



Bern, 19. März 2008

Zwischenverfügung

der Eidgenössischen Kommunikationskommission ComCom

Zusammensetzung Marc Furrer, Präsident
Christian Bovet, Vizepräsident

in Sachen [...]
vertreten durch [...]

Gesuchstellerin

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

Gesuchsgegnerin

betreffend **Subloop / vorsorgliche Massnahme**



1. Prozessgeschichte

Mit Datum vom 28. September 2007 reichte [...] ein Gesuch um Erlass einer Zugangsverfügung (act. 1 f.) bei der Eidgenössischen Kommunikationskommission ComCom ein. Sie stellte darin folgende Anträge:

„1. *Feststellung der Preise für Zugang*

Es seien im Verhältnis zwischen der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin mit Wirkung ab dem 1. April 2007 bis zur Rechtskraft des Entscheides für die in der nachfolgenden Liste aufgeführten Zugangsdiensten und -einrichtungen der Gesuchsgegnerin, wie sie in den entsprechenden Swisscom Fixnet Wholesale Vertragsurkunden, Handbuch Preise Version 1.0 enthalten sind, nicht diskriminierende und kostenorientierte Preise (LRIC) im Sinne von Art. 11 Abs. 1 FMG in Verbindung mit Art. 52 ff. FDV festzulegen.

[...]

2. *Verfügung von einzelnen Zugangsbedingungen*

2.3 *Teilnehmeranschluss*

2.3.2 *Leistungsbeschreibung*

Ziffer 2 Leistungsübersicht sei durch den Zugang zum Teilabschnitt der TAL (Quartierverteilerkasten) zu ergänzen.

[...]“

Mit Eingabe vom 16. November 2007 (act. 7 f.) nahm die Gesuchsgegnerin aufforderungsgemäss zum Zugangsgesuch Stellung. Sie stellte darin keinen expliziten Antrag zu dem von der Gesuchstellerin verlangten Zugang zum Teilabschnitt der Teilnehmeranschlussleitung (Subloop Unbundling), verlangte jedoch mit dem allgemein formulierten Begehren Ziff. 6 (act. 7, S. 4), dass anders lautende oder weitergehende Begehren der Gesuchstellerin abzuweisen seien, soweit auf sie einzutreten sei. In der Begründung führte sie bezüglich Subloop Unbundling (SU) aus (act. 7, S. 28 ff.), dass dieses im Rahmen der Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien gar nicht umstritten gewesen sei, die Gesuchstellerin habe jedenfalls diesbezüglich keinen Vorbehalt zum Vertrag angebracht. Das Begehren sei zudem ungenügend begründet, weshalb nicht darauf einzutreten sei. Wäre darauf einzutreten, so müsste es abgewiesen werden. Diese Zugangsform sei im Fernmeldegesetz nicht geregelt, so dass die Gesuchsgegnerin keine Pflicht treffe, ein entsprechendes Angebot zu machen. Angesichts des Aufwands, der mit einer solchen Ausweitung der Anzahl möglicher Entbündelungspunkte verbunden wäre, erscheine eine solche Verpflichtung unverhältnismässig. Die Gesuchsgegnerin stellte jedoch in Aussicht, Mitte 2008 freiwillig ein SU-Angebot zu lancieren.

Mit Schreiben vom 14. Februar 2008 stellte das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) den Verfahrensparteien in Aussicht, der ComCom Antrag auf Erlass vorsorglicher Massnahmen zu stellen, wonach die Gesuchsgegnerin verpflichtet würde, innert Frist ein Basisangebot für die Gewährung des Zugangs zum Teilabschnitt der Teilnehmeranschlussleitung zu veröffentlichen. Die Parteien erhielten gleichzeitig Gelegenheit, hierzu Stellung zu nehmen.

Mit Schreiben vom 29. Februar 2008 (act. 28) unterstützte die Gesuchstellerin ausdrücklich den vom BAKOM in Aussicht gestellten Erlass einer vorsorglichen Massnahme. Sie wies darauf hin, dass sie im Rahmen der Vertragsverhandlungen mit der Gesuchsgegnerin den Vertrag Teilnehmeranschlussleitung in Ziff. 4.5 sprachlich so ändern liess, dass offen gelassen wurde, wo der Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung erfolgt. Die Gesuchstellerin habe mithin keineswegs auf Subloop Unbundling verzichtet. Die Pflicht, ein entsprechendes Angebot zu veröffentlichen, treffe jedoch ausschliesslich die Gesuchsgegnerin. Die Gesuchstellerin wäre denn auch gar nicht in der Lage, ohne detaillierte Kenntnisse der Netz-, Infra- und Kostenstruktur der Gegenpartei die Bedingungen und namentlich die Preise für ein solches Angebot zu bezeichnen. Erst wenn ein gesetzeskonformes Angebot vorliege, könne entschieden werden, ob und inwieweit sie vom Angebot tatsächlich Gebrauch machen wolle und der eigene „roll out“ geplant werden. Das Subloop Unbundling falle klar in den Anwendungsbe- reich des Gesetzes. Für die Durchsetzung der gesetzlichen Pflicht zur Gewährung des Zugangs in



Form des Subloop Unbundling könne indessen nicht bis zum Abschluss des ordentlichen Verfahrens zugewartet werden. So lange die Gesuchstellerin ihrer Kundschaft nichts Gleichwertiges anbieten könne, erleide sie einen Wettbewerbsnachteil, der aufgrund der tiefen Wechselbereitschaft der Kundinnen und Kunden nicht leicht wieder gutzumachen wäre.

Die Gesuchsgegnerin ihrerseits beantragte mit Schreiben vom 29. Februar 2008 (act. 29), vom Erlass vorsorglicher Massnahmen sei abzusehen. Vorliegend sei keine der für den Erlass einer solchen Massnahme erforderlichen Voraussetzungen erfüllt. Die Feststellung, dass andere Fernmeldedienstanbieterinnen in ihren Investitionsentscheiden gehemmt würden, solange nicht verbindlich feststehe, ob die Gesuchsgegnerin zu einem Angebot verpflichtet sei, würde höchstens dann zutreffen, wenn diese sich prinzipiell weigern würde, das Subloop Unbundling anzubieten. Dies sei aber nicht der Fall. Sie sei durchaus bereit, unter Beobachtung angemessener Umsetzungsfristen den Dienst anzubieten. Gemäss aktuellem Projektstand dürfte ein entsprechendes Angebot ab 1. August 2008 erhältlich sein. Sodann müsse davon ausgegangen werden, dass die Gesuchstellerin keinen dringlichen und unmittelbaren Bedarf für den Zugang zum Teilabschnitt der Teilnehmeranschlussleitung habe, so dass kein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil für sie drohe. Ob andere Anbieterinnen von Fernmeldediensten (FDA) allenfalls einen derartigen Nachteil hinzunehmen hätten, könne dagegen nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sein. Auch bestehe keine Dringlichkeit, über fünf Monate nach Eingang des Gesuchs eine Subloop Unbundling-Verpflichtung noch vorsorglich zu verfügen, statt das Angebot der Gesuchsgegnerin abzuwarten. Angesichts des bald zu erwartenden freiwilligen Angebots jetzt noch eine behördlich verfügte, grundsätzliche Verpflichtung anzuordnen wäre auch unverhältnismässig, habe das BAKOM doch den mit den Zugangsverpflichtungen verbundenen Umsetzungsaufwand selbst anerkannt und eine verhältnismässige Umsetzung der Pflichten zugesichert. Schliesslich macht die Gesuchsgegnerin geltend, dass ungeachtet des neuen Wortlauts in Art. 11a Abs. 1 FMG davon auszugehen sei, dass die ComCom wie bis anhin einstweiligen Rechtsschutz nur „auf Gesuch einer Partei“ (Art. 11 Abs. 3, 2. Satz aFMG) gewähren könne. So fehle denn auch in der entsprechenden Bundesratsbotschaft jeglicher Hinweis darauf, dass mit der erwähnten Änderung des Wortlauts eine Ausnahme vom Gesuchsprinzip beabsichtigt gewesen sei.

2. Rechtliches

2.1. Gewährung des Netzzugangs durch marktbeherrschende Anbieterinnen

Marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten müssen gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG¹ anderen Anbieterinnen auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen Zugang zur ihren Einrichtungen und zu ihren Diensten gewähren. Wesentliche Neuerung der seit 1. April 2007 in Kraft stehenden Revision der Fernmeldeordnung ist die Entbündelung der so genannt "letzten Meile" ("Unbundling of the Local Loop [ULL]"). Die verschiedenen neuen Formen des Zugangs zum Netz marktbeherrschender Anbieterinnen werden in Art. 11 Abs. 1 FMG abschliessend aufgezählt. Die Einzelheiten zu den Zugangsformen und Zugangsbedingungen hat der Bundesrat in Art. 51 bis 63 FDV² geregelt.

Mit den neuen Zugangsformen soll namentlich ein wirksamer Wettbewerb beim Erbringen von Fernmeldediensten ermöglicht werden (vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. c FMG). Bei Märkten, auf welchen dank freiem Markteintritt und –austritt wirksamer Wettbewerb herrscht, liegen Bedingungen vor, welche Anreize zur effizienten Leistungsbereitstellung schaffen. Bei Netzwerkökonomien wie der Telekommunikation gibt es demgegenüber typischerweise Bereiche, in welchen wegen hohen fixen und irreversiblen Kosten beträchtliche Barrieren für einen Markteintritt oder -austritt bestehen, weshalb auch kein wirksamer Wettbewerb herrscht. Kann eine marktbeherrschende Anbieterin die Preise für Vorleistungsprodukte ohne ausreichenden Marktdruck eigenständig festlegen, ist sie versucht, diese so hoch anzusetzen,

¹ Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10).

² Verordnung über Fernmeldedienste vom 9. März 2007 (FDV; SR 784.101.1).



dass neu eintretende Marktteilnehmende keine oder nur eine unzureichende Marge erzielen können. Dritte werden dergestalt vom Markt ausgeschlossen, wodurch Wettbewerb verunmöglicht wird mit der Konsequenz überhöhter Preise auf dem Endkundenmarkt. Bei diesen ökonomischen Gegebenheiten bezweckt die staatliche Regulierung, trotz marktbeherrschender Stellung auf den Vorleistungsmärkten (Wholesale), Wettbewerb auf den nachgelagerten Endkundenmärkten (Retail) zu erzielen. Die Pflicht zur Gewährung des Netzzugangs stellt mit anderen Worten einen Ausgleich zur Marktbeherrschung dar und ist daher von zentraler Bedeutung für die Öffnung (Liberalisierung) von Telekommunikationsmärkten.³

Mit den Regulierungsvorschriften wird eine Wettbewerbssituation simuliert, wonach die unter konkurrierenden Fernmeldediensteanbieterinnen (FDA) geltenden Zugangsbedingungen unter funktionierenden Wettbewerbsverhältnissen zustande kommen. Die Rolle des Regulators besteht darin, den fehlenden Wettbewerb zu simulieren (in loco competitio). Beim Konzept der bestreitbaren Märkte richtet sich der damit verbundene, kostenorientierte Preis nicht nach den tatsächlichen, historischen Kosten der marktbeherrschenden Anbieterin, sondern nach denjenigen einer effizienten Leistungsbereitstellung unter wirksamem Wettbewerb. Das Modell geht von einer hypothetischen Anbieterin aus, die ihr Netz mit aktueller und etablierter Technologie aufbaut und ihre Anlagen demzufolge nach Wiederbeschaffungspreisen bewertet.

2.1.1. Vollständig entbündelter Zugang zum Teilnehmeranschluss (TAL)

Unter dem vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss („Full Access“) wird die Bereitstellung des Zugangs zum Teilnehmeranschluss für eine andere Anbieterin von Fernmeldediensten zur Nutzung des gesamten Frequenzspektrums der Doppelader-Metallleitung verstanden (Art. 3 lit. d^{bis} FMG). Mit dem Teilnehmeranschluss ist mit anderen Worten die physische Leitung gemeint, die den Anschluss (in der Regel den Hausanschluss) einer Benutzerin oder eines Benutzers mit den Fernmeldeanlagen einer Anbieterin verbindet und dergestalt die Inanspruchnahme von Fernmeldediensten ermöglicht. Mit der Entbündelung wird die marktbeherrschende Anbieterin verpflichtet, einer anderen Anbieterin den technisch sachgerechten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung sowie zu Breitbandübertragungstechniken bzw. zu den Räumlichkeiten und technischen Einrichtungen, die für die Installation und den Anschluss erforderlich sind (Kollokation), zu gewähren. Dadurch erhält die Konkurrentin die Möglichkeit, Telefondienste oder Datenübertragungsdienste bis hin zu den Kundinnen und Kunden zu erbringen und diesen gegenüber als einzige Vertragspartnerin aufzutreten.⁴

2.1.2. Zugang zum Teilabschnitt der Teilnehmeranschlussleitung

Bei der Gewährung des Zugangs zum Teilabschnitt der Teilnehmeranschlussleitung (Subloop Unbundling, SU) handelt es sich gleichermassen um den vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss. Der Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung erfolgt indessen nicht in den Anschlusszentralen, wie dies bei TAL dem Normalfall entspricht, sondern in vorgelagerten Übertragungsstellen (Street Cabinet, Quartierverteiler). Der Anschlusspunkt wird mithin näher beim Hausanschluss gewählt. Dadurch können über das Kupferkabel auch sehr breitbandige Dienste angeboten werden. Denn mit der hier zur Anwendung gelangenden VDSL-Technologie können die angestrebten Bandbreiten nur über relativ kurze Strecken sichergestellt werden (rund 1 km). Der Ausbau der Breitbandanschlüsse für solch hohe Bandbreiten ist beispielsweise erforderlich für die flächendeckende Übertragung von hochauflösenden TV-Signalen (z.B. Bluewin-TV).

³ So z.B. Rolf H. Weber, Der Übergang zur neuen Telekommunikationsordnung, in: Rolf H. Weber (Hrsg.), Neues Fernmelderecht, Zürich 1998, S. 23.

⁴ Zur Abgrenzung der verschiedenen Zugangsformen: Peter R. Fischer / Oliver Sidler, Fernmelderecht, in: Rolf H. Weber [Hrsg.], Informations- und Kommunikationsrecht, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. V, Teil I, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2003, Rz. 184 ff.



2.1.3. Subloop Unbundling im Lichte der Fernmeldeordnung

Das Fernmeldegesetz nennt als Zugangsform den bereits erwähnten, vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss, entsprechend der Begriffsdefinition gemäss Art. 3 lit. d^{bis} FMG. Der Zugang zum Teilabschnitt der Teilnehmeranschlussleitung wird im Gesetz nicht explizit erwähnt. Die gesetzliche Definition des vollständig entbündelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss ist jedoch sehr offen formuliert und zum andern wird kein Zugangspunkt festgeschrieben. Die gewollten Beschränkungen hat das Parlament sowohl in den Definitionen in Art. 3 FMG als auch bei den Zugangsformen in Art. 11 FMG jeweils explizit festgeschrieben, so wurde der vollständig entbündelte Zugang zum Teilnehmeranschluss beispielsweise explizit auf das Kupferkabel begrenzt (Doppelader-Metalleitung). Der Zugang zu den Einrichtungen und Diensten marktbeherrschender Anbieterinnen wird in der Verordnung über Fernmeldedienste näher ausgeführt. So wird die marktbeherrschende Anbieterin nach Art. 58 Abs. 1 lit. a FDV verpflichtet, in ihrem Basisangebot die technischen und kommerziellen Bedingungen für den vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss zu veröffentlichen; hierunter fallen insbesondere die Modalitäten für die Nutzung der entbündelten Teilnehmeranschlussleitung oder eines Teilabschnitts, jeweils ohne vorgeschaltete Übertragungs- oder Vermittlungstechnik. Der Verordnungsgeber brachte mit dieser Bestimmung klar zum Ausdruck, dass der vollständig entbündelte Zugang zum Teilnehmeranschluss ebenso den Zugang zu Teilabschnitten desselben umfasst. Dies kommt auch aus der Regelung der Kollokation zum Ausdruck, wonach die marktbeherrschende Anbieterin beim Zugang zum Teilabschnitt in ihren Quartierverteilerkästen jene Platzreserven frei halten darf, die sie benötigt, um die in naher Zukunft zu erwartende Nachfrage ihrer Kunden nach den über die Quartierverteilerkästen erbrachten Diensten zu befriedigen (Art. 58 Abs. 4 FDV).⁵

Die Gesuchsgegnerin bestreitet bisher ihre Pflicht, das Subloop Unbundling (SU) anbieten zu müssen. Diese Haltung nahm sie auch in der Gesuchsantwort vom 16. November 2007 ein (act. 7, S. 28 ff.). Sie hat bis zum heutigen Zeitpunkt kein entsprechendes Basisangebot veröffentlicht, kündigt ein solches lediglich „auf freiwilliger Basis“, mittlerweile auf frühestens 1. August 2008, an.

2.2. Anordnung vorsorglicher Massnahmen

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.⁶ Auch wenn sich die diesbezügliche Botschaft des Bundesrates zu dieser Frage nicht äussert, ist der mit der am 1. April 2007 in Kraft getretenen Teilrevision des FMG erfolgte Wegfall der Einschränkung der Anordnung vorsorglicher Massnahmen „auf Gesuch hin“ entgegen der Auffassung der Gesuchsgegnerin nicht quasi ein Versehen des Gesetzgebers und deshalb unbeachtlich. Vielmehr wurde damit die für die Interkonnektionsverfahren bislang geltende restriktive Sonderbestimmung aufgegeben und der sonst für vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren geltenden Praxis angepasst, wonach vorsorgliche Massnahmen in analoger Anwendung von Art. 56 VwVG⁷ auch im erstinstanzlichen Verfahren sowohl auf Gesuch einer Partei als auch von Amtes wegen ergriffen werden können, was denn auch in der Fernmeldeverordnung (Art. 71 FDV) klar zum Ausdruck kommt.⁸

Vorsorgliche Massnahmen, die vor Anordnung einer Verfügung ergehen, zielen darauf ab, die Wirksamkeit derselben sicherzustellen. Mit sichernden Vorkehren wird gewährleistet, dass der bestehende tatsächliche oder rechtliche Zustand einstweilen unverändert erhalten bleibt. Mit gestaltenden Massnahmen, wie sie hier zur Diskussion stehen, wird demgegenüber ein Rechtsverhältnis provisorisch

⁵ Erläuterungsbericht UVEK zur FDV vom 9. März 2007, insb. zu Art. 58 FDV, S. 22 f.; der Bericht kann auf der Website des BAKOM herunter geladen werden unter <http://www.bakom.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00512/00871/index.html?lang=de>

⁶ Art. 11a Abs. 1 FMG i.V.m. Art. 71 FDV.

⁷ Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021).

⁸ vgl. dazu Clemens von Zedtwitz, Interkonnektion von Telekommunikationsnetzen, Zürich 2007, S. 240.



geschaffen oder einstweilig neu geregelt. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung setzt ein Entscheid über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen Dringlichkeit voraus, d.h. dass es sich als notwendig erweist, die fraglichen Vorkehren sofort zu treffen. Sodann muss der Verzicht auf Massnahmen für den oder die Betroffenen einen Nachteil bewirken, der nicht leicht wieder gutzumachen ist, wobei ein tatsächliches, insbesondere wirtschaftliches Interesse genügen kann. Erforderlich ist weiter, dass eine Abwägung der entgegenstehenden Interessen den Ausschlag für den einstweiligen Rechtsschutz gibt und dieser verhältnismässig erscheint. Der durch die Endverfügung zu regelnde Zustand darf dadurch jedoch weder präjudiziert noch verunmöglicht werden. Vorsorgliche Massnahmen beruhen auf einer bloss summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage. Dabei kann die Hauptsachenprognose insbesondere dann berücksichtigt werden, wenn sie eindeutig ist; bei tatsächlichen oder rechtlichen Unklarheiten drängt sich hingegen Zurückhaltung auf, weil diesfalls die entsprechenden Entscheidungsgrundlagen ja erst im Hauptverfahren ermittelt bzw. festgelegt werden.⁹

Vorliegend haben die Verfahrensparteien keinen Antrag auf Anordnung vorsorglicher Massnahmen gestellt. Nachfolgend ist deshalb von Amtes wegen zu prüfen, ob die Gesuchsgegnerin im Sinne einer vorsorglichen Massnahme zu verpflichten ist, innert Frist ein Basisangebot für die Gewährung des Zugangs zum Teilabschnitt der Teilnehmeranschlussleitung zu veröffentlichen. Bei der Anordnung vorsorglicher Massnahmen im Sinne des einstweiligen Rechtsschutzes handelt es sich nicht um einen Endentscheid in der Sache, sondern um eine verfahrensleitende Zwischenverfügung. Zuständig zum Erlass einer Zwischenverfügung ist der Präsident zusammen mit einem anderen Mitglied der Kommission.¹⁰ Eine derart ergangene Verfügung ist mittels Beschwerde selbstständig anfechtbar, sofern sie für den Anfechtenden einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bedeuten kann.¹¹

2.3. Vorsorgliche Anordnung des Subloop Unbundling (SU)

2.3.1. Dringlichkeit der Massnahme

Die Gesuchsgegnerin hat zum heutigen Zeitpunkt bereits mit einigen anderen FDA Verträge über die Bedingungen des vollständig entbündelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss TAL abgeschlossen. Diese Verträge sind teils Gegenstand von hängigen Verfahren vor der ComCom, wo es um die behördliche Festsetzung der Preise sowie weiterer Vertragsbedingungen geht. Dies beweist, dass verschiedene FDA daran interessiert sind, in Konkurrenz zur Gesuchsgegnerin Fernmeldedienste über das bestehende Festnetz zu erbringen. Mit dem heute bestehenden Basisangebot der Gesuchsgegnerin zu TAL werden die FDA allerdings insofern benachteiligt, als ihnen verwehrt ist, zwischen dem Anschlusspunkt in der Ortszentrale und jenem im Quartierverteilerkasten zu wählen. Dadurch haben Sie keine Möglichkeit, hohe Bandbreiten mittels VDSL-Technik anzubieten.

Laut eigenen Aussagen in der Öffentlichkeit hat die Gesuchsgegnerin heute bereits mehrere hundert Millionen Franken in den Glasfaserausbau (VDSL) bis in die Quartiere investiert. Für diesen Ausbau der Übertragungskapazitäten sollen in den Quartieren bis knapp 6'000 Verteilerkästen erstellt und über Glasfaserkabel mit den Ortszentralen verbunden werden.¹² Mit diesen Investitionen hat sich die Gesuchsgegnerin einen Wettbewerbsvorteil gegenüber anderen Anbieterinnen von Fernmeldediensten über das Festnetz verschafft. Diese hatten bisher noch keinen Zugang zum Teilnehmeranschluss, so dass es technisch sinnlos gewesen wäre, im Hinblick auf allfällige Zugangsmöglichkeiten bereits in VDSL-Technik bzw. in den hierfür erforderlichen Glasfaserausbau zu investieren.

Aus heutiger Sicht muss klarerweise festgehalten werden, dass eine FDA nur dann ernsthaft auf dem

⁹ Alfred Kölz / Isabelle Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Auflage, Zürich 1998, Rz. 330 ff.; BGE 127 II 132 E. 3 S. 137 f. mit weiteren Hinweisen.

¹⁰ Art. 4 lit. b und 13 des Geschäftsreglements der Kommunikationskommission vom 6. November 1997 (SR 784.101.115).

¹¹ Art. 46 Abs. 1 lit. a VwVG.

¹² In der Stellungnahme vom 16. November 2007 spricht die Gesuchsgegnerin sogar von 9'000 weiteren Standorten, an denen der Zugang zum Teilabschnitt der Teilnehmeranschlussleitung nachgefragt werden kann (act. 7, S. 29 Mitte).



Endkundenmarkt in Konkurrenz zur Gesuchsgegnerin treten kann, wenn sie auch sehr hohe Bandbreiten zu konkurrenzfähigen Preisen anbieten kann. Kann sie das nicht, so lohnen sich die Vorinvestitionen in die Entbündelung des Festnetzes kaum. So lange die Gesuchsgegnerin anderen FDA den Zugang zum Teilabschnitt der Teilnehmeranschlussleitung nicht gewähren muss, kann sie ihren Wettbewerbsvorteil ausbauen. Gleichzeitig werden die anderen FDA in der Planung eigener Kundenangebote blockiert, namentlich können die nötigen Investitionsentscheide nicht gefällt werden. Für die vom Fernmeldegesetz vorgeschriebene Entbündelung der letzten Meile kommt es mit anderen Worten entscheidend darauf an, dass der Zugang zum Teilnehmeranschluss nicht nur bei den Ortszentralen, sondern auch bei den weiteren Verteilerzentralen von der Gesuchsgegnerin gewährt werden muss. Sollen für die marktbeherrschende Anbieterin und für die weiteren Anbieterinnen auch nur annähernd gleich lange Spiesse für die Erbringung von Fernmeldediensten über das Festnetz geschaffen werden, so muss der Zugang zum Teilabschnitt so rasch als möglich sichergestellt werden. Wird der rechtskräftige Endentscheid abgewartet, so ist es für allfälligen Wettbewerb zu spät.

Durch das Fehlen eines SU-Angebots ist somit nicht nur der Gesuchstellerin, sondern auch anderen an den Entbündelungsangeboten interessierten Anbieterinnen die Möglichkeit verwehrt, in ihren gegenwärtigen Investitionsentscheiden die Vor- und Nachteile eines SU oder einer Entbündelung in den Ortszentralen gegeneinander abzuwägen und entsprechend zu entscheiden. Damit ist die Gefahr aber gross, dass das gesetzlich vorgesehene SU gar nie zum Tragen kommt, was nicht nur dem Willen des Gesetzgebers, sondern auch dem öffentlichen Interesse widerspräche. Mit simplen Beweisanordnungen im Gesuchsverfahren wird deshalb das Ziel nicht erreicht werden können.

Das Argument der Gesuchsgegnerin, angesichts des von ihrer Seite angekündigten, baldigen Angebots fehle mehr als fünf Monate nach Eingang des Gesuchs die für die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme geforderte Dringlichkeit, ist nicht stichhaltig. Mit dem in Aussicht gestellten „freiwilligen“ Angebot der Gesuchsgegnerin ist weder sichergestellt, dass dieses tatsächlich auch zum jetzt angekündigten Zeitpunkt erfolgt, noch dass sich die Gesuchsgegnerin in Bezug auf dessen inhaltliche Ausgestaltung von den gesetzlichen Vorgaben leiten lässt (vgl. dazu auch Ziff. 2.3.3). Wie oben dargelegt, ist deshalb davon auszugehen, dass die interessierten Anbieterinnen erst mit rechtskräftiger Erledigung des vorliegenden Verfahrens, demnach deutlich später als im Sommer dieses Jahres - und damit zu spät für ihre Investitionsentscheide - in den Genuss eines gesetzeskonformen Angebots kommen könnten. Dass die vorsorgliche Massnahme im Übrigen erst nach Abschluss des Schriftenwechsels angeordnet wird, erscheint angesichts der Vielgestaltigkeit der sich stellenden Fragen, so etwa in Bezug auf das von der Gesuchsgegnerin bezweifelte Rechtsschutzinteresse der Gesuchstellerin, als folgerichtig. Im Übrigen hätte eine frühere Anordnung höchstens zur Einräumung einer längeren Umsetzungsfrist führen müssen, geht man davon aus, dass dem von der Gesuchsgegnerin monierten Umsetzungsaufwand für ein SU-Angebot angemessen Rechnung getragen werden muss.

2.3.2. Nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil

Die Gesuchsgegnerin verfügt aktuell auf dem Endkunden-Breitbandmarkt via Bluewin über einen Marktanteil von 50%.¹³ Dieser Marktanteil ist dabei kontinuierlich gewachsen und wird momentan noch weiter ausgebaut.¹⁴ Diese Entwicklung verläuft den Zielen der Fernmeldeordnung klar entgegen, wirksamen Wettbewerb beim Erbringen von Fernmeldediensten zu ermöglichen. Die Weigerung der Gesuchsgegnerin, anderen Anbieterinnen den Zugang zum Teilabschnitt der Teilnehmeranschlussleitung zu gewähren, verunmöglicht es den hieran interessierten FDA, entsprechende Kundenprodukte zu entwickeln und die erforderlichen Investitionen zu tätigen. Gegenüber der Gesuchsgegnerin stellt es heute einen nicht unbedeutenden Wettbewerbsnachteil dar, keine Datenübertragung mit gleich hohen Bandbreiten über das Kupferkabel anbieten zu können. Dieser Umstand mindert selbstredend

¹³ Investor & Analyst Meeting der Swisscom vom 5. März 2008: http://www.swisscom.com/NR/rdonlyres/-6AFBA189-9BFF-42E3-9ED3-7CFCFE7917DA/0/2007_Y_presentation_en.pdf, Folie 62.

¹⁴ Gemäss eigenen Angaben der Gesuchsgegnerin gegenüber Finanzanalysten zu Q1, Q2 und Q3 2007 stieg ihr Anteil von 48% Ende Q1 2007 auf 48.3% Ende Q2 2007 und 48.8% Ende Q3 2007, während beispielsweise der Marktanteil von Cablecom von 20% Ende Q1 2007 auf 19.2% Ende Q3 2007 zurückging.



die Möglichkeit, neue Kundschaft akquirieren zu können. Dies wiederum führt zu Umsatzeinbussen, die auch im Falle einer Gutheissung des Zugangsgesuchs nicht mehr kompensiert werden können. Je länger die Entbündelung des Teilabschnitts verwehrt bleibt, desto höher fallen die Umsatzeinbussen aus.

Ein weiteres Zuwarten bei der Entbündelung des Teilabschnitts würde nicht nur aus betriebswirtschaftlicher, sondern auch aus volkswirtschaftlicher Sicht zu einem erheblichen Nachteil führen. Mit den Entbündelungsvorschriften soll, wie zuvor dargelegt, ein wirksamer Wettbewerb beim Erbringen von Fernmeldediensten ermöglicht werden. Es soll mit anderen Worten verhindert werden, dass marktbeherrschende Anbieterinnen neuen Konkurrentinnen mit prohibitiven Preisen und technischen Auflagen den Zugang zum Netz verwehren.¹⁵ Wenn auf einem Endkundenmarkt kein wirksamer Wettbewerb herrscht, muss davon ausgegangen werden, dass dort zu hohe Preise für die angebotenen Produkte bezahlt werden müssen. Dies ist volkswirtschaftlich schädlich und kann im Nachhinein nicht mehr kompensiert werden. Schliesslich besteht die Gefahr, dass die Marktmacht der marktbeherrschenden Anbieterin so gross ist, dass es für andere Anbieterinnen nicht mehr lohnend erscheint, ein Konkurrenzangebot aufzubauen. Diese Gefahr wird umso grösser, je länger der Entbündelungsprozess blockiert bleibt, was im Übrigen auch die Stellungnahme der Gesuchstellerin zeigt.

Das öffentliche Interesse an einem Basisangebot der Gesuchsgegnerin zur Gewährung des Zugangs zum Teilabschnitt der Teilnehmeranschlussleitung ist damit ausgewiesen. Wird die Gesuchsgegnerin erst mit dem rechtskräftigen Endentscheid hierzu verpflichtet, so entstehen nicht nur der Gesuchstellerin, sondern auch anderen Anbieterinnen sowie der Allgemeinheit wirtschaftliche Nachteile, die nicht (leicht) wieder gutzumachen sind. Diese anderen Anbieterinnen sowie der Allgemeinheit drohenden Nachteile dürfen entgegen der Auffassung der Gesuchsgegnerin sehr wohl auch in die Betrachtung mit einbezogen werden.

2.3.3. Verhältnismässigkeit der Massnahme

Wie bereits einleitend vermerkt, ist für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen erforderlich, dass eine Abwägung der entgegenstehenden Interessen den Ausschlag für den einstweiligen Rechtsschutz gibt und dieser verhältnismässig erscheint. Das Verhältnismässigkeitsgebot gilt für das gesamte Verwaltungshandeln. Damit eine Massnahme verhältnismässig erscheint, muss sie nicht nur notwendig, sondern auch geeignet sein, den gewünschten Erfolg herbeizuführen.¹⁶ Überdies muss die Massnahme auch im engeren Sinn verhältnismässig, d.h. mit Blick auf die auf dem Spiele stehenden Interessen für den Betroffenen zumutbar sein.

Aus den zuvor gemachten Ausführungen ergibt sich, dass ein erhebliches öffentliches Interesse an der Gewährung des Zugangs zum Teilabschnitt der Teilnehmeranschlussleitung besteht und somit daran, dass die Gesuchsgegnerin die Bedingungen dieses Zugangs im Sinne des Transparenzgebots innert nützlicher Frist in einem Basisangebot zuhanden der interessierten Fernmeldediensteanbieterinnen festlegt. Dieses Interesse besteht nicht nur grundsätzlich am Vollzug der gesetzlichen Vorgaben, sondern bezieht sich auch explizit auf deren möglichst rasche Umsetzung. Dagegen erscheint das private Interesse der Gesuchsgegnerin, kein Basisangebot innert nützlicher Frist veröffentlichen zu müssen, nicht besonders gewichtig. Die Gesuchsgegnerin macht verschiedene formell- und materiellrechtliche Gründe geltend, weshalb das Gesuch in diesem Punkt abzuweisen sei. Im Übrigen erklärt sie sich freiwillig bereit, mittlerweile per 1. August 2008 ein Angebot für den Zugang zum Teilabschnitt der Teilnehmeranschlussleitung auf den Markt zu bringen. Sie führt selber aus, bis zu diesem Zeitpunkt die „umfassenden und aufwändigen Vorarbeiten und Anpassungen auf verschiedensten Stufen (Prozesse, IT-Systeme, Inventarisierung, Umschaltprozesse, substanzielle Auswirkungen und Anpassungen beim Spektrum Management etc.)“ leisten zu können (act. 7, S. 29 Mitte und act. 29, S. 2).

Die ComCom kann nach Art. 71 FDV vorsorgliche Massnahmen verfügen, um den Zugang während

¹⁵ BGE 125 II 613 E. 1b S. 618.

¹⁶ Thomas Poledna, Staatliche Bewilligungen und Konzessionen, Bern 1994, S. 113 ff.



des Verfahrens sicherzustellen. Mit der vorliegenden Verfügung soll die Gesuchsgegnerin vorsorglich verpflichtet werden, innert nützlicher Frist ein Basisangebot zu veröffentlichen und den anderen Anbieterinnen gestützt darauf Zugang zum Teilabschnitt der Teilnehmeranschlussleitung zu gewähren. Die Massnahme ist somit geeignet, den Zugang in dieser Form während des noch hängigen Verfahrens sicherzustellen. Auch wenn die Gesuchsgegnerin sich bereit erklärt hat, freiwillig bis zum 1. August 2008 ein Angebot zu machen, so ist die Anordnung der vorsorglichen Massnahme erforderlich. Nur so kann der rasche Vollzug der gesetzlichen Zugangsregelung rechtlich gesichert werden. Nachdem sich die Gesuchsgegnerin bisher geweigert hat, ein entsprechendes Angebot zu machen, besteht andernfalls keine Gewähr dafür, dass die in Aussicht gestellte Umsetzung nicht zeitlich verzögert wird. Dies gilt auch für die inhaltliche Ausgestaltung des Angebots. Dieses hat die gesetzlichen Vorgaben einzuhalten, wonach der Zugang auf transparente und nicht diskriminierende Weise sowie insbesondere zu kostenorientierten Preisen zu gewähren ist. Die Gesuchsgegnerin hat sich nie über die Ausgestaltung des Angebots ausgesprochen. Entsprechend der von ihr eingenommenen Haltung ist deshalb nicht unbedingt davon auszugehen, dass ihr „freiwilliges“ Angebot sich an den gesetzlichen Vorgaben orientiert.

Es besteht somit ein erhebliches öffentliches Interesse an der Anordnung dieser vorsorglichen Massnahme, die sich im Übrigen als geeignet und erforderlich erweist. Der Gesuchsgegnerin ist angemessene Zeit einzuräumen, um ein entsprechendes Angebot zu erarbeiten und die umfangreichen Arbeiten zur Umsetzung leisten zu können. Werden hierfür drei Monate ab Erlass dieser Verfügung eingeräumt, so muss die Gesuchsgegnerin Mitte 2008 das Angebot veröffentlichen. Dies ist der Zeitpunkt, zu welchem sie ursprünglich ohnehin ein Angebot in Aussicht stellte. In diesem Fall dient die vorsorgliche Massnahme lediglich zur rechtlichen Absicherung der Zugangsgewährung, für die Gesuchsgegnerin sind damit keine weiteren Eingriffe in ihre Interessen verbunden. Die Massnahme erweist sich somit auch gesamthaft als verhältnismässig.

2.3.4. Prognose in der Hauptsache

Die Gesuchsgegnerin bestreitet nicht, bei der Gewährung des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung marktbeherrschend zu sein. Sie macht hingegen geltend, Subloop Unbundling stelle eine Netzzugangsform dar, die vom Gesetz nicht vorgesehen sei, den entsprechenden Bestimmungen der Verordnung über Fernmeldedienste fehle es mithin an einer genügenden gesetzlichen Grundlage. Vorliegend ist lediglich eine summarische Prüfung der Sach- und Rechtslage vorzunehmen. Somit mussten auch keine weiteren Beweiserhebungen zu den Vorbringen der Verfahrensbeteiligten durchgeführt werden.

Das Subloop-Unbundling (SU) ist im FMG nicht erwähnt; explizit geregelt ist einzig der vollständig entbündelte Zugang zum Teilnehmeranschluss (Art. 11 Abs.1 Bst. a FMG), definiert als „Bereitstellung des Zugangs zum Teilnehmeranschluss für eine andere Anbieterin von Fernmeldediensten zur Nutzung des gesamten Frequenzspektrums der Doppelader-Metallleitung“ (Art. 3 Bst. dbis FMG). Wo dieser Zugang bereitgestellt werden muss, wird etwa im Gegensatz zur Definition des schnellen Bitstrom-Zugangs (Art. 3 Bst. d^{ter} FMG) nicht bestimmt. Wie bereits einleitend dargelegt, ist der vollständig entbündelte Zugang zum Teilnehmeranschluss in Art. 58 Abs. 1 lit. a FDV ausgeführt. Das Fernmelderecht geht mithin davon aus, dass es in beiden Fällen um die Entbündelung des Teilnehmeranschlusses geht. Das Gesetz hat dabei nicht vorgeschrieben, an welchem Punkt der Netzzugang zu gewähren ist. Aufgrund der Weiterentwicklung der Softwareprodukte für die Datenübertragung kommen heute nicht nur die Ortszentrale, sondern auch die Verteilerzentralen in den Quartieren als Zugangspunkt in Frage. Subloop Unbundling stellt mit anderen Worten lediglich eine Unterform des vollständig entbündelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss und nicht, wie von der Gesuchsgegnerin geltend gemacht, eine selbstständige Zugangsform dar. Für Letztere würde aufgrund des abschliessenden Katalogs in Art. 11 Abs. 1 FMG in der Tat keine genügende gesetzliche Grundlage bestehen.

Die ComCom hat keinen Anlass, heute von der vom Ordnungsgeber vorgenommenen Auslegung der gesetzlichen Zugangsbestimmung abzuweichen. Vielmehr würde es für die Entbündelung des Teilnehmeranschlusses keinen Sinn machen, den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung auf die



jeweilige Ortszentrale zu beschränken. Der Gesetzgeber wollte die Entbündelung diesbezüglich nicht von vornherein einschränken, weshalb hier nicht von einem qualifizierten Schweigen des Gesetzgebers auszugehen ist.

Im Rahmen der summarischen Prüfung überzeugen auch die weiteren von der Gesuchsgegnerin vorgebrachten Gründe gegen die Zugangsgewährung nicht. Die Gesuchstellerin hatte beim Abschluss der Vereinbarung mit der Gesuchsgegnerin über den vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss einen klaren Vorbehalt zu den Preisen und Bedingungen angebracht. Dies wird nicht bestritten. Nachdem sich die Gesuchsgegnerin grundsätzlich geweigert hatte, Verhandlungen über ein allfälliges Angebot zu Subloop Unbundling zu führen, konnte auch zu keiner expliziten Bestimmung ein Vorbehalt angebracht werden. Ebenso wenig kann von der Gesuchstellerin verlangt werden, dass sie sich im Zugangsgesuch detailliert zu den Preisen und Bedingungen eines SU-Angebots äussert. Der Gesuchstellerin fehlen die hierzu notwendigen Angaben gänzlich. Gleiches gilt im Prinzip für die ComCom und das BAKOM. Diese sind nicht in der Lage, im Rahmen der Festlegung der Zugangsbedingungen ein SU-Angebot in technischer und ökonomischer Hinsicht quasi selbstständig zu konzipieren. Zu diesem Zweck bedarf es zuerst der im Rahmen des veröffentlichten Basisangebots sonst üblicherweise verfügbaren Informationen.

Vorliegend kann deshalb davon ausgegangen werden, dass das SU inhärenter Bestandteil des vollständig entbündelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss und keine selbstständige Zugangsform ist und mithin über eine ausreichende gesetzliche Grundlage verfügt. Im Sinne einer Prognose in der Hauptsache darf deshalb angenommen werden, dass die Gesuchsgegnerin gestützt auf das Fernmeldegesetz verpflichtet ist, den Zugang zum Teilabschnitt der Teilnehmeranschlussleitung zu gewähren.

2.4. Fazit

Die rechtlichen Grundlagen für das SU sind geschaffen, die Hauptsachenprognose erweist sich damit als günstig und das öffentliche Interesse an einer raschen Verfügbarkeit auch dieser Unterform der vollständigen Entbündelung ist gegeben. Denn kann nicht innert nützlicher Frist mit einem SU-Angebot gerechnet werden, besteht die Gefahr, dass diese Unterart der vollständigen Entbündelung gar nie zum Tragen kommt. Das Interesse der Gesuchsgegnerin, kein Angebot veröffentlichen zu müssen, ist dagegen nicht als bedeutend einzustufen, da sie ja ohnehin ein solches Angebot auf „freiwilliger Basis“ in Aussicht stellt. Allerdings kann die Instruktionsbehörde nicht einfach darauf vertrauen, dass dieser „freiwillige“ Akt dann auch innert nützlicher Frist und - da „freiwillig“ - im Sinne des gesetzlich vorgeschriebenen Angebots erfolgt. Das Interesse der alternativen Anbieterinnen, auch über das SU als mögliche Entbündelungsvariante zu verfügen, übersteigt mit Sicherheit das entgegengesetzte Interesse der Gesuchsgegnerin. Schliesslich legt sich die ComCom in Bezug auf den Hauptentscheid auch nicht bereits entscheidend fest, spricht sie sich doch zu den einzelnen Bedingungen überhaupt nicht aus. Sollte zudem die vorfrageweise zu prüfende Gesetzesgrundlage wider Erwarten schliesslich doch als ungenügend beurteilt werden müssen, dürfte die Rückabwicklung kaum ein grosses Problem darstellen, da - aufgrund des ohnehin beabsichtigten „freiwilligen“ Angebots der Gesuchsgegnerin - vornehmlich finanzielle Interessen zur Debatte stünden.

Aus diesen Gründen ergibt sich, dass die Gesuchsgegnerin vorsorglich zu verpflichten ist, innert Frist ein Basisangebot für die Gewährung des Zugangs zum Teilabschnitt der Teilnehmeranschlussleitung zu veröffentlichen. Einer allfälligen Beschwerde gegen diese Verfügung ist die aufschiebende Wirkung zu entziehen. Das erhebliche öffentliche Interesse an der möglichst raschen Durchsetzung der gesetzlichen Pflicht der Gesuchsgegnerin zur Gewährung des Netzzugangs zum Teilabschnitt der Teilnehmeranschlussleitung rechtfertigt den vorsorglichen Entzug der aufschiebenden Wirkung. Nur so kann der Zweck der vorsorglichen Massnahme gewährleistet werden.



3. Kosten

[...]

Aus diesen Gründen wird verfügt:

1. Swisscom (Schweiz) AG wird vorsorglich verpflichtet, bis spätestens am 1. Juli 2008 ein Basisangebot für den Zugang zum Teilabschnitt der Teilnehmeranschlussleitung zu veröffentlichen.
2. [...]
3. Einer allfälligen Beschwerde gegen diese Verfügung wird die aufschiebende Wirkung entzogen.
4. Diese Verfügung wird den Parteien schriftlich gegen Rückschein eröffnet.

Eidgenössische Kommunikationskommission ComCom

Marc Furrer
Präsident

Rechtsmittel

Sofern die Beschwerde gegen die vorliegende Verfügung zulässig ist (Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG), kann innerhalb von 30 Tagen ab Eröffnung schriftlich Beschwerde dagegen 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
3000 Bern 14

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.