Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung I
A-3930/2013

Urteil vom 13. November 2013

Besetzung

Richterin Kathrin Dietrich (Vorsitz),
Richterin Marianne Ryter, Richter Christoph Bandli,
Gerichtsschreiber Pascal Baur.

Parteien

Swisscom (Schweiz) AG, 3050 Bern,
vertreten durch Fürsprecher Stephan Kratzer,
Swisscom (Schweiz) AG,
Legal Services & Regulatory Affairs, 3050 Bern,
Beschwerdeführerin,

gegen

Init7 (Schweiz) AG,
St.-Georgen-Strasse 70, 8400 Winterthur,
vertreten durch Fürsprecher Toni Iadanza,
Steinweg 26, 3250 Lyss,
Beschwerdegegnerin,

und

Eidgenössische Kommunikationskommission ComCom,
Marktgasse 9, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Zwischenverfügung betreffend Interconnect Peering
(vorsorgliche Massnahme).

Sachverhalt:

A.
Am 28. März 2013 reichte die Init7 (Schweiz) AG (nachfolgend: Init7) bei der Eidgenössischen Kommunikationskommission ComCom ein Gesuch um Erlass einer Zugangsverfügung gegen die Swisscom (Schweiz) AG (nachfolgend: Swisscom) betreffend "Interconnect Peering" (nachfolgend: Peering) ein. Sie beantragte, es sei Swisscom zu verpflichten, ihr unter den im Rechtsbegehren konkretisierten Bedingungen unentgeltlich den Datenaustausch zwischen deren Internet Backbone AS13030 bzw. deren mobilem Netzwerk und ihrem Internet Backbone AS3303 zu gewähren (vgl. Ziff. 1 des Rechtsbegehrens). Diese Anordnung habe bereits als vorsorgliche Massnahme zu ergehen (vgl. Ziff. 2 des Rechtsbegehrens).

B.
Am 6. Mai 2013 nahm Swisscom zum Gesuch um Erlass der vorsorglichen Massnahme Stellung und beantragte dessen Abweisung, soweit darauf einzutreten sei. Für den Fall, dass das Gesuch gutgeheissen werden sollte, beantragte sie, es sei Init7 zu einer angemessenen Sicherheitsleistung für allfällige Nachzahlungen an sie zu verpflichten.

C.
Mit Zwischenverfügung vom 11. Juni 2013 hiess die ComCom das Gesuch um Erlass der vorsorglichen Massnahme teilweise gut und verpflichtete Swisscom, Init7 während der Dauer des Zugangsverfahrens unentgeltlich den Datenaustausch gemäss den im Verfügungsdispositiv konkretisierten Bedingungen zu gewähren. Eine Sicherheitsleistung ordnete sie nicht an. Zur Begründung führte sie aus, die angeordnete vorsorgliche Massnahme bewahre Init7 vor einem nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil und sei dringlich sowie verhältnismässig; die Erfolgsprognose in der Hauptsache stehe ihr zudem nicht entgegen. Eine Sicherheitsleistung sei angesichts der konkreten Umstände nicht erforderlich.

D.
Gegen diese Zwischenverfügung der ComCom (nachfolgend: Vorinstanz) erhebt Swisscom (nachfolgend: Beschwerdeführerin) am 10. Juli 2013 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt, es sei die Verfügung aufzuheben (vgl. Ziff. 1 des Beschwerdebegehrens); eventualiter sei Init7 (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) zu einer angemessenen Sicherheitsleistung für allfällige Nachzahlungen an sie zu verpflichten (vgl. Ziff. 2 des Beschwerdebegehrens). Zur Begründung bringt sie in prozessualer Hinsicht vor, die angefochtene Verfügung könne einen nicht

wieder gutzumachenden Nachteil für sie zur Folge haben. Ihre Beschwerde sei daher nach Art. 46 Abs. 1 Bst. a des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) zulässig. In materieller Hinsicht macht sie geltend, die angeordnete vorsorgliche Massnahme komme bereits wegen der klar negativen Hauptsachenprognose nicht in Frage; sie sei zudem nicht dringlich sowie unverhältnismässig. Die eventualiter beantragte Sicherheitsleistung sei im Weiteren durchaus erforderlich, da unsicher sei, ob die Beschwerdegegnerin allfällige Nachforderungen erfüllen könnte oder durch diese zahlungsunfähig würde.

E.
Die Beschwerdegegnerin beantragt in ihrer Beschwerdeantwort vom 13. August 2013, es sei auf die Beschwerde nicht einzutreten; eventualiter sei sie abzuweisen. In prozessualer Hinsicht macht sie geltend, die Beschwerdeführerin habe nicht glaubhaft dargelegt, dass ihr durch die angefochtene Zwischenverfügung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil nach Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG entstehe; die Beschwerde sei daher unzulässig. In materieller Hinsicht bringt sie vor, sämtliche Voraussetzungen für die angeordnete vorsorgliche Massnahme seien erfüllt. Eine Sicherheitsleistung sei zudem nicht erforderlich.

F.
Die Vorinstanz beantragt in ihrer Stellungnahme vom 13. August 2013 die Abweisung der Beschwerde, soweit auf diese eingetreten werden könne. Sie führt in prozessualer Hinsicht aus, es sei fraglich, ob der Beschwerdeführerin aufgrund der angeordneten vorsorglichen Massnahme ein nicht wieder gutzumachender Nachteil im Sinne von Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG erwachse. Hingegen könnte ein solcher Nachteil dadurch entstehen, dass in der angefochtene Verfügung keine Sicherheitsleistung angeordnet werde. Insoweit könne daher auf die Beschwerde eingetreten werden. In materieller Hinsicht bringt sie vor, sämtliche Voraussetzungen für die angeordnete vorsorgliche Massnahme seien erfüllt; eine Sicherheitsleistung sei zudem nicht erforderlich.

G.
Die Beschwerdeführerin hält in ihren Schlussbemerkungen vom 18. September 2013 an den Anträgen und Ausführungen in ihrer Beschwerde fest und macht einige ergänzende Ausführungen. Insbesondere bestreitet sie neu ausdrücklich, dass der Beschwerdegegnerin ohne die

angeordnete vorsorgliche Massnahme ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil entstehe.

H.
Die Beschwerdegegnerin hält in ihren Schlussbemerkungen vom 30. September 2013 an ihren Anträgen und Ausführungen in der Beschwerdeantwort fest und nimmt ergänzend zu den Schlussbemerkungen der Beschwerdeführerin Stellung.

I.
Auf die weiteren Vorbringen der Parteien und die sich bei den Akten befindlichen Schriftstücke wird – soweit entscheidrelevant – in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, sofern sie von einer Vorinstanz nach Art. 33 VGG stammen und keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Als Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG gelten auch selbständig eröffnete Zwischenverfügungen wie die vorliegend angefochtene (vgl. Art. 5 Abs. 2 VwVG). Eine Beschwerde gegen solche Verfügungen ist allerdings nicht in jedem Fall zulässig. Stets möglich ist einzig die Anfechtung von Zwischenverfügungen über die Zuständigkeit und den Ausstand (vgl. Art. 45 Abs. 1 VwVG). Gegen andere Zwischenverfügungen kommt eine Beschwerde nach Art. 46 Abs. 1 VwVG dagegen nur in Frage, wenn diese entweder einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können (Bst. a) oder die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Bst. b).

Mit dem Erfordernis des nicht wiedergutzumachenden Nachteils wird die Voraussetzung eines schutzwürdigen Interesses an der sofortigen Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Zwischenverfügung umschrieben. Demnach liegt das Rechtsschutzinteresse im Schaden, der entstünde, wenn der Nachteil auch durch einen an sich günstigen Endentscheid

nicht oder nur teilweise behoben werden könnte (vgl. BGE 131 V 362 E. 3.1; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-6184/2010 vom 23. Februar 2012 E. 4.2; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 910). Der Nachteil kann rechtlicher oder tatsächlicher, namentlich auch wirtschaftlicher Natur sein (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_86/2008 vom 23. April 2008 E. 3.2; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-6037/2011 vom 15. Mai 2012 E. 1.3.2 und A-2969/2010 vom 22. März 2012 E. 1.1; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 912). Er muss nicht geradezu irreparabel, jedoch von einigem Gewicht sein (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3043/2011 vom 15. März 2012 E. 1.2.3; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 910; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 2.47). Nicht erforderlich ist, dass er tatsächlich entsteht; es reicht aus, dass er entstehen bzw. nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-860/2011 vom 8. September 2011 E. 2.2; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 909; MARTIN KAYSER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar VwVG, Zürich 2008, Art. 46 N. 10). Die Beweislast für das Vorliegen eines entsprechenden Nachteils trägt die beschwerdeführende Partei (vgl. BGE 125 II 620 E. 2a; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5436/2011 vom 5. März 2012 E. 3.4; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 909).

1.1.1 Die Beschwerdeführerin bringt vor, die angefochtene Zwischenverfügung könne in zweierlei Hinsicht einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil für sie zur Folge haben. Zum einen drohe ihr ein Kundenverlust, da die Beschwerdegegnerin die Kapazität für den Datenaustausch, die ihr gemäss der streitigen vorsorglichen Massnahme kostenlos zur Verfügung zu stellen sei, in dem Umfang, wie sie sie nicht selbst benötige, zu besonders günstigen Konditionen für Transitdienste in ihr Netz (Netz der Beschwerdeführerin) verwenden könne. Zum anderen müsse sie wegen der in der angefochtenen Verfügung unterbliebenen Anordnung einer Sicherheitsleistung bei einer Abweisung des Zugangsgesuchs hinsichtlich ihrer Nachforderungen gegen die Beschwerdegegnerin mit massiven Zahlungsausfällen rechnen, da wahrscheinlich sei, dass diese Forderungen deren Zahlungsunfähigkeit zur Folge hätten.

1.1.2 Die Beschwerdegegnerin bestreitet, dass die angefochtene Zwischenverfügung einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil für die Beschwerdeführerin zur Folge haben könne. Zum einen lege diese den ihr

angeblich drohenden Kundenverlust nicht glaubhaft dar und belege ihn auch nicht. Belegt sei im Gegenteil vielmehr, dass Kunden von ihr zur Beschwerdeführerin abgewandert seien. Zum anderen substantiiere die Beschwerdeführerin den Schaden, den sie im Falle einer Abweisung des Zugangsgesuchs hinsichtlich allfälliger Nachforderungen befürchte, nicht. Es sei daher nicht ersichtlich, von welchem Schadenspotential auszugehen sei und ob der Nachteil von einigem Gewicht wäre.

1.1.3 Die Vorinstanz führt aus, es erscheine fraglich, ob der von der Beschwerdeführerin geltend gemachte potentielle Kundenverlust als nicht wieder gutzumachender Nachteil zu qualifizieren sei. Ein solcher Nachteil läge demgegenüber dann vor, wenn bei einem für die Beschwerdegegnerin negativen Ausgang des Zugangsverfahrens allfällige Nachforderungen der Beschwerdeführerin wegen der in der angefochtenen Verfügung unterbliebenen Anordnung einer Sicherheitsleistung nicht einbringlich wären. Insoweit sei daher auf die Beschwerde einzutreten.

1.1.4

1.1.4.1 Gemäss der angefochtenen Zwischenverfügung hat die Beschwerdeführerin der Beschwerdegegnerin den Datenaustausch über zwei Leitungen zu je einer Geschwindigkeit von 10 Gigabit pro Sekunde (Gbps) zu ermöglichen (vgl. Dispositiv-Ziff. 1 Bst. c und d). Unbestritten ist, dass die beiden Leitungen bzw. die beiden Ports im Normalbetrieb lediglich zu 75-80% ausgelastet werden können. Darüber hinaus kann ein sog. Packet-Loss, also eine Beeinträchtigung der Qualität des Datenaustauschs eintreten. Die Beschwerdeführerin hält diesen Umstand hinsichtlich des ersten geltend gemachten nicht wieder gutzumachenden Nachteils für unwichtig, da er nichts daran ändere, dass der Beschwerdegegnerin gemäss der angefochtenen Verfügung mehr Kapazität bereitzustellen wäre, als sie selbst benötige, die Verfügung ihr daher ermöglichte, Dritten zu besonders günstigen Konditionen Transitdienste in ihr Netz anzubieten. Die Beschwerdegegnerin bestreitet zwar die Angaben der Beschwerdeführerin zu den von ihr beanspruchten bzw. selbst verwendeten Bandbreiten und macht zudem geltend, sie benötige eine redundante Anbindung, weshalb ihr von der nominellen Kapazität von total 20 Gbps gemäss der angefochtenen Verfügung effektiv grundsätzlich lediglich ungefähr 8 Gpbs (20 Gbps - 10 Gbps redundant, davon 80%) verblieben. Dass ihr gemäss der angefochtenen Verfügung mehr Kapazität zur Verfügung stünde, als sie bisher beanspruchte bzw. für sich selbst verwendete, bestreitet sie – vom vagen Hinweis auf sog. "Micro Bursts" abgesehen – je-

doch nicht. Es erscheint daher grundsätzlich plausibel, dass sie die restliche Kapazität für Transitdienste ins Netz der Beschwerdeführerin verwenden könnte.

1.1.4.2 Dass sie diese Möglichkeit hätte, wird von der Beschwerdegegnerin denn auch nicht eigentlich in Abrede gestellt. Vielmehr bestreitet sie, dass sie die Transitdienste ins Netz der Beschwerdeführerin zu Dumpingpreisen anbieten wolle. Ob der Beschwerdeführerin wegen der angefochtenen Verfügung ein Kundenverlust droht bzw. ein solcher nicht ausgeschlossen werde kann, hängt indes nicht vom Bestehen derartiger Dumpingpraktiken ab. Massgeblich ist vielmehr, ob die Beschwerdegegnerin wegen der Unentgeltlichkeit der ihr gemäss der angefochtenen Verfügung bereitzustellenden Kapazität die Transitdienste zu Konditionen anbieten könnte, die Kunden der Beschwerdeführerin, die für das Peering bezahlen müssen, zu einem Wechsel zu ihr bewegen könnten. Auch wenn eine definitive Antwort auf diese Frage nicht möglich ist, kann ein derartiger Effekt der angefochtenen Verfügung nicht ausgeschlossen werden. So erscheint plausibel, dass die Beschwerdegegnerin die Transitdienste ins Netz der Beschwerdeführerin jedenfalls zu günstigeren Konditionen anbieten könnte, als diese gestützt auf die von ihr geltend gemachte neue Peering-Strategie ihren Kunden für den Datenaustausch grundsätzlich einzuräumen bereit ist. Denkbar ist weiter, dass dieser Umstand zumindest gewisse Kunden der Beschwerdeführerin zu einem Wechsel zur Beschwerdegegnerin bewegen könnte. Dadurch könnten der Beschwerdeführerin Einkünfte entgehen, die gemessen an ihren übrigen Einkünften zwar nicht von nennenswertem Umfang wären – die Beschwerdeführerin selbst sieht den Hauptnutzen der Gebühren für das Peering bei den Einsparungen, die beim Netzausbau realisiert werden könnten –, für sich betrachtet jedoch von einigem Gewicht sein könnten. So schätzt die Beschwerdegegnerin in ihrem Zugangsgesuch die Mehrkosten aus dem von der Beschwerdeführerin offerierten Peering-Vertrag, der einen teilweise entgeltlichen Datenaustausch vorsieht, auf monatlich rund Fr. 15'000.--. Diese Einbusse wäre auch dann nicht wieder gutzumachen, wenn das Zugangsverfahren zugunsten der Beschwerdeführerin ausginge, da der Kundenverlust für die Vergangenheit in der Zukunft nicht rückgängig zu machen wäre. Auch wenn die Beschwerdeführerin nicht detailliert aufzeigt, inwiefern die angefochtene Verfügung einen Kundenverlust zur Folge haben könnte, kann ein solcher Verlust bzw. die damit einhergehende Einbusse somit nicht ausgeschlossen werden. Ein nicht wieder gutzumachender Nachteil im Sinne von Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG ist insoweit daher zu bejahen.

1.1.4.3 An diesem Ergebnis ändert nichts, dass zwei Kunden der Beschwerdegegnerin unbestrittenermassen zur Beschwerdeführerin gewechselt haben, kann allein daraus doch nicht gefolgert werden, ein Kundenverlust der Beschwerdeführerin sei ausgeschlossen. Unerheblich ist weiter, ob ein Kundenverlust, wie die Vorinstanz ausführt, die Beschwerdeführerin nicht in ihrer wirtschaftlichen Existenz bedrohen würde, ein allfälliger Kundenverlust der Beschwerdegegnerin hingegen dazu führen könnte, dass diese gänzlich vom Markt verschwinden würde. Ob die Anordnung der streitigen vorsorglichen Massnahme die Beschwerdeführerin weniger schwer treffen würde als die Verweigerung dieser Massnahme die Beschwerdegegnerin, betrifft nicht die hier interessierende Frage des Bestehens eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils im Sinne von Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwWG, sondern die Frage, ob die streitige vorsorgliche Massnahme verhältnismässig ist. Auf die entsprechenden Vorbringen der Vorinstanz ist daher nicht an dieser Stelle, sondern im Rahmen der materiellen Prüfung der Beschwerde einzugehen (vgl. E. 4.4.4).

1.1.5

1.1.5.1 Was den zweiten geltend gemachten nicht wieder gutzumachenden Nachteil betrifft, so ist es zwar richtig, dass die Beschwerdegegnerin, wie die Beschwerdeführerin geltend macht, in ihrem Zugangsgesuch an verschiedenen Stellen vorbringt, die Mehrkosten, die aus dem ihr offerierten, teilweise entgeltlichen Peering-Vertrag resultierten, brächten sie an den Rand ihrer finanziellen Leistungsfähigkeit bzw. seien existenzgefährdend resp. ruinös. Auch führt sie aus, sie könne aus existentiellen Gründen den Entscheid des Bundesgerichts über die Zuständigkeit des von ihr angerufenen Handelsgerichts nicht abwarten, da sie für ihre Geschäftstätigkeit auf den Datenaustausch mit der Beschwerdeführerin angewiesen sei. Aus diesen Ausführungen kann indes entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht ohne Weiteres gefolgert werden, bei einem für die Beschwerdegegnerin negativen Ausgang des Zugangsverfahrens sei wahrscheinlich, dass diese die Nachforderungen nicht bezahlen könnte, sondern zahlungsunfähig würde. Dieser Argumentation liegt die Annahme zugrunde, die Nachforderungen entsprächen den Mehrkosten, wie sie gemäss der Beschwerdegegnerin aus der erwähnten Vertragsofferte resultieren würden. Dies ist jedoch nicht zwingend der Fall, und zwar selbst dann nicht, wenn die Vorinstanz, wie die Beschwerdeführerin geltend macht, das Zugangsgesuch bei dessen negativer Beurteilung aufgrund der Dispositionsmaxime lediglich abweisen, jedoch keine kostenorientierte Preise festsetzen dürfte. Mit der Abweisung des Zugangsgesuchs

stünde zwar fest, dass der Beschwerdegegnerin das Peering nach Ansicht der Vorinstanz nicht unentgeltlich gewährt werden muss. Über einen allfälligen Anspruch der Beschwerdegegnerin auf kostenorientierte Preise und die Höhe derartiger Preise wäre damit jedoch noch nichts gesagt bzw. entschieden.

1.1.5.2 Mit welchen Nachforderungen die Beschwerdegegnerin bei einem für sie negativen Verfahrensausgang letztlich konfrontiert wäre, kann somit im gegenwärtigen Zeitpunkt nicht abgeschätzt werden. Es kann entsprechend auch nicht beurteilt werden, ob sie zur Bezahlung dieser Forderungen in der Lage wäre oder diese ihre Zahlungsunfähigkeit zur Folge hätten. Da sie in ihrem Zugangsgesuch eindringlich und mehrfach auf die existenzgefährdende bzw. ruinöse Höhe der aus der Vertragsofferte resultierenden Mehrkosten hinweist und Nachforderungen in dieser Höhe nicht von vornherein undenkbar sind, kann der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit aber nicht ausgeschlossen werden. Daran ändert nichts, dass sich allfällige Nachforderungen gemäss der Darstellung der Beschwerdegegnerin jedenfalls nicht auf den Maximalbetrag dieser Mehrkosten belaufen würden, da die Datenmenge seit Ende des Jahres 2012 reduziert worden sei. Massgeblich ist nicht, was in der Vergangenheit geschah, sondern die Situation, die entstünde, wenn die angefochtene Verfügung bestätigt würde. Es kann somit nicht ausgeschlossen werden, dass der Beschwerdeführerin bei einem für die Beschwerdegegnerin negativen Ausgang des Zugangsverfahrens ein grundsätzlich nicht wieder gutzumachender Zahlungsausfall bzw. ein Schaden entstünde, weil diese nicht zur Bezahlung der Nachforderungen in der Lage wäre und die angefochtene Verfügung keine Sicherheitsleistung vorsieht. Dieser potentielle Zahlungsausfall bzw. Schaden kann zwar nicht abgeschätzt werden (vgl. dazu E. 5.4.2) und dürfte gemessen an den übrigen Einkünften der Beschwerdeführerin nicht nennenswert sein; er könnte für sich betrachtet jedoch von einigem Gewicht sein. Es rechtfertigt sich deshalb, ein schutzwürdiges Beschwerdeinteresse der Beschwerdeführerin bzw. einen Nachteil im Sinne von Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG auch insoweit zu bejahen.

1.1.6 Die Anfechtung der angefochtenen Zwischenverfügung ist demnach zulässig. Diese stammt weiter von der ComCom, also einer eidgenössischen Kommission nach Art. 33 Bst. f VGG. Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht (vgl. Art. 32 VGG), liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

1.2 Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Die Beschwerdeführerin hat sich am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt und ist mit ihren Anträgen nicht durchgedrungen. Sie ist somit durch die angefochtene Verfügung formell beschwert und besonders berührt und hat – wie dargelegt (vgl. E. 1.1.4 und 1.1.5) – ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung bzw. Änderung. Damit ist sie zur Beschwerde legitimiert.

1.3 Die Beschwerde wurde im Weiteren frist- und formgerecht eingereicht (Art. 50 Abs. 1 und 52 VwVG), weshalb auf sie einzutreten ist.

2.

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft angefochtene Verfügungen auf Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und – grundsätzlich – Unangemessenheit (vgl. Art. 49 VwVG). Soweit es um Verfügungen der Vorinstanz geht, ist zu beachten, dass diese keine gewöhnliche Vollzugsbehörde, sondern eine verwaltungsunabhängige Kollegialbehörde mit besonderen Kompetenzen ist. Als Fachorgan ist sie sowohl autonome Konzessionsbehörde als auch Regulierungsinstanz mit besonderer Verantwortung. Dies rechtfertigt eine gewisse Zurückhaltung bei der Überprüfung ihrer Verfügungen. Es befreit das Bundesverwaltungsgericht aber nicht davon, die vorinstanzliche Rechtsanwendung auf ihre Vereinbarkeit mit Bundesrecht zu überprüfen (vgl. BGE 133 II 35 E. 3, BGE 132 II 257 E. 3.2 und BGE 131 II 13 E. 3.4; BVGE 2010/19 E. 4.2 und BVGE 2009/35 E. 4; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-773/2011 vom 24. Mai 2013 E. 2 und A-769/2011 vom 24. Mai 2013 E. 2). Die Vorinstanz amtet weiter in einem höchst technischen Bereich, in dem Fachfragen sowohl übermittlungstechnischer als auch ökonomischer Natur zu beantworten sind. Ihr steht entsprechend – wie anderen Behördenkommissionen auch – ein eigentliches "technisches" Ermessen zu. Bei der Beurteilung ausgesprochener Fachfragen darf ihr daher ein gewisser Ermessens- und Beurteilungsspielraum belassen werden, soweit sie die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend durchgeführt hat (vgl. BGE 133 II 35 E. 3, BGE 132 II 257 E. 3.2 und BGE 131 II 13 E. 3.4; BVGE 2009/35 E. 4; Ur-

teile des Bundesverwaltungsgerichts A-773/2011 vom 24. Mai 2013 E. 2 und A-769/2011 vom 24. Mai 2013 E. 2).

3.

3.1 Gemäss Art. 11a Abs. 1 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG, SR 784.10) i.V.m. Art. 71 der Verordnung über Fernmeldedienste vom 9. März 2007 (FDV, SR 784.101.1) kann die Vorinstanz nach Einreichung des Zugangsgesuchs von Amtes wegen oder auf Begehren einer Partei vorsorgliche Massnahmen verfügen, um den Zugang während des Verfahrens sicherzustellen. Nach den auch im fernmelderechtlichen Zugangsverfahren geltenden Regeln des VwVG (vgl. MATTHIAS AMGWERD, Netzzugang in der Telekommunikation, Zürich 2008, Rz. 375) setzt die Anordnung derartiger Massnahmen Dringlichkeit voraus, d.h. es muss sich als notwendig erweisen, die fraglichen Vorkehren sofort zu treffen. Weiter muss der Verzicht auf Massnahmen für den Betroffenen einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken, wobei ein tatsächliches, insbesondere wirtschaftliches Interesse genügt. Erforderlich ist schliesslich, dass die Abwägung der verschiedenen Interessen den Ausschlag für den einstweiligen Rechtsschutz gibt und dieser verhältnismässig erscheint. Der durch die Endverfügung zu regelnde Zustand darf jedoch weder präjudiziert noch verunmöglicht werden (vgl. zum Ganzen Art. 55 und 56 VwVG, die im erstinstanzlichen Verfahren analog gelten; BGE 130 II 149 E. 2.2, BGE 127 II 132 E. 3; Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts A-3464/2013 vom 16. Juli 2013 E. 5.1; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 562 und 566 f.; AMGWERD, a.a.O., Rz. 429 ff.).

3.2 Der Entscheid über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen beruht auf einer bloss summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage. Herabgesetzt sind neben den Untersuchungspflichten auch die Beweisanforderungen; das Glaubhaftmachen von Anliegen genügt in der Regel (sog. Prima-facie-Entscheid; vgl. BGE 130 II 149 E. 2.2; Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts A-3464/2013 vom 16. Juli 2013 E. 5.1; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 568; AMGWERD, a.a.O., Rz. 432). Die Hauptsachenprognose kann berücksichtigt werden, wenn sie eindeutig ist. Bei tatsächlichen oder rechtlichen Unklarheiten drängt sich hingegen Zurückhaltung auf, weil in diesem Fall die erforderlichen Entscheidgrundlagen im Hauptverfahren erst noch beschafft werden müssen (vgl. BGE 130 II 149 E. 2.2, BGE 127 II 132 E. 3; Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts A-3464/2013 vom 16. Juli 2013

E. 5.1; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 565 und 567; AMGWERD, a.a.O., Rz. 433).

3.3 Ob die Vorinstanz die streitige vorsorgliche Massnahme zu Recht angeordnet hat bzw. diese beizubehalten ist, ist nachfolgend somit unter Berücksichtigung der Systematik der angefochtenen Verfügung und der darauf bezogenen Parteivorbringen nach folgendem Schema zu prüfen (vgl. auch AMGWERD, a.a.O., Rz. 433): Zunächst ist eine Hauptsachenprognose vorzunehmen und zu klären, welche Bedeutung dieser Prognose für den vorliegenden Entscheid zukommt (vgl. E. 4.1). Danach ist zu prüfen, ob der Verzicht auf die Massnahme für die Beschwerdegegnerin einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil zur Folge hätte (vgl. E. 4.2). Anschliessend ist zu klären, ob die Anordnung der Massnahme dringlich ist (vgl. E. 4.3). Schliesslich ist zu prüfen, ob die Interessen an der Anordnung der Massnahme die entgegenstehenden Interessen überwiegen und die Massnahme verhältnismässig ist (vgl. E. 4.4).

4.

4.1

4.1.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, gemäss dem eindeutigen Rechtsbegehren der Beschwerdegegnerin und deren damit übereinstimmenden Ausführungen im Zugangsgesuch sei in der Hauptsache lediglich darüber zu entscheiden, ob sie das verlangte Peering unentgeltlich gewähren müsse. Dies sei angesichts der klaren Rechtslage zu verneinen, hätte sie danach doch, selbst wenn sie marktbeherrschend wäre, in jedem Fall Anspruch auf ein Entgelt. Da die zu beurteilende Frage nur entweder bejaht oder verneint werden könne, sei im Weiteren selbst eine teilweise Gutheissung des Zugangsgesuchs, wie sie die Vorinstanz nicht ausschliessen wolle, unwahrscheinlich, zumal die Beschwerdegegnerin ihr Rechtsbegehren bislang nicht angepasst habe. Damit könne in der Hauptsache nicht nur keine günstige Prognose gestellt werden; vielmehr erweise sich das Zugangsgesuch als aussichtslos. Die streitige vorsorgliche Massnahme müsse daher bereits aus diesem Grund aufgehoben werden.

4.1.2 Die Beschwerdegegnerin bringt vor, es gehe in der Hauptsache nicht um die Unentgeltlichkeit des Peering, sondern um die behördliche Festlegung der Grundlagen zur Kostenberechnung (Abrechnungsmodell) und gestützt darauf um ein allfälliges Entgelt. Obschon das Zugangsver-

fahren somit ein Pilotverfahren sei, gehe die Beschwerdeführerin vorbehaltlos davon aus, die Vorinstanz werde ihr Modell übernehmen, wonach sie Anspruch auf ein Entgelt habe. Damit verkenne sie, dass gerade dies im Zugangsverfahren noch zu klären sei. Dabei dürfe die Vorinstanz gegebenenfalls auch ein Entgelt für die Beschwerdeführerin festsetzen, sofern sie der Ansicht sei, diese müsse das Peering (unter dem Strich) nicht unentgeltlich gewähren. Dies stünde nicht im Widerspruch zu ihrem Rechtsbegehren bzw. verstiesse nicht gegen die Dispositionsmaxime.

4.1.3 Die Vorinstanz macht unter Verweis auf die angefochtene Verfügung geltend, im gegenwärtigen Zeitpunkt könne keine klare Prognose in der Hauptsache gestellt werden. Die Frage, welchen Einfluss die Volumina des Datenaustauschs auf die Kosten der beteiligten Parteien hätten, sei bislang nicht untersucht worden. Die Beschwerdeführerin erkläre in dieser Hinsicht zwar die von ihr favorisierte Lösung zur Regel. Ob diese den fernmelderechtlichen Grundsätzen entspreche, werde jedoch im Hauptverfahren erst noch zu klären sein. Es erscheine nicht per se ausgeschlossen, dass – wie bisher – ein sog. unentgeltlicher Zugang zu Peering-Dienstleistungen verfügt werden könnte. Die Beschwerdegegnerin führe im Zugangsgesuch im Weiteren aus, die Beschwerdeführerin wäre bei Vorliegen der Voraussetzungen zu verpflichten, ein (reguliertes) Angebot zu machen, damit sie dieses überprüfen könne. Es sei daher möglich, dass sie ihr Rechtsbegehren anpassen bzw. von ihr angehalten werde, dieses zu präzisieren. Eine teilweise Gutheissung des Zugangsgesuchs sei deshalb nicht völlig auszuschliessen.

4.1.4 Wie erwähnt (vgl. Bst. A), beantragt die Beschwerdegegnerin in ihrem Zugangsgesuch, es sei die Beschwerdeführerin zu verpflichten, ihr das gewünschte Peering unter den im Rechtsbegehren konkretisierten Bedingungen unentgeltlich zu gewähren. Wie die Vorinstanz zutreffend vorbringt, strebt sie damit letztlich im Wesentlichen die Fortsetzung der bisher geltenden vertraglichen Regelung an. Dieser lag unbestrittenermassen die Überlegung zugrunde, dass beide Seiten Peering-Dienstleistungen erbringen, zwischen diesen Leistungen mithin ein Austauschverhältnis besteht. Trotz der explizit beantragten Unentgeltlichkeit scheint es der Beschwerdegegnerin somit nicht darum zu gehen, Daten ins Netz der Beschwerdeführerin senden zu können, ohne selber eine Gegenleistung zu erbringen. Vielmehr ist sie offenbar – ungeachtet ihrer Ausführungen betreffend ein allfälliges von der Beschwerdeführerin an sie zu entrichtendes Entgelt – im Wesentlichen bestrebt, für die Leistungen der Beschwerdeführerin wie bisher einzig die Daten übernehmen zu

müssen, die diese in ihr Netz sendet. Es ist daher fraglich, ob sie mit ihrem Gesuch eine kostenlose Interkonnektion verlangt, wie die Beschwerdeführerin geltend macht.

Entgegen deren Ansicht kann deshalb im gegenwärtigen Zeitpunkt nicht gesagt werden, das Zugangsgesuch verstosse von vornherein gegen Art. 11 FMG, wonach die marktbeherrschende Anbieterin die Interkonnektion zu kostenorientierten Preisen – aber nicht kostenlos – zu gewähren habe. Ebenso wenig kann gesagt werden, das Gesuch könne nur entweder gutgeheissen oder abgewiesen werden. Wie dieses zu interpretieren ist, wird die Vorinstanz vielmehr im Zugangsverfahren erst noch zu entscheiden haben. Dabei erscheint nicht ausgeschlossen, dass sie es nicht als Gesuch um kostenlosen Zugang beurteilen wird. Welche Schlüsse sie aus einer derartigen Interpretation ziehen würde, ist nicht abzusehen. So ist insbesondere denkbar, dass sie die Beschwerdegegnerin zur Präzisierung ihres Rechtsbegehrens auffordern oder die Festsetzung kostenorientierter Preise auch ohne eine solche Präzisierung als von diesem Begehren gedeckt und mit der Dispositionsmaxime vereinbar qualifizieren könnte. Es kann deshalb auch nicht ausgeschlossen werden, dass sie die – von der Beschwerdeführerin bestrittene – Marktbeherrschung im Bereich des Peering und gegebenenfalls auch die Festsetzung kostenorientierter Preise zum Gegenstand des Zugangsverfahrens machen könnte. Unklar ist schliesslich, welche Bedeutung sie dem angeblich asymmetrischen Austauschverhältnis, das von der Beschwerdeführerin als Grund für die Kündigung des bisherigen Peering-Vertrags angegeben wird, zumessen und wie sie deren neue Peering-Strategie bzw. deren neues Abrechnungsmodell, die bzw. das der erwähnten Vertragsofferte an die Beschwerdegegnerin zugrunde liegt (vgl. dazu E. 1.1.5.1), beurteilen würde. Diesbezüglich liegt für die Schweiz noch kein Entscheid vor, ist das Zugangsverfahren zwischen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin also als Pilotverfahren zu qualifizieren. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin kann demnach im gegenwärtigen Zeitpunkt weder der Ausgang des Zugangsverfahrens noch dessen Dauer klar prognostiziert werden. Der Hauptsachenprognose kommt daher beim Entscheid über die Rechtmässigkeit der streitigen vorsorglichen Massnahme keine massgebliche Bedeutung zu.

4.2

4.2.1 Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Beschwerdegegnerin mache einzig den Verlust zweier Kunden geltend. Ein solcher Verlust könne in-

des nicht als nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil bezeichnet werden. Kundenverluste in einem gewissen Umfang – wie auch entsprechende Kundengewinne – seien vielmehr Ausdruck von funktionierendem Wettbewerb. Die Beschwerdegegnerin habe weiter eine existenzgefährdende Situation nicht belegt.

4.2.2 Die Beschwerdegegnerin bringt vor, sie habe wegen des Verhaltens der Beschwerdeführerin bereits zwei Kunden verloren. Bei einer endgültigen Beendigung des Peering, d.h. bei einer Deaktivierung auch der zweiten, bislang noch betriebenen Verbindung durch die Beschwerdeführerin, werde diese nochmals zahlreiche Neukunden gewinnen. Werde die streitige vorsorgliche Massnahme während der Dauer des Zugangsverfahrens nicht gewährt, werde dieses daher zunehmend hinfällig.

4.2.3 Die Vorinstanz macht unter Verweis auf die angefochtene Verfügung geltend, ohne die streitige vorsorgliche Massnahme bestehe letztlich die Gefahr, dass die Beschwerdegegnerin ihr Geschäftsmodell aufgrund der Abwanderung ihrer Kundschaft aufgeben müsste und gänzlich vom Markt verschwinden würde. Der nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil bestehe folglich in der Existenzgefährdung der Beschwerdegegnerin.

4.2.4 Vorliegend ist unbestritten, dass der Wechsel von einem unentgeltlichen zu einem entgeltlichen Peering die Kosten der Beschwerdegegnerin erhöhen würde. Dass dies massgebliche Auswirkungen auf deren Marktstellung haben und zu potentiell existenzgefährdenden Kundenverlusten führen könnte, wird trotz der erwähnten Vorbringen (vgl. E. 4.2.1) auch von der Beschwerdeführerin letztlich nicht eigentlich in Abrede gestellt. So führt sie in ihrer Beschwerde aus, es möge gemäss der Logik der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin zwar zutreffen, dass diese bei einem Wechsel von einem unentgeltlichen zu einem entgeltlichen Peering – mithin ohne die streitige vorsorgliche Massnahme – mit einer teilweisen Abwanderung der Kundschaft zu rechnen hätte und letztlich Gefahr liefe, ihr Geschäftsmodell aufgeben zu müssen. Dies bedeute jedoch nichts anderes, als dass die Beschwerdegegnerin diesen Nachteil nur vermeiden könne, wenn ihr ermöglicht werde, ein Geschäftsmodell weiterzuführen, das den fernmelderechtlichen Regeln der Interkonnektion offensichtlich widerspreche und einzig darauf basiere, dass sie die Vorleistungen im Gegensatz zu ihren Konkurrentinnen unentgeltlich beziehen könne. In ihren Schlussbemerkungen – also im selben Dokument, in dem sie einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil bestreitet – hält sie ausser-

dem im Rahmen ihrer Ausführungen zur Zulässigkeit ihrer Beschwerde ausdrücklich fest, die Beschwerdegegnerin könne ihre Kunden offensichtlich nur halten, weil sie gegenüber den Konkurrentinnen sehr vorteilhafte Bedingungen habe und für die asymmetrischen Datenströme nichts bezahlen müsse. Falle dieser Vorteil weg, seien andere Anbieter wieder attraktiv.

Unter diesen Umständen besteht für das Bundesverwaltungsgericht kein Anlass, den von der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin geltend gemachten nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil als unglaubhaft zu qualifizieren. Es ist daher im Rahmen des vorliegenden Entscheids davon auszugehen, die Beschwerdegegnerin müsste ohne die streitige vorsorgliche Massnahme mit Kundenverlusten rechnen, die sie letztlich in ihrer Existenz gefährden könnten. Daran ändert nichts, dass sie bis jetzt erklärtermassen lediglich zwei Kunden verloren hat. Massgeblich für die Beantwortung der hier interessierenden Frage sind nicht die Auswirkungen der bis anhin bestehenden Situation, sondern die Folgen, die entstünden, wenn die Beschwerdeführerin den bislang trotz der Kündigung des bisherigen Peering-Vertrags im reduzierten Umfang weitergeführten Datenaustausch durch die Deaktivierung auch der zweiten Leitung gänzlich einstellen würde. Nicht von Belang ist schliesslich, ob die Beschwerdegegnerin diese (künftigen) Folgen belegt, erscheinen sie doch ungeachtet allfälliger Belege als glaubhaft.

4.3

4.3.1 Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, Gegenstand des Zugangsverfahrens bilde einzig die Frage, ob sie der Beschwerdegegnerin das Peering unentgeltlich gewähren müsse. Es sei demnach weder ihre Marktstellung zu untersuchen noch ein Kostennachweis zu erheben und zu überprüfen. Die zu beurteilende Frage könne deshalb von der Vorinstanz ohne aufwändiges Instruktionsverfahren rasch entschieden werden. Auch dies spreche gegen die streitige vorsorgliche Massnahme, gehe doch der definitive Rechtsschutz dem provisorischen vor. Selbst wenn für die Beurteilung der Dringlichkeit die künftige Entwicklung massgeblich sei, dürfe sodann die Vergangenheit nicht vollständig ausgeblendet werden. Der Umstand, dass die Beschwerdegegnerin acht Monate lang keine Veranlassung gehabt habe, sich an die Vorinstanz zu wenden, sei durchaus relevant. Die entscheidende Behörde habe genau zu prüfen, wieso nun plötzlich eine dringliche Situation vorliegen solle. Die Vorinstanz habe dies unterlassen und unkritisch die behauptete Dringlichkeit bejaht.

4.3.2 Die Beschwerdegegnerin bestreitet die Darstellung der Beschwerdeführerin und macht insbesondere geltend, sie habe auch vom Handelsgericht, das sie vor der Vorinstanz angerufen habe, den Erlass einer vorsorglichen Massnahme verlangt.

4.3.3 Die Vorinstanz verweist auf ihre Ausführungen zur Hauptsachenprognose (vgl. E. 4.1.3) und bringt vor, die streitige vorsorgliche Massnahme erscheine dringlich, um die Ansprüche der Beschwerdegegnerin im Zugangsverfahren wirksam überprüfen zu können.

4.3.4 Wie die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung zutreffend ausführt, kann die Beschwerdeführerin die Beschwerdegegnerin ohne die streitige vorsorgliche Massnahme jederzeit und ohne Weiteres vom direkten Zugang zu ihrem Netz ausschliessen. Sie hat ein entsprechendes Vorgehen in ihrer Beschwerde implizit denn auch bereits angekündigt und erklärt, sie werde die noch nicht deaktivierte Peering-Verbindung (nur noch) bis zum Entscheid im vorliegenden Beschwerdeverfahren weiterbetreiben. Sollte sie das (unentgeltliche) Peering ab diesem Zeitpunkt einstellen – was letztlich einen Beschwerdeentscheid zu ihren Gunsten voraussetzt –, wäre die Beschwerdegegnerin gezwungen, für den für sie erforderlichen Zugang zum Netz der Beschwerdeführerin ein Entgelt zu bezahlen. Sie hätte entsprechend ab diesem Zeitpunkt die vorstehend dargelegten Folgen (vgl. E. 4.2.4) zu gewärtigen. Für wie lange dies der Fall wäre, ist nicht abzuschätzen, kann doch, wie dargelegt (vgl. E. 4.1.4), hinsichtlich der Dauer des Zugangsverfahrens keine klare Prognose gestellt werden. Es ist deshalb bereits aus diesem Grund nicht möglich, die Dringlichkeit der streitigen vorsorglichen Massnahme mit Verweis auf den angeblich in Kürze zu erwartenden Entscheid in der Hauptsache in Zweifel zu ziehen, wie dies die Beschwerdeführerin tut. Deren Argumentation vermöchte im Weiteren auch dann nicht zu überzeugen, wenn feststünde, dass das Zugangsverfahren ohne Klärung der Marktstellung der Beschwerdeführerin und ohne Erhebung und Überprüfung eines Kostennachweises abgeschlossen werden kann. Auch wenn in diesem Fall kein aufwändiges Instruktionsverfahren erforderlich wäre, bestünde keine Gewähr, dass die Vorinstanz rasch über das Zugangsgesuch entscheiden würde, hätte sie doch eine Frage zu beurteilen, zu der in der Schweiz bislang keine Rechtsprechung besteht. Damit wäre auch in diesem Fall nicht auszuschliessen, dass die Beschwerdegegnerin wegen der Entgeltlichkeit des Peering bis zum Entscheid über ihr Zugangsgesuch nicht mehr am Markt, eine Überprüfung ihrer allenfalls bestehenden Ansprüche daher

nicht mehr möglich wäre. Die Dringlichkeit der streitigen vorsorglichen Massnahme ist daher zu bejahen.

An diesem Ergebnis ändert nichts, dass die Beschwerdegegnerin zwischen der Anrufung des Handelsgerichts und der Einreichung des Zugangsgesuchs einen längeren Zeitraum verstreichen liess. Da während dieser Zeit das Peering mit der Beschwerdeführerin weiterhin, wenn auch in einem beschränkten Umfang, gewährleistet war, unterschied sich die damalige Situation wesentlich von der Situation, wie sie bei einer gänzlichen Einstellung des unentgeltlichen Peering durch die Beschwerdeführerin entstehen würde. Das damalige Verhalten der Beschwerdegegnerin ist daher für den vorliegenden Entscheid nicht von Belang.

4.4

4.4.1 Die Beschwerdeführerin ist schliesslich der Ansicht, die streitige vorsorgliche Massnahme sei unverhältnismässig. Zum einen könne sie nicht mit der Abwendung einer existenzgefährdenden Situation für die Beschwerdegegnerin gerechtfertigt werden, da der Wechsel auf ein entgeltliches Peering keine solche Situation für diese zur Folge hätte. Dem Interesse der Beschwerdegegnerin, mit der Massnahme einen Kundenverlust zu vermeiden, stehe zum anderen ihr eigenes, gleichgelagertes Interesse gegenüber, einen Kundenverlust als Folge dieser Massnahme zu vermeiden. Die Beschwerdegegnerin werde sodann durch die Massnahme für die Dauer des Zugangsverfahrens positiv diskriminiert und gegenüber ihren Konkurrentinnen ungerechtfertigt besser gestellt. Dadurch werde Art. 11a Abs. 1 Satz 2 FMG missachtet, wonach die Vorinstanz bei ihrem Zugangsentscheid insbesondere die Bedingungen, die einen wirksamen Wettbewerb fördern, sowie die Auswirkungen auf konkurrierende Einrichtungen berücksichtige. Schliesslich werde sie durch die Massnahme daran gehindert, Anreize einzuführen, die zu einer effizienteren Nutzung ihrer Infrastruktur führen würden.

4.4.2 Die Beschwerdegegnerin bestreitet die Vorbringen der Beschwerdeführerin. Sie macht insbesondere geltend, diese lege nicht dar, inwiefern die streitige vorsorgliche Massnahme weder geeignet noch erforderlich sowie unzumutbar sein solle. Zudem mache sie grösstenteils keine eigenen Interessen geltend. So führe sie namentlich aus, die Einnahmen aus dem Peering seien unbedeutend, und weise darauf hin, dass sie mit dem Wechsel zur Entgeltlichkeit des Datenaustauschs gewissermassen für die Allgemeinheit eine Verminderung der Datenströme anstrebe.

4.4.3 Die Vorinstanz macht geltend, die streitige vorsorgliche Massnahme treffe die Beschwerdeführerin weniger stark als der Verzicht auf diese Massnahme die Beschwerdegegnerin. Während diese durch den Kundenverlust, mit dem ohne die Massnahme zu rechnen sei, letztlich in ihrer Existenz gefährdet werden könnte, wirke sich der potentielle Kundenverlust als Folge der Massnahme für die Beschwerdeführerin als grösste Fernmeldedienstanbieterin der Schweiz mit über 1,7 Millionen Breitbandanschlüssen nicht in dieser Weise aus. Deren Auffassung betreffend den Wettbewerb zwischen der Beschwerdegegnerin und Dritten sei im Weiteren unverständlich. Dass eine Fernmeldedienstanbieterin unter Umständen besser gestellt werde als eine ihrer Konkurrentinnen, sei eine Konsequenz der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, wonach Zugangsentscheide nur zwischen den Parteien des Zugangsverfahrens Rechtswirkungen entfalteten. Diese Rechtsprechung gelte selbstverständlich auch für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen für die Dauer des Zugangsverfahrens. Abgesehen davon sei für die Verhältnismässigkeitsprüfung insbesondere die Abwägung der privaten Interessen der Parteien relevant. Diese ergebe ein klares Bild zugunsten der streitigen Massnahme.

4.4.4 Wie dargelegt (vgl. E. 4.2.4), ist glaubhaft, dass die Beschwerdegegnerin ohne die streitige vorsorgliche Massnahme mit Kundenverlusten rechnen müsste, die sie letztlich in ihrer Existenz gefährden könnten. Die Massnahme erscheint demnach zur Abwendung des Nachteils, den ein Wechsel zu einem entgeltlichen Peering für die Beschwerdegegnerin zur Folge hätte, als geeignet und erforderlich. Diese hat entsprechend entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin ein grundlegendes und schwer wiegendes Interesse an der Massnahme. Diesem Interesse steht zwar das Interesse der Beschwerdeführerin gegenüber, einen potentiellen Kundenverlust als Folge der Massnahme zu vermeiden. Dieses Interesse ist indes klar weniger gewichtig als das der Beschwerdegegnerin, wird die Beschwerdeführerin doch, wie die Vorinstanz zu Recht vorbringt, als grösste Fernmeldedienstanbieterin der Schweiz mit über 1,7 Millionen Breitbandanschlüssen durch einen allfälligen Kundenverlust während der Dauer des Zugangsverfahrens in keiner Weise in ihrer Existenz bedroht.

Die beiden weiteren Interessen, die die Beschwerdeführerin anführt, sind demgegenüber nicht in die Interessenabwägung einzubeziehen. Sie setzen voraus, dass die Darstellung der Beschwerdeführerin zutrifft, wonach die Beschwerdegegnerin durch das unentgeltliche Peering von einer rechts- und wettbewerbswidrigen Situation profitiere und sich mangels fi-

nanzieller Anreize nicht zu einer effizienten Nutzung ihrer Infrastruktur veranlasst fühle. Dies kann im gegenwärtigen Zeitpunkt jedoch nicht beurteilt werden, sondern ist vielmehr im Rahmen des Zugangsverfahrens erst noch zu klären. Es kann daher im Rahmen des vorliegenden Entscheids nicht einfach in Vorwegnahme des Ergebnisses dieser Prüfung davon ausgegangen werden, diese Interessen würden durch die streitige Massnahme tatsächlich tangiert. Selbst wenn dies der Fall wäre, käme dem im Übrigen keine massgebliche Bedeutung zu, erschiene doch das Interesse der Beschwerdegegnerin an der Abwendung einer potentiell existenzgefährdenden Situation auch gegenüber diesen Interessen sowie gegenüber den von der Beschwerdeführerin angeführten Interessen in ihrer Gesamtheit als klar überwiegend. Gründe, wieso die Massnahme unzumutbar sein sollte, sind im Weiteren nicht ersichtlich. Die streitige Massnahme erweist sich demnach als aufgrund der Interessenabwägung gerechtfertigt und verhältnismässig.

4.5 Als Zwischenergebnis ist damit festzuhalten, dass die Voraussetzungen für die Anordnung der streitigen Massnahme bzw. für deren Beibehaltung erfüllt sind. Der Antrag der Beschwerdeführerin auf Aufhebung der angefochtenen Verfügung (vgl. Ziff. 1 des Beschwerdebegehrens) ist deshalb abzuweisen.

5.
Zu prüfen bleibt, ob die Beschwerdegegnerin, wie die Beschwerdeführerin eventualiter beantragt (vgl. Ziff. 2 des Beschwerdebegehrens), in Abänderung der angefochtenen Verfügung zu einer Sicherheitsleistung zu verpflichten ist, die vor der unentgeltlichen Erbringung des Peering-Dienstes zu leisten wäre.

5.1 Die Beschwerdeführerin bringt zur Begründung ihres Begehrens vor, bei einer Abweisung des Zugangsgesuchs bestehe ein hohes Risiko, dass sie hinsichtlich ihrer Nachforderungen für das Peering-Entgelt erhebliche Zahlungsausfälle erleiden würde, sei doch wegen der Ausführungen der Beschwerdegegnerin im Zugangsgesuch wahrscheinlich, dass diese Forderungen deren Zahlungsunfähigkeit zur Folge hätten (vgl. E. 1.1.1 und 1.1.5.1). Damit drohe ihr ein Schaden, der durch die Festsetzung einer angemessenen Sicherheitsleistung abzuwenden sei. Dieser Schaden könne nicht im Voraus berechnet und auch nicht genau substantiiert werden. Er hänge vom Umfang des Datenverkehrs zwischen der Beschwerdegegnerin und ihr ab sowie davon, wie weit die Beschwerdegegnerin die Schwelle überschreite, ab der das Peering – nach der

Peering-Strategie bzw. der erwähnten Vertragsofferte der Beschwerdeführerin – entgeltlich sei. Die massgebliche Datenmenge sei mit dem Preis pro Einheit zu multiplizieren. Ursprünglich habe sie einen Preis von Fr. 3.-- pro Megabit pro Sekunde (Mbps) offeriert. Da die Beschwerdegegnerin zu keinen Verhandlungen bereit gewesen sei, habe dieser Preis aber nicht diskutiert werden können.

5.2 Die Beschwerdegegnerin macht u.a. geltend, die Beschwerdeführerin substantiiere den ihr angeblich drohenden Schaden nicht (vgl. auch E. 1.1.2). Sie habe zudem das Peering seit Ende 2012 kontinuierlich abgebaut, weshalb keine allzu hohen Nachforderungen zu erwarten seien. Schliesslich sei die Vorinstanz befugt, im Zugangsverfahren ein Entgelt für das Peering festzusetzen, wodurch sich die Nachforderungen weiter reduzieren könnten (vgl. E. 4.1.2).

5.3 Die Vorinstanz verweist auf die angefochtene Verfügung und macht geltend, es sei nicht völlig auszuschliessen, dass sie das Zugangsgesuch zumindest teilweise gutheissen werde (vgl. E. 4.1.3). Allfällige Nachforderungen müssten daher nicht dem Entgelt entsprechen, das die Beschwerdeführerin für das Peering verlange. Das Risiko, dass die Nachforderungen nicht einbringlich seien, erscheine weiter nicht ungewöhnlich hoch, weshalb die Festsetzung einer Sicherheitsleistung nicht notwendig sei.

5.4

5.4.1 Wie erwähnt (vgl. E. 3.1), räumen Art. 11a Abs. 1 FMG und Art. 71 FDV der Vorinstanz die Befugnis ein, für die Dauer des Zugangsverfahrens vorsorgliche Massnahmen anzuordnen. Ob diese in diesem Zusammenhang auch eine Sicherheitsleistung festsetzen darf, regeln diese beiden Bestimmungen indes nicht, ebenso wenig die restlichen Bestimmungen des FMG und der FDV. Eine ausdrückliche Regelung dieser Frage findet sich auch nicht in den im erstinstanzlichen Verfahren analog geltenden Art. 55 und 56 VwVG, die für das Beschwerdeverfahren den Entzug und die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde sowie die Anordnung anderer vorsorglicher Massnahmen normieren. Im Unterschied dazu räumen sowohl das Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 (BZP, SR 273) als auch die Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO, SR 272) dem Gericht die Befugnis ein, eine Sicherheitsleistung festzusetzen, falls der Gegenpartei durch die verlangte vorsorgliche Massnahme ein Schaden ent-

stehen kann (vgl. Art. 82 Abs. 2 BZP) bzw. ein solcher Schaden zu befürchten ist (vgl. Art. 264 Abs. 1 ZPO). Ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen die Anordnung einer Sicherheitsleistung möglich wäre, kann aber offen gelassen werden, da das Eventualbegehren der Beschwerdeführerin auch dann abzuweisen wäre, wenn davon ausgegangen würde, die Festsetzung einer Sicherheitsleistung sei grundsätzlich zulässig (vgl. nachfolgend E. 5.4.2).

5.4.2 Zwar kann, wie erwähnt (vgl. E. 1.1.5.2), im gegenwärtigen Zeitpunkt nicht ausgeschlossen werden, dass die Beschwerdeführerin bei einem für die Beschwerdegegnerin negativen Ausgang des Zugangsverfahrens allenfalls einen Schaden erleiden würde, weil diese zur Bezahlung der Nachforderungen für das Peering nicht imstande sein könnte. Dieser allfällige Schaden wird von der Beschwerdeführerin indes nicht substantiiert. Sie beschränkt sich vielmehr darauf, abstrakt zu erläutern, wie er zu berechnen wäre, ohne darzulegen, von welchem Preis pro Mbps und von welcher Datenmenge bei der Schadensberechnung auszugehen ist. Aus ihren Ausführungen geht deshalb weder hervor, welche konkreten Grössen ihrer Ansicht nach der Schadensberechnung zugrunde zu legen sind, noch wieso – auch unter Berücksichtigung der mutmasslichen Dauer des Zugangsverfahrens – gerade diese massgeblich sein sollten. Unklar bleibt selbst, was sie von den Angaben hält, die die Beschwerdegegnerin im Zugangsgesuch hinsichtlich der aus der erwähnten Vertragsofferte resultierenden Mehrkosten macht (vgl. E. 1.1.4.2). Als Folge der fehlenden Substantiierung bleibt offen, von welchem potentiellen Schaden die Beschwerdeführerin ausgeht und wieso sie dies tut sowie – da sie sich auch hierzu in keiner Weise äussert – was sie als angemessene Sicherheitsleistung betrachtet und wieso. Es mangelt daher in grundsätzlicher Weise an den Angaben, die erforderlich wären, um beurteilen zu können, welche Sicherheitsleistung unter den gegebenen Umständen angemessen wäre. Die Festsetzung der beantragten Sicherheitsleistung kommt daher im vorliegenden Entscheid über den einstweiligen Rechtsschutz nicht in Frage. Das Eventualbegehren der Beschwerdeführerin ist deshalb ebenfalls abzuweisen.

6.

6.1 Bei diesem Verfahrensausgang gilt die Beschwerdeführerin als unterliegend. Sie hat deshalb die auf Fr. 2'000.-- festzusetzenden Verfahrenskosten zu tragen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor

dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Diese sind mit dem Kostenvorschuss in gleicher Höhe zu verrechnen.

6.2 Der obsiegenden Partei ist von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige Kosten zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VGKE). Die Entschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere Auslagen der Partei (Art. 8 ff. VGKE). Sie wird vom Gericht aufgrund der Akten festgesetzt, wenn keine Kostennote eingereicht wird (Art. 14 Abs. 2 VGKE).

Vorliegend obsiegen die anwaltlich vertretene Beschwerdegegnerin und die Vorinstanz. Erstere hat Anspruch auf eine Parteientschädigung. Da sie keine Kostennote eingereicht hat, ist die Entschädigung aufgrund der Akten festzusetzen. In Anbetracht des mutmasslichen Arbeits- und Zeitaufwands für das vorliegende Verfahren erscheint eine Entschädigung von Fr. 5'000.-- (inklusive Auslagen und Mehrwertsteuer) als angemessen. Sie ist der unterliegenden Beschwerdeführerin zur Bezahlung aufzuerlegen. Die Vorinstanz hat als Bundesbehörde keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (vgl. Art. 7 Abs. 3 VGKE).

7.
Dieses Urteil kann nicht beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 83 Bst. p Ziff. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Es ist somit endgültig.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 2'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden mit dem Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet.

3.
Die Beschwerdeführerin hat der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung von Fr. 5'000.-- (inklusive Auslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

4.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerin (Einschreiben)
– die Beschwerdegegnerin (Einschreiben)
– die Vorinstanz (Ref-Nr. Vf10-12-13_027 / AZ 330.41; Einschreiben)

Die vorsitzende Richterin:	Der Gerichtsschreiber:
Kathrin Dietrich	Pascal Baur

Versand: