Schluss zulasse, dass sie Kunden verlieren würde. Zudem sei die Gesuchstellerin der Gefahr eines Reputationsschadens ausgesetzt. Habe sie einmal den Ruf „teuer und langsam“ zu sein, so wäre dies der Anfang ihres Niedergangs.

Die Gesuchsgegnerin hält dem entgegen, entgeltliche Peering-Verträge seien verbreitet, und damit auch die Weiterverrechnung an Kunden, die Inhalte transportieren liessen. Durch die Unentgeltlichkeit des Peerings mit der Gesuchsgegnerin würde der Gesuchstellerin ein Wettbewerbsvorteil erwachsen. Der im Fernmeldemarkt herrschende Wettbewerb biete Gewähr dafür, dass die Gesuchsgegnerin kurzfristig auf alternative Peering-Anbieter zurückgreifen könne. So könne sie die Dienste eines Transitpartners in Anspruch nehmen, um Datenverkehr zu Endkunden der Gesuchsgegnerin zu leiten. Die Gesuchsgegnerin mache dies ebenfalls so, wenn sie zu gewissen Netzen keinen direkten Zugang habe. Solange die Transitdienste bei einem Transitpartner bezogen würden, der über eine



gute und zuverlässige Infrastruktur verfüge, seien auch keinerlei Qualitätseinbussen zu befürchten. Allerdings würden auch solche Anbieter kaum geneigt sein, ihre Dienste gratis zu erbringen.

Es ist unbestritten, dass ein Systemwechsel von einem unentgeltlichen zu einem entgeltlichen Peering finanzielle Konsequenzen für die Gesuchstellerin hätte. Die von ihr genannten Zahlen beruhen auf Messungen des Datenverkehrs und werden auch von der Gesuchsgegnerin nicht in Zweifel gezogen. Die Gesuchstellerin kann zudem auch glaubhaft darlegen, dass sie bei einer Weiterverrechnung dieser Mehrkosten mit einer Abwanderung ihrer Kundschaft rechnen müsste und dass letztlich die Gefahr bestünde, dass sie ihr Geschäftsmodell aufgeben müsste. Dieser drohende Nachteil wäre mit Bestimmtheit nicht leicht wieder gut zu machen.

Darüber hinaus mag zwar zutreffen, dass für die Gesuchstellerin die Möglichkeit besteht, die Endkundinnen und –kunden der Gesuchsgegnerin auch via Transitanbieter über ein drittes Netz zu erreichen. Ein solches Vorgehen wäre jedoch – wie die Gesuchsgegnerin zu Recht bemerkt – ebenfalls mit Mehrkosten verbunden. Folglich stünde die Gesuchstellerin gleich da, wie wenn sie den von der Gesuchsgegnerin offerierten Vertrag unterzeichnen würde. Diese Möglichkeit ist deshalb gegenüber dem von ihr angebotenen Peering keine gleichwertige Alternative. Zudem hätte ein solches Vorgehen auch keinen Einfluss auf die von der Gesuchsgegnerin geltend gemachte Überbeanspruchung ihrer Infrastruktur: Die über eine Transitanbieterin in das Netz der Gesuchsgegnerin geleitete Datenmenge wäre genau gleich gross, wie wenn sie direkt aus dem Netz der Gesuchstellerin käme.

Da Zugangsverfahren gemäss der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts grundsätzlich nur zwischen den Parteien Rechtswirkungen entfalten, ist schliesslich auch unbeachtlich, ob die Gesuchstellerin mit einem unentgeltlichen Peering gegenüber ihren Konkurrentinnen einen Wettbewerbsvorteil hätte. Diesen stünde ebenfalls offen, mit einem Zugangsverfahren bei der ComCom um ein unentgeltliches Peering mit einer marktbeherrschenden Anbieterin zu ersuchen.

Das Kriterium des drohenden und nicht leicht wieder gut zu machenden Nachteils ist aus den genannten Gründen gegeben.

3.4 Dringlichkeit

Mit der Voraussetzung der Dringlichkeit wird verlangt, dass die sofortige Anordnung der fraglichen Massnahme notwendig erscheint, weil sonst die Rechtsdurchsetzung gefährdet ist (HANSJÖRG SEILER, a.a.O., Art. 56 N 26). Die Rechtsdurchsetzung könnte im vorliegenden Fall dadurch gefährdet sein, dass die Gesuchstellerin zum Zeitpunkt des Entscheides in der Hauptsache in ihrem wirtschaftlichen Fortkommen bereits einen Schaden erlitten hätte, der nicht leicht wieder gutgemacht werden könnte. Bei der Beurteilung dieser Frage ist insbesondere von Bedeutung, dass Zugangsverfahren regelmässig längere Zeit dauern. Insbesondere wenn die Frage der Marktbeherrschung zu klären ist, hat die Vergangenheit gezeigt, dass das Einhalten der gesetzlich vorgesehenen siebenmonati-



gen Frist illusorisch ist. Wird die Verpflichtung zu einem unentgeltlichen Peering während des Verfahrens nicht angeordnet, kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Gesuchsgegnerin der Gesuchstellerin den direkten Zugang zu ihrem Netz nur unter Bedingungen erlaubt, die das Fortbestehen der Gesuchstellerin gefährden, so dass sich dieses Unternehmen unter Umständen vor Ablauf des Verfahrens nicht mehr auf dem Markt halten kann oder empfindliche Einbussen erleidet, die die langfristige Existenz gefährden.

Die Gesuchstellerin kann ohne die Anordnung der von ihr beantragten einstweiligen Verfügung von der Gesuchsgegnerin jederzeit und ohne Weiteres vom direkten Zugang zu deren Netz ausgeschlossen werden. Wie oben unter Ziff. 3.3 ausgeführt, droht der Gesuchstellerin dadurch ein nicht leicht wieder gut zu machender Nachteil. Angesichts der absehbaren langen Verfahrensdauer besteht insofern auch die Gefahr, dass die Gesuchstellerin über eine längere Zeit keinen direkten Zugang zur Endkundschaft der Gesuchsgegnerin im Rahmen eines unentgeltlichen Peerings hat, obwohl sie unter Umständen dazu berechtigt sein könnte. Das geforderte Kriterium der zeitlichen Dringlichkeit ist deshalb erfüllt. Daran ändert auch nichts, dass die Gesuchstellerin zwischen der Abweisung ihres Antrags auf eine superprovisorisch verfügte vorsorgliche Massnahme durch das Bernische Handelsgericht und dem Anhängigmachen ihres Gesuchs bei der ComCom einen gewissen Zeitraum verstreichen liess. Die Frage, ob zeitliche Dringlichkeit gegeben ist oder nicht, ist mit Blick auf die Zukunft und nicht auf die Vergangenheit zu beantworten.

3.5 Verhältnismässigkeit

Eine Massnahme muss geeignet sein, das mit ihr verfolgte Ziel erreichen zu können. Sie muss sodann erforderlich sein, das heisst, sie muss das mildeste Mittel zur Erreichung des verfolgten Zwecks darstellen. Überdies muss sie insofern als zumutbar erscheinen, als eine Abwägung der entgegenstehenden Interessen den Ausschlag für den einstweiligen Rechtsschutz gibt. Dies bedeutet konkret, dass die Auswirkungen der Massnahme während der voraussichtlichen Dauer des Verfahrens im Rahmen einer Abwägung der Interessen des Gesuchstellers mit denjenigen der Gesuchsgegnerin zu beurteilen sind. Die Verhältnismässigkeit verlangt, dass diejenigen Massnahmen anzuwenden sind, welche am besten geeignet sind, die Interessen der Parteien zu wahren. Unter mehreren Massnahmen sind folglich jene zu wählen, die am wenigsten in die Rechte der Betroffenen eingreifen. Die in Frage stehenden Interessen sind gegeneinander abzuwägen und es ist die Schwere der Nachteile zu berücksichtigen, die ungerechtfertigte Massnahmen verursachen würden (vgl. zum Ganzen Urteil des Bundesgerichts vom 13. Oktober 2008, 4A_371/2008, E. 2.1.1).

Die Verpflichtung zu einem unentgeltlichen Peering ist ohne Zweifel geeignet, das angestrebte Ziel der Vermeidung des beschriebenen nicht leicht wieder gut zu machenden Nachteils zu erreichen. Alternativen zur Erreichung dieses Ziels sind im Moment nicht ersichtlich.

Im Rahmen der Prüfung der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne sind die konkreten Interessen der beiden Parteien gegeneinander abzuwägen. Es ist zu prüfen, ob die An-



ordnung der Massnahme für die Gesuchsgegnerin eher zumutbar erscheint, als der Verzicht darauf für die Gesuchstellerin.

Die Gesuchsgegnerin ist aufgrund ihres Anschlussnetzes Marktleaderin auf dem Breitbandanschlussmarkt. Sie verfügt in der Schweiz mit Abstand über die meisten Endkundinnen und -kunden und hat im Prinzip die Möglichkeit, die von ihr favorisierten Bedingungen gegenüber potentiellen Geschäftspartnerinnen einseitig durchzusetzen. In ihrer Eingabe vom 23. April 2013 führt die Gesuchsgegnerin aus, dass es ihr in erster Linie nicht darum gehe, mit dem Peering Geld zu verdienen. Die Erträge, die erzielt werden könnten, seien relativ belanglos. Der von ihr vorgenommene Systemwechsel diene vielmehr dazu, dass ihre Partnerinnen angehalten würden, die Netzinfrastruktur effizienter zu nutzen und Techniken anzuwenden, die zu einem sparsameren Umgang mit den Ressourcen führen würden.

Demgegenüber steht auf Seiten der Gesuchstellerin das Interesse, in der wirtschaftlichen Existenz während der Zeit der Verfahrensdauer nicht bedroht zu sein. Dieses Interesse überwiegt dasjenige der Gesuchsgegnerin, welche mit ihrer neuen Peering Policy in erster Linie die Vertragspartnerinnen zu effizienteren Handlungsweisen anhalten will.

Hinzu kommt, dass das kostenneutrale Peering bis anhin zwischen den Parteien vereinbart war. Durch die Anordnung der vorsorglichen Massnahme wird insofern der bisherige Zustand einstweilig für die Dauer zwischen der Einreichung des Gesuches und dem Abschluss des Verfahrens wiederhergestellt. Mithin wird die Gesuchsgegnerin auch nicht zu etwas verpflichtet, was ihr neu wäre.

Im Weiteren ist in diesem Zusammenhang auch zu beachten, dass die Gesuchsgegnerin erst eine der beiden Leitungen gekappt hat. Dies deutet ebenfalls darauf hin, dass es ihr zugemutet werden kann, das unentgeltliche Peering während der Verfahrensdauer zu gewährleisten.

Die Voraussetzungen für die Anordnung der beantragten vorsorglichen Massnahmen sind deshalb unter Vorbehalt der nachfolgenden Ausführungen gegeben.

3.6 Umfang der vorsorglichen Massnahme

Die Gesuchstellerin beantragt in Rechtsbegehren 2 ihres Gesuchs vom 28. März 2013 die Anordnung des Rechtsbegehrens 1 als vorsorgliche Massnahme. Bezüglich der Bst. a bis f und h des Rechtsbegehrens 1 wird diesem Begehren stattgegeben, wobei auf die obenstehende Begründung verwiesen werden kann.

3.6.1 Zusätzliche Kapazitäten (Rechtsbegehren 1 Bst. i)

Demgegenüber fällt der Erlass einer vorsorglichen Massnahme bezogen auf Bst. i des Rechtsbegehrens 1 zum jetzigen Zeitpunkt nicht in Betracht. Dieses Rechtsbegehren ist an eine Bedingung geknüpft, deren Eintritt nicht sicher ist. Die Prüfung der Voraussetzungen, die für die Anordnung von einstweiligem Rechtsschutz erfüllt sein müssen, führt deshalb zu einem anderen Resultat als bezüglich der Rechtsbegehren a bis f und h.



So erscheint fraglich, ob dem Rechtsbegehren nach einer Verpflichtung zur Erstellung von zusätzlicher Kapazität ein wahrscheinlicher Erfolg in der Hauptsache prognostiziert werden könnte, da die bisher im Zugangsbereich ergangene Rechtsprechung nicht davon ausgeht, dass eine marktbeherrschende Anbieterin verpflichtet werden kann, im Rahmen des fernmelderechtlichen Zugangsregimes ihre Infrastruktur auszubauen. Im Rahmen dieser Zwischenverfügung kann diese Frage aber offen gelassen werden, da es aus nachfolgenden Gründen auch an der zeitlichen Dringlichkeit für die Anordnung dieser Massnahme fehlt.

Mit der vorsorglichen Verpflichtung zur Erstellung von zusätzlicher Kapazität würde für die Dauer des Verfahrens ein hypothetischer Sachverhalt geregelt, der allenfalls gar nicht eintreten wird. Daher ist das Kriterium der zeitlichen Dringlichkeit für die vorsorgliche Verpflichtung zur Erstellung von weiteren Kapazitäten zurzeit nicht gegeben. Die Parteien haben aber jederzeit die Möglichkeit, die Aufhebung oder Änderung der angeordneten vorsorglichen Massnahmen zu beantragen. Es steht der Gesuchstellerin insofern offen, ihr Rechtsbegehren auf Erlass vorsorglicher Massnahmen dann zu stellen, wenn die von ihr in ihrem Rechtsbegehren 1 Bst. i genannte Bedingung eingetreten ist. Allerdings müssten selbstverständlich auch die weiteren Voraussetzungen für die Anordnung von einstweiligem Rechtsschutz erfüllt sein.

3.6.2 Markierung der Prefixe

Im Hinblick auf Bst. g des Rechtsbegehrens 1 des Gesuchs vom 28. März 2013 führt die Gesuchsgegnerin in ihrer Stellungnahme vom 13. Mai 2013 aus, sie setze immer einen Wert von MED 500000 ein. Nur bei gewissen Tests mit der Gesuchstellerin sei MED 200000 angewendet worden. Bei allen anderen Peering-Vertragspartnern würden die Prefixe mit MED 500000 markiert. Die Gesuchstellerin begründe ihren Antrag auch nicht.

Die Gesuchstellerin legt in der Tat nicht dar, warum für die Dauer des Verfahrens zwischen den Parteien MED 200000 festzulegen sei. Es besteht darüber hinaus auch von Amtes wegen kein Anlass, im Rahmen der Gewährung von einstweiligem Rechtsschutz einen anderen Wert zu verfügen, als die Gesuchsgegnerin üblicherweise mit ihren Peering-Partnern verwendet. Das Gesuch um Erlass von vorsorglichen Massnahmen ist deshalb in diesem Punkt abzuweisen.

3.7 Sicherheitsleistung

Die Gesuchsgegnerin beantragt in ihrer Stellungnahme vom 6. Mai 2013, die Gesuchstellerin sei zu einer angemessenen Sicherheitsleistung zu verpflichten, wenn das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen gutgeheissen werde. Sie begründet dies damit, dass die Gesuchstellerin an verschiedenen Stellen in ihrem Zugangsgesuch vorbringe, ihre Existenz sei bedroht, wenn sie für das Peering mit der Gesuchsgegnerin, wie von dieser vorgesehen, bezahlen müsste. Deshalb bestehe ein erhebliches Risiko, dass die Gesuchstellerin nicht in der Lage wäre, allfällige Nachzahlungen an die Gesuchsgegnerin zu leisten, wenn sie für die Dauer des Verfahrens in den Genuss eines unentgeltlichen Peerings käme, ihr Rechtsbegehren schliesslich in der Hauptsache aber abgewiesen würde.



Es trifft zu, dass es bei der vorsorglichen Anordnung eines unentgeltlichen Peerings zu Nachzahlungen an die Gesuchsgegnerin kommt, wenn die Gesuchstellerin im Hauptverfahren unterliegen sollte. Ein solches Risiko besteht regelmässig, wenn eine Partei im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes zur Erbringung einer Leistung verpflichtet wird, und sich diese Verpflichtung im Nachhinein als nicht rechters erweist. Insofern liegen keine aussergewöhnlichen Verhältnisse vor. Es stellt sich die Frage ob es die vorliegenden Umstände gebieten, die Gesuchstellerin, zu deren Vorteil die vorsorgliche Massnahme erlassen wird, zu einer Sicherheitsleistung zu verpflichten und somit das Risiko der Nicht-einbringlichkeit von entsprechenden Nachzahlungsforderungen für die Gesuchsgegnerin auszuschliessen respektive zu minimieren. Dies ist zu verneinen.

Die Gesuchstellerin bringt zwar vor, durch die Kündigung der Vereinbarung über das unentgeltliche Peering respektive im Falle eines entgeltlichen Peerings finanzielle Einbussen zu erleiden oder einen Kundenverlust hinnehmen zu müssen, der sie letztlich in ihrer Existenz gefährde. Es besteht jedoch kein Anlass zur Annahme, dass die finanziellen Verhältnisse der Gesuchstellerin derart wären, dass eine allfällige Nachforderung der Gesuchsgegnerin nach Abschluss des vorliegenden Verfahrens als gefährdet erschiene.

Dazu ist zu bemerken, dass die Gesuchstellerin die Ausführungen zur Gefährdung ihrer Existenz vor dem Hintergrund des aktuellen Peering-Angebotes der Gesuchsgegnerin macht, dem sie die von ihr verlangte Verpflichtung zu einem unentgeltlichen Peering gegenüberstellt. Der von der Gesuchstellerin errechnete Mehrbetrag zwischen diesen beiden Systemen beziffert mithin den Maximalbetrag, den die Gesuchstellerin an die Gesuchsgegnerin zu bezahlen hätte. Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass der Betrag auch tiefer zu liegen käme, wenn die ComCom im Falle einer vorliegenden Marktbeherrschung kostenorientierte Zugangspreise zu verfügen hätte.

Diesbezüglich ist festzuhalten, dass es zwar zutrifft, dass die Gesuchstellerin im Gesuch vom 28. März 2013 nicht die Festsetzung von kostenorientierten Preisen für das Peering beantragt, sondern grundsätzlich dessen Unentgeltlichkeit verfügt haben will. Daraus kann – insbesondere vor dem Hintergrund der Ausführungen im Gesuch aber nicht geschlossen werden – dass die ComCom im Zeitpunkt ihres Entscheides nur über die Entgeltlichkeit oder die Unentgeltlichkeit des Peerings entscheiden könnte. Sie ist zwar an die Rechtsbegehren der Gesuchstellerin gebunden, diese können von ihr aber auch jederzeit geändert werden. Die Gesuchstellerin bringt denn in Rz. 44 ihres Gesuchs vom 28. März 2013 auch vor, dass es sich um ein Pilotverfahren handle in welchem zuerst geklärt werden müsse, ob der Sachverhalt unter die Interkonnektion falle. Wenn ja, wäre die Gesuchsgegnerin zu verpflichten, die für die Interkonnektion notwendigen Daten zu veröffentlichen und es wäre ihr Gelegenheit zu geben, das vorliegende Gesuch ohne Kostenfolgen zurückziehen zu können. Sie begründet dies damit, dass es ihr erst ab dem Zeitpunkt des Vorliegens eines Angebots überhaupt möglich wäre, dieses zu beurteilen.

Es wäre also möglich, dass die ComCom im Rahmen des vorliegenden Gesuchs über kostenorientierte Preise zu befinden hätte und dass diese unter den von der Gesuchsgegnerin angebotenen liegen würden. Insofern käme es auch zu Nachzahlungen, die tie-



fer wären, als die von der Gesuchstellerin für den für sie ungünstigsten Fall genannte Summe. Die Gefahr der Nichteinbringlichkeit solcher Forderungen wäre dadurch ebenfalls kleiner.

Ob es zu Nachforderungen kommt oder nicht, ist im Rahmen des Hauptverfahrens und aufgrund einer umfassenden Würdigung der Rechts- und Sachlage festzustellen. Im Rahmen des vorliegenden Verfahrens muss auf die vorhandenen Akten abgestützt werden. Aufgrund dieser erscheint die Gefahr, dass die Gesuchstellerin einen nicht leicht wieder gut zu machenden Nachteil erleidet, gegeben. Demgegenüber deuten die vorhandenen Akten nicht darauf hin, dass die Gesuchstellerin nicht in der Lage wäre, allfällige Nachzahlungen an die Gesuchsgegnerin leisten zu können.

4 Kosten

[...]



Aus diesen Gründen wird verfügt:

1. Die Gesuchsgegnerin wird im Sinne einer vorsorglichen Massnahme verpflichtet, der Gesuchstellerin während der Dauer des Verfahrens unentgeltlich nachfolgenden Zugang zu gewähren:
 - a. Datenaustausch (Peering) zwischen dem Internet Backbone AS3303 der Gesuchsgegnerin und dem Internet Backbone AS13030 der Gesuchstellerin, sowohl für IPv4 wie auch für IPv6.
 - b. Datenaustausch (Peering) zwischen dem mobilen Netzwerk der Gesuchsgegnerin und dem Internet Backbone AS13030 der Gesuchstellerin.
 - c. Anzahl Leitungen: 2 (Genf und Zürich).
 - d. Geschwindigkeit: Pro Leitung 10 Gigabit pro Sekunde.
 - e. Ohne jeglichen Ratelimiter.
 - f. Die Gesuchsgegnerin muss alle Prefixe wie zu anderen Peering Partnern propagieren, insbesondere auch alle More-Specific Prefixe, die für die Privatkundenbasis in Benutzung sind.
2. [...]
3. Diese Verfügung wird den Parteien schriftlich gegen Rückschein eröffnet.

Eidgenössische Kommunikationskommission ComCom

Marc Furrer
Präsident

Rechtsmittel

Soweit die Voraussetzungen dafür gegeben sind, kann gegen diese Verfügung innerhalb von 30 Tagen ab Eröffnung schriftlich Beschwerde erhoben werden. Diese Frist steht still vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern; vom 15. Juli bis und mit 15. August und vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar. Die Beschwerde ist einzureichen an das

Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 9023 St. Gallen.

Die Beschwerde hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Die angefochtene Verfügung und die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind der Beschwerde beizulegen, soweit der Beschwerdeführer sie in Händen hat.