Tribunale federale
Tribunal federal

{T 1/2}
4C.404/2006 /len

Urteil vom 16. Februar 2007
I. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Corboz, Präsident,
Bundesrichterinnen Klett, Rottenberg Liatowitsch,
Bundesrichter Kolly, Bundesrichterin Kiss,
Gerichtsschreiberin Sommer.

Parteien
TDC Switzerland AG (sunrise),
Klägerin und Berufungsklägerin,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Urs Wickihalder,

gegen

Swisscom AG,
Swisscom Fixnet AG,
Beklagte und Berufungsbeklagte,
beide vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Urs Erne.

Gegenstand
Kartellgesetz; Schadenersatz,

Berufung gegen das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 3. Oktober 2006.

Sachverhalt:
A.
Die TDC Switzerland AG (Klägerin) ist eine vom Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) konzessionierte Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich, die unter dem Markennamen "sunrise" als Fernmeldedienstanbieterin tätig ist.

Die Swisscom AG (Beklagte 1) ist eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft mit Sitz in Ittigen. Sie bezweckt die Anbietung von Fernmelde- und Rundfunkdiensten sowie damit zusammenhängenden Produkten und Dienstleistungen im In- und Ausland. Die Swisscom Fixnet AG (Beklagte 2) ist ebenfalls eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Ittigen und bezweckt die Anbietung von Fernmelde- und Informationsdiensten im In- und Ausland, insbesondere im Bereich der Festnetzkommunikation. Die Beklagte 1 ist die Muttergesellschaft der Swisscom-Gruppe, zu der neben der Beklagten 2 insbesondere auch die Swisscom Enterprise Solutions AG als Tochtergesellschaft gehört.
Seit dem 1. August 2001 bietet die Swisscom Enterprise Solutions AG den Service "Office Connex" an, der es den Kunden ermöglicht, eigene über die ganze Schweiz verteilte Standorte kostengünstig miteinander zu verbinden. Der Service basiert auf dem Internetprotokoll (IP) und im Access-Bereich auf der ADSL-Technologie. Das Angebot umfasste asymmetrische Bandbreiten bis zu 3,5 Mbps und symmetrische Bandbreiten bis zu 512 kbps. Den anderen Fernmeldedienstanbietern (Wholesale-Kunden) offerierte die Swisscom-Gruppe das Produkt "Broadband Connectivity Service" (BBCS), bot aber anders als den Endkunden nur asymmetrische Bandbreiten an, die sich laut der Klägerin nicht zur Unterbreitung eines ähnlichen Produkts wie "Office Connex" an die Endkunden eignen. Am 7. November 2001 verlangte die Klägerin von der Beklagten 1 schriftlich ein

Wholesale-Angebot unter anderem für die Bandbreiten bis 3,5 Mbps asymmetrisch und bis 512 kbps symmetrisch. Ab dem 15. November 2002 wurden der Klägerin dann - nach weiteren Interventionen - Bandbreiten von 512 kbps symmetrisch sowie bis zu 2 Mbps asymmetrisch zur Verfügung gestellt.

B.
Mit Klage vom 17. Mai 2004 beantragte die Klägerin vor dem Handelsgericht des Kantons Zürich nebst der Herausgabe von Belegen Folgendes:
"Es seien die Beklagten solidarisch zu verpflichten, nach Wahl der Klägerin (welche nach Durchführung des Beweisverfahrens zu treffen ist):
a) entweder der Klägerin den vom Gericht festzustellenden Schaden, mindestens jedoch CHF 144'000.00, zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 15. November 2002, zu ersetzen, welcher der Klägerin aus dem widerrechtlichen Verhalten der Beklagten entstanden ist;
b) oder der Klägerin den vom Gericht festzustellenden gesamten Gewinn, mindestens jedoch CHF 144'000.00, zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 15. November 2002, herauszugeben, den die Beklagten durch ihr widerrechtliches Verhalten erzielt haben."
Die Klägerin begründete ihre Klage damit, dass sich die Beklagten im Sinne von Art. 7 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) unzulässig verhalten hätten. Gestützt auf Art. 12 KG verlangte sie - nach von ihr noch zu treffender Wahl - Schadenersatz oder Herausgabe des unrechtmässig erzielten Gewinnes für die Zeit vom 1. August 2001 bis 14. November 2002.

Die Beklagten hielten dem im Wesentlichen entgegen, dass das Kartellgesetz im vorliegenden Fall keine Anwendung finde, da die Frage des BBCS-Angebots die Interkonnektion betreffe, die abschliessend öffentlichrechtlich durch die Fernmeldegesetzgebung geregelt sei. Die Beklagten seien zudem (auch) in Bezug auf Breitbanddienste keine marktbeherrschenden Unternehmen im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG und hätten sich nicht missbräuchlich verhalten; insbesondere habe es verschiedene Alternativen für die Klägerin gegeben, um den Endkunden ein "Office Connex" ähnliches Produkt anbieten zu können. Hinzu komme, dass weder bei der Klägerin ein Schaden vorliege noch den Beklagten im relevanten Zeitraum mit "Office Connex" ein Gewinn angefallen sei.

Mit Urteil vom 3. Oktober 2006 wies das Handelsgericht die Klage ab. Den Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 lit. a KG (Verweigerung von Geschäftsbeziehungen) verneinte es mit der Begründung, es wäre mit den Grundsätzen der Einheit der Rechtsordnung und der Rechtssicherheit, insbesondere der Voraussehbarkeit von Rechtspflichten, unvereinbar, der Klägerin Schadenersatz zuzusprechen, weil die Beklagten ihr die Interkonnektion verweigerten, zu der sie nach dem Fernmelderecht gar nicht verpflichtet gewesen seien. Es könne niemand indirekt durch die "Hintertür" des Kartellrechts zu etwas verpflichtet werden, wozu er aufgrund des Fernmelderechts gerade (noch) nicht verpflichtet sei. Den Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG (Diskriminierung von Handelspartnern) verneinte es ebenfalls mit dem Hinweis, die Beklagten seien aufgrund des Fernmelderechts gerade (noch) nicht verpflichtet gewesen, der Klägerin die von ihr angestrebte Interkonnektion zu gewähren. Würde nun die Zurverfügungstellung der genannten Bandbreiten an die Tochtergesellschaft der Beklagten 1 respektive die Schwestergesellschaft der Beklagten 2 trotzdem als unzulässige Bevorzugung eines Handelspartners respektive als Diskriminierung der anderen Handelspartner und damit auch der
Klägerin angesehen, würde damit unter Umständen den Konsumenten überhaupt die Möglichkeit genommen, von einer technischen Neuerung und/oder einem neuen Produkt zu profitieren. Es könne aber nicht der Wille des Gesetzgebers sein, Innovationen vorab zu verhindern. Dabei könne es keine Rolle spielen, ob die Beklagte 1 respektive die Beklagte 2 ihr neues Produkt selber oder via eine Tochter-/Schwestergesellschaft vertrieben hätten, weil dies aus Sicht der nicht "belieferten" Konkurrenten nichts ändere.
C.
Die Klägerin beantragt mit eidgenössischer Berufung, das Urteil des Handelsgerichts vom 3. Oktober 2006 aufzuheben und die Streitsache zur weiteren Abklärung des Sachverhalts und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Eventuell seien die Beklagten solidarisch zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von Fr. 144'000.– zuzüglich Zins zu bezahlen.

Die Beklagte beantragt, die Berufung und damit die Klage abzuweisen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Das Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG; SR 173.110) ist am 1. Januar 2007 in Kraft getreten (AS 2006 1205, 1243). Da der angefochtene Entscheid vorher ergangen ist, richtet sich das Verfahren noch nach dem OG (Art. 132 Abs. 1 BGG).
2.
Die Klägerin beantragt im Hauptbegehren Rückweisung an die Vorinstanz. Der Rückweisungsantrag genügt bzw. ist sogar einzig angezeigt, weil das Bundesgericht, sollte es die Rechtsauffassung der Klägerin für begründet erachten, kein Sachurteil fällen könnte, sondern die Streitsache zur weiteren Abklärung des Sachverhalts und zur Prüfung der noch nicht beurteilten Haftungsvoraussetzungen an die Vorinstanz zurückweisen müsste (BGE 132 III 186 E. 1.2; 130 III 136 E. 1.2; 125 III 412 E. 1b S. 414).
3.
Das streitige BBCS-Angebot stellt eine Anwendungsform des schnellen Bitstrom-Zugangs dar. Im vorliegenden Fall geht es somit unstreitig um Interkonnektion auf der "letzten Meile". Die Beklagten stellen die Anwendbarkeit des Kartellrechts im Bereich der Interkonnektion in Abrede. Die Interkonnektion sei abschliessend im Fernmeldegesetz geregelt.
3.1 Das Kartellgesetz bezweckt nach Art. 1 KG, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern. Beim Erbringen von Fernmeldedienstleistungen hat zudem das Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10) als sektorspezifische Regelung unter anderem zum Zweck, einen wirksamen Wettbewerb zu ermöglichen (Art. 1 Abs. 2 lit. c FMG). Die parallele Anwendbarkeit des allgemeinen Kartellrechts erlaubt es, den Wettbewerb im liberalisierten Telekommunikationsmarkt zu gewährleisten.
3.2 Das Verhältnis des Kartellgesetzes zu anderen Erlassen wird in Art. 3 KG geregelt. Vorbehalten sind Vorschriften, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Dienstleistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (Art. 3 Abs. 1 lit. a KG) oder die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (lit. b). Art. 11 Abs. 1 FMG sieht vor, dass marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen von Fernmeldediensten nach den Grundsätzen einer transparenten und kostenorientierten Preisgestaltung auf nichtdiskriminierende Weise Interkonnektion gewähren müssen. Interkonnektion bedeutet dabei "die Verbindung von Fernmeldeanlagen und Fernmeldediensten, die ein fernmeldetechnisches und logisches Zusammenwirken der verbundenen Teile und Dienste sowie den Zugang zu Diensten Dritter ermöglicht" (Art. 3 lit. e FMG).

Diese Bestimmung stellt keine nach Art. 3 Abs. 1 KG vorbehaltene Vorschrift dar, welche Wettbewerb nicht zuliesse und somit der Anwendung des Kartellgesetzes entgegenstünde. Das Bundesgericht hielt im Zusammenhang mit der Interkonnektionsregelung im Fernmelderecht fest, dass diese besondere sektorielle Regelung zur allgemeinen preis- und wettbewerbsrechtlichen Ordnung hinzutrete und diese nicht ausschliesse. Soweit die entsprechenden Tatbestände erfüllt seien, liessen sich verpönte Verhaltensweisen oder Preisordnungen marktbeherrschender Fernmeldedienstanbieter mit den entsprechenden Mitteln bekämpfen. So könne sich zum Beispiel ein Angebotszwang (ohne die weiteren Folgen der Interkonnektion) aus kartellrechtlichen Gründen oder ein behördlicher Eingriff in die Preisgestaltung wegen missbräuchlicher Preise rechtfertigen. Fernmelderecht und Kartellrecht kämen parallel nach ihren jeweiligen Kriterien zur Anwendung, ohne dass das eine dem anderen vorgehe (Urteil 2A.142/2003 vom 5. September 2003, E. 4.1.3, publ. in: sic! 1/2004 S. 48 ff.; Urteil 2A.503/2000 vom 3. Oktober 2001, E. 6c, publ. in: ZBl 103/2002 S. 244 ff. und sic! 1/2002 S. 18 ff.).

Daran ist grundsätzlich festzuhalten und es kann der Ansicht der Beklagten nicht beigepflichtet werden, wonach das Kartellrecht im Bereich der Interkonnektion von vornherein keine Anwendung finde. Damit ist allerdings noch nicht entschieden, ob der Klägerin ein zivilrechtlicher Anspruch auf Schadenersatz nach Art. 12 KG zusteht, weil die Beklagten ihr im fraglichen Zeitraum (1. August 2001 bis 14. November 2002) das verlangte Wholesale-Angebot nicht gewährten.

4.
Die Klägerin wirft den Beklagten unzulässige Verhaltensweisen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. a und b KG vor.
4.1 Nach Art. 7 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Abs. 1), insbesondere durch die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Abs. 2 lit. a) oder die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (Abs. 2 lit. b).
4.2 Die Anwendung von Art. 7 KG setzt mithin kumulativ voraus, dass (1.) ein marktbeherrschendes Unternehmen vorliegt, welches (2.) durch den Missbrauch seiner marktbeherrschenden Stellung Wettbewerber behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt.

Bevor diese Tatbestandselemente zu prüfen sind, ist im vorliegenden Fall allerdings vorweg zu beachten, dass die Interkonnektion auf der letzten Meile, um die es hier geht, nicht vom Interkonnektionsregime nach Art. 11 FMG erfasst wird. Nach der Praxis der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung enthält das geltende Fernmelderecht (Art. 11 FMG) keine hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage für eine Interkonnektionspflicht der Beklagten 2 beim Teilnehmeranschluss und fehlt damit der vom Bundesrat erlassenen Verordnungsbestimmung (Art. 43 Abs. 1 lit. aquater und lit. aquinquies Fernmeldedienstverordnung in der Fassung vom 7. März 2003; AS 2003 S. 544) die erforderliche gesetzliche Grundlage. Die Öffnung der letzten Meile kann nur gestützt auf eine genügend bestimmte, demokratisch erlassene Gesetzesbestimmung im formellen Sinn - mithin durch den Gesetzgeber selber - erfolgen (BGE 132 II 47; 131 II 13).

Mit der Änderung des Fernmeldegesetzes vom 24. März 2006 (BBl 2006 S. 3565; zur Zeit noch nicht in Kraft) hat der Gesetzgeber nun eine solche Gesetzesgrundlage geschaffen sowie die Bedingungen und den Rahmen für eine Öffnung der letzten Meile festgelegt. Während des hier relevanten Zeitraumes (1. August 2001 bis 14. November 2002) galt diese Gesetzesgrundlage noch nicht. Vielmehr bot das damals geltende Recht keine hinreichende Grundlage für eine Interkonnektionspflicht auf der letzten Meile.

Bestand zum fraglichen Zeitraum keine Pflicht der Beklagten zur Gewährung des verlangten Wholesale-Angebots, kann die Verweigerung desselben weder nach Art. 7 Abs. 2 lit. a KG noch nach Art. 7 Abs. 2 lit. b KG als unzulässiges Verhalten der Beklagten betrachtet werden. Dies hat die Vorinstanz zutreffend erkannt.
4.3 Was die Klägerin dagegen einwendet, verfängt nicht:

Die grundsätzlich parallele Anwendbarkeit von Kartellrecht und Fernmelderecht kann nicht dazu führen, dass über den Umweg einer Auslegung des allgemeinen Kartellgesetzes auf eine Angebotspflicht im spezifischen Bereich der Interkonnektion auf der letzten Meile zu erkennen wäre. Damit würde ein Widerspruch geschaffen zur Erkenntnis des Bundesgerichts, wonach der Gesetzgeber selber über die Öffnung der letzten Meile entscheiden und die diesbezüglichen Formen und Bedingungen festlegen muss (vgl. insbesondere BGE 131 II 13 E. 6.4.2 S. 28 und E. 6.5.2 f. S. 30 f.). Dieses Primat des Gesetzgebers ist auch im Rahmen der Anwendung des Kartellgesetzes zu respektieren. Dass das Fernmeldegesetz und das Kartellgesetz, wie die Klägerin behauptet, unterschiedliche Eingriffsvoraussetzungen und Eingriffsmöglichkeiten der zuständigen Behörden vorsehen, hilft ihr nicht weiter, da es vorliegend weder um einen behördlichen Eingriff geht noch ersichtlich ist, weshalb wegen solcher allfälliger Unterschiede die fehlende Interkonnektionspflicht beim Teilnehmeranschluss im Rahmen eines geltend gemachten zivilrechtlichen Schadenersatzanspruchs unbeachtet bleiben müsste.

Auch die Kritik der Klägerin gegen die Verneinung des Tatbestands von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG (Diskriminierung) basiert auf ihrer unzutreffenden Auffassung, eine entsprechende Angebotspflicht der Beklagten ergebe sich - trotz fehlender fernmelderechtlicher Interkonnektionspflicht auf der letzten Meile - aus dem allgemeinen Kartellrecht. Wie dargelegt, kann dieser Auffassung nicht gefolgt werden. Die Kritik vermag daher von vornherein nicht durchzudringen, und es ist nicht weiter darauf einzugehen.
5.
Die Berufung ist abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Klägerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 156 Abs. 1 und Art. 159 Abs. 2 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Berufung wird abgewiesen.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 5'500.– wird der Klägerin auferlegt.
3.
Die Klägerin hat die Beklagten für das bundesgerichtliche Verfahren mit insgesamt Fr. 6'500.– zu entschädigen.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Handelsgericht des Kantons Zürich schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 16. Februar 2007
Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: