



2C_876/2021

Verfügung vom 6. Dezember 2021

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung

Bundesrichter Seiler, Präsident.

Verfahrensbeteiligte

Swisscom (Schweiz) AG,
Alte Tiefenastrasse 6, 3050 Bern,
Beschwerdeführerin,
vertreten durch Dr. Reto Jacobs und/oder
Dr. Daniel Zimmerli Rechtsanwälte, Walder Wyss AG,
Seefeldstrasse 123, 8008 Zürich,

gegen

Init 7 (Schweiz) AG,
Technoparkstrasse 5, 8406 Winterthur,
Beschwerdegegnerin,
vertreten durch Herrn Prof. Dr. Simon Schlauri,
Ronzani Schlauri Anwälte,
Technoparkstrasse 1, 8005 Zürich,

Wettbewerbskommission,
Hallwylstrasse 4, 3003 Bern.

Gegenstand

Netzbaustrategie - Anordnung vorsorglicher
Massnahmen,

Beschwerde gegen das Urteil des
Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II,
vom 30. September 2021 (B-161/2021).

Erwägungen:

1.

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (WEKO) eröffnete im Februar 2020 eine Vorabklärung im Zusammenhang mit der neuen Strategie der Swisscom (Schweiz) AG (im Folgenden: Swisscom) zum Ausbau des FTTH-Netzes. Am 11. September 2020 reichte die Init 7 (Schweiz) AG (im Folgenden: Init7) beim Sekretariat eine Anzeige gegen die Swisscom ein wegen einer unzulässigen Verhaltensweise (Art. 7 KG) und beantragte den Erlass vorsorglicher Massnahmen. Am 14. Dezember 2020 eröffnete das Sekretariat mit Zustimmung eines Mitglieds der WEKO ein Verfahren gemäss Art. 27 KG und untersagte der Swisscom im Sinne vorsorglicher Massnahmen mit sofortiger Wirkung, "ein Glasfasernetz auszubauen bzw. ihr bestehendes Leitungsnetz zu einem Glasfasernetz FTTH in einer Weise auszubauen, die es Nachfragern nach Layer-1-Angeboten verunmöglicht, ein Layer-1-Angebot ab den Swisscom Anschlusszentralen Privatkunden und/oder Geschäftskunden anzubieten". Zugleich wurde einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen.

2.

Die Swisscom erhob am 13. Januar 2021 dagegen Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht und beantragte die Aufhebung der vorsorglichen Massnahme sowie die unverzügliche Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung. Ohne vorab über die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung entschieden zu haben, wies das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 30. September 2021 die Beschwerde ab, soweit sie nicht als gegenstandslos geworden abzuschreiben war.

3.

Die Swisscom erhebt am 4. November 2021 Beschwerde an das Bundesgericht mit dem Antrag, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts und die Ziff. 2 und 4 der Verfügung der WEKO vom 14. Dezember 2020 seien aufzuheben. Zudem beantragt sie, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Die WEKO und die Init 7 beantragen, das Gesuch um aufschiebende Wirkung abzuweisen. Das Bundesverwaltungsgericht ist der Ansicht, dass in einem Verfahren über vorsorgliche Massnahmen eine Beurteilung der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung regelmässig nicht vorgängig zur Beurteilung der angeordneten vorsorglichen Massnahme vorgenommen werden könne.

4.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat von hier nicht vorliegenden Ausnahmen abgesehen von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung (Art. 103 Abs. 1 und 2 BGG). Der Instruktionsrichter kann von Amtes wegen oder Antrag einer Partei eine andere Anordnung treffen (Art. 103 Abs. 3 BGG). Diese Anordnung ergeht gestützt auf eine bloss summarische Prüfung der Sach- und Rechtslage. Der Vollzug des Entscheids ist dann aufzuschieben, wenn ein überwiegendes Interesse einer Partei, allenfalls der Allgemeinheit oder von Dritten, an einer solchen vorsorglichen Anordnung gegeben ist. Dies ist dann der Fall, wenn bei sofortigem Vollzug ein erheblicher, auch durch die spätere Gutheissung der Beschwerde nicht rückgängig zu machender Nachteil droht, den hinzunehmen für den Betroffenen unter Berücksichtigung der konkreten Umstände nicht zumutbar erscheint. Einzu beziehen in die Interessenabwägung nach Art. 103 Abs. 3 BGG sind sämtliche auf dem Spiel stehenden Interessen, insbesondere auch wirtschaftliche Interessen (BGE 130 II 149 E. 2.2 S. 155). Prozessaussichten sind nur zu berücksichtigen, wenn sie eindeutig sind. Zu achten ist sodann auf eine gewisse Kontinuität im Verfahren (Ulrich Meyer/Johanna Dormann, Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl. 2018, N. 37 f. zu Art. 103 BGG).

5.

Ist - wie vorliegend - die Hauptsache bereits eine vorsorgliche Massnahme, so stimmen die Kriterien für die Beurteilung, ob die aufschiebende Wirkung zu gewähren sei, weitgehend überein mit den Kriterien in der Hauptsache. Das schliesst allerdings nicht grundsätzlich aus, vorab über das Gesuch um aufschiebende Wirkung zu entscheiden. Zwar wird dabei gewissermassen die Beurteilung der Hauptsache vorgezogen. Das ist indessen bei vorsorglichen Massnahmen regelmässig der Fall, allerdings beschränkt auf die Dauer des Verfahrens. Ist die Hauptsache bereits eine vorsorgliche Massnahme, so ist freilich bei der Prüfung der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen, dass bereits die Entscheidung in der Hauptsache nur auf summarischer Prüfung beruht. Zudem ist im Verfahren vor Bundesgericht zu beachten, dass im Rahmen einer Beschwerde gegen vorsorgliche Massnahmen nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden kann (Art. 98 BGG), was bei der Beurteilung der Erfolgsaussichten eine Rolle spielen kann. Dennoch kann es sich vor allem dort, wo ein definitiv nicht wieder gut zu machender Nachteil droht, durchaus aufdrängen, einer Beschwerde gegen einen Entscheid über vorsorgliche Massnahmen die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen (z.B. im Submissionsrecht, wenn ansonsten der Vertrag geschlossen

würde, vgl. Verfügungen 2D_63/2019 vom 22. November 2019; 2C_98/2017 vom 15. Februar 2017; oder im Fall einer vorsorglich angeordneten Euthanasierung eines Tieres, vgl. Verfügung 2C_595/2021 vom 29. Juli 2021).

6.

6.1 Die Beschwerdeführerin begründet ihr Begehren um aufschiebende Wirkung damit, gemäss der angeordneten Massnahme dürfe sie nur noch Glasfasernetze mit P2P-Netzarchitektur bauen; die von ihr favorisierte P2MP-Netzarchitektur sei jedoch wesentlich kostengünstiger und international dominierend. Sie erleide infolge der angeordneten Massnahme nun bereits seit zehn Monaten gravierende, nicht wiedergutzumachende Nachteile, indem die Massnahme faktisch einen Baustopp für einen grossen Teil des Glasfaserkabels bewirke. Dadurch könnten Gebiete, die bisher nicht mit Glasfaser erschlossen sind, weiterhin nicht erschlossen werden, was auch für die Endkunden nachteilig sei und für sie – die Beschwerdeführerin – einen Reputationsschaden und einen Verlust an Marktanteilen bedeute. Würde sie verpflichtet, bis zur Entscheidung in der Hauptsache ihr Netz in einer P2P-Netzarchitektur auszubauen, werde der Endentscheid präjudiziert und aufwändige bauliche Investitionen müssten getätigt werden. Dies sei ihr nicht zumutbar, so dass die Massnahme auch zur Konsequenz habe, dass für jene Endkunden, deren Anschlüsse heute noch nicht mit Glasfaser erschlossen sind, der Zugang zu schnellen Breitbandangeboten deutlich verzögert oder gar gänzlich verunmöglicht werde. Alle diese Nachteile könnten auch bei einem späteren Obsiegen nicht rückgängig gemacht werden.

6.2 Die WEKO bringt vor, das Bundesverwaltungsgericht habe mit Zwischenverfügung vom 15. Januar 2021 das Begehren der Beschwerdeführerin, über den Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung sei vorab unverzüglich zu entscheiden, abgewiesen. Die Beschwerdeführerin habe sich dagegen nicht gewehrt und auch in der Folge bis zum Zeitpunkt des angefochtenen Urteils keine Rechtsverzögerungs- oder -verweigerungsbeschwerde geführt. Sie habe somit die einstweilige Wirkung der Verfügung während nahezu neun Monaten toleriert, weshalb es sich nicht rechtfertige, bis zur Entscheidung des Bundesgerichts eine andere Anordnung zu treffen. Die möglichen Umsatzausfälle würden von der Beschwerdeführerin nur behauptet, aber nicht ansatzweise quantifiziert. Ein Abwandern von Kunden zu Wettbewerbern sei nicht zu erwarten, da derzeit keine nennenswerten Wettbewerber der Beschwerdeführerin ihr Netz in ländlichen Gebieten durchgängig mit Glasfaser ausbauen. Gemäss den Fi-

nanzberichten der Beschwerdeführerin seien seit den vorsorglichen Massnahmen keine nennenswerten Umsatzaufälle im Endkundengeschäft ersichtlich, sondern im Gegenteil eine Steigerung des Nettoumsatzes. Dem Interesse der Beschwerdeführerin stünden die Interessen aller anderer Fernmeldeanbieter gegenüber, die beim Ausbau des Glasfasernetzes mittels der P2MP-Netzarchitektur keinen physischen Zugang zum Netz erhalten und daher nicht mit der Beschwerdeführerin in Wettbewerb treten könnten. Versorgungsengpässe seien nicht zu erwarten. Zudem gebe die Beschwerdeführerin selber an, bis zu einer Klärung der Situation nur Netzelemente, die der P2P-Netzarchitektur entsprechen, zu bauen; diese Bauarbeiten könne sie unverändert fortsetzen. Sie sei zudem nicht verpflichtet, in einer P2P-Architektur zu bauen, sondern könnte auch bis zum Urteil des Bundesgerichts zuwarten. Würde die aufschiebende Wirkung erteilt, wäre das Risiko gross, dass die Beschwerdeführerin ihr Glasfasernetz in einer P2MP-Netzarchitektur weiterbauen und damit Fakten schaffen und andere Fernmeldedienstleister vom physischen Netzzugang ausschliessen würde.

6.3 Die Init 7 macht geltend, bisher verfüge nur die Beschwerdeführerin über ein schweizweites Netz, das zur Verlegung von Glasfaser auf der letzten Meile geeignet sei. Es sei von vornherein ausgeschlossen, dass schweizweit andere Wettbewerber auftreten und zu konkurrenzfähigen Preisen eigene Glasfasern bauen könnten. Andere Anbieterinnen von Fernmeldediensten müssten die Infrastruktur-Vorleistungen der Beschwerdeführerin nutzen. Die von der Beschwerdeführerin befürchteten Wettbewerbsnachteile seien daher nicht von Belang. Die Beschwerdeführerin versuche, das natürliche Monopol, welches im Zugang zur physischen Glasfasernetzinfrastruktur bestehe, auf andere Bereiche der Wertschöpfungskette auszuweiten und innovative Wettbewerbsstrategien ihrer Konkurrentinnen zu verhindern. Zudem seien die Kosten von P2P gar nicht wesentlich höher als für P2MP.

6.4 Aufgrund einer summarischen Prüfung kann zur Zeit nicht von einer eindeutigen Entscheidprognose ausgegangen werden. Auch nach der Darstellung der Beschwerdeführerin geht es bei der angeordneten vorsorglichen Massnahme nicht darum, einen bisher bereits bestehenden Netzbetrieb einzuschränken, was im Sinne eines Kontinuitätsinteresses grundsätzlich für aufschiebende Wirkung spräche, sondern darum, einen weiteren Ausbau mit P2MP-Netzarchitektur vorläufig zu untersagen. Es droht der Beschwerdeführerin daher nicht die Beeinträchtigung in einer bisherigen Tätigkeit, sondern sie wird lediglich vorläufig daran gehindert, ihre Tätigkeit in der von ihr gewünschten Form zu erweitern. Bei späterem Obsiegen kann die Beschwerdeführerin

den vorsorglich untersagten Ausbau weiterführen. Die Ausführungen der WEKO und der Init 7 relativieren die Befürchtungen der Beschwerdeführerin hinsichtlich ihrer Wettbewerbssituation und der resultierenden Mehrkosten. Jedenfalls sind für die Beschwerdeführerin keine definitiv nicht wiedergutzumachende Nachteile im vorne (E. 5) dargelegten Sinne ersichtlich. Umgekehrt sind die Befürchtungen der WEKO und der Init 7 nicht von der Hand zu weisen, dass mit dem Ausbau des P2MP-Netzes vollendete Tatsachen geschaffen werden können, welche für die Wettbewerbssituation der Konkurrenten nachteilig sein könnten. Insgesamt sprechen die Interessenabwägung und das Kontinuitätsinteresse bei der hier vorzunehmenden summarischen Prüfung gegen die Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Der Beschwerdeführerin bleibt es unbenommen, eine Änderung der Verfügung zu beantragen, wenn sie wesentliche neue Umstände darlegt, die zu einer anderen Beurteilung führen.

Demnach verfügt der Präsident:

1.

Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.


2.

Diese Verfügung wird den Parteien, der Wettbewerbskommission und dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 6. Dezember 2021

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident:


Seiler

