



Bern, 21. Juni 2018

---

# Verfügung

---

## der Eidgenössischen Kommunikationskommission ComCom

Zusammensetzung      Stephan Netzle, Präsident, Adrienne Corboud Fumagalli, Vizepräsidentin, Andreas Bühlmann, Jean-Pierre Hubaux, Christian Martin, Stephanie Teufel, Flavia Verzasconi

in Sachen                **Sunrise Communications AG**, Binzmühlestrasse 130,  
8050 Zürich  
vertreten durch [...]

**Gesuchstellerin**

gegen                      **Swisscom (Schweiz) AG**, Alte Tiefenastrasse 6,  
3048 Bern  
vertreten durch [...]

**Gesuchsgegnerin**

betreffend                **Netzzugang: Virtual Unbundling Local Access (VULA)**



## Inhaltsverzeichnis

I	Prozessgeschichte .....	3
II	Erwägungen .....	3
1	Verfahrensvoraussetzungen.....	3
1.1	Allgemein.....	3
1.2	Zuständigkeit .....	4
1.3	Schutzwürdiges Interesse .....	4
1.4	Verhandlungsfrist .....	4
1.5	Fazit.....	6
1.6	Verfahrensanträge.....	6
1.6.1	Beiladung .....	6
1.6.2	Selbständig anfechtbarer Zwischenentscheid .....	6
2	Umfang der Verpflichtung gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG .....	7
2.1	Positionen der Parteien .....	7
2.2	Fragestellung.....	7
2.3	Auslegung von Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG.....	8
2.3.1	Einleitung.....	8
2.3.2	Grammatikalische Auslegung.....	9
2.3.3	Historische Auslegung.....	10
2.3.4	Systematische Auslegung .....	12
2.3.5	Zeitgemässe Auslegung .....	13
2.3.6	Teleologische Auslegung .....	15
2.3.7	Zwischenfazit.....	18
2.4	Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichts .....	19
2.5	Fazit.....	20
III	Kosten .....	20



## I Prozessgeschichte

Mit Datum vom 7. Februar 2018 hat Sunrise Communications AG (Gesuchstellerin) gegen Swisscom (Schweiz) AG (Gesuchsgegnerin) bei der ComCom ein Gesuch um Netzzugang eingereicht. Sie stellt darin folgende Rechtsbegehren:

- 1. Die Gesuchsgegnerin sei gemäss den technischen Spezifikationen in Beilage 2 zu verpflichten, innert längstens 6 Monaten den Zugang zum vollständig entbündelten Teilabschnitt der Teilnehmeranschlussleitung auf transparente und nichtdiskriminierende Weise und zu kostenorientierten Preisen in der Form der virtuellen Entbündelung in der Ortszentrale anzubieten.*
- 2. Die Gesuchstellerin sei in hängigen Zugangsverfahren (Drittverfahren) beizuladen, soweit dies den vorliegenden Verfahrensgegenstand beschlagen und sofern nicht Parallelität im Verfahrensablauf hergestellt wird.*

In ihrer Stellungnahme vom 9. März 2018 beantragt die Gesuchsgegnerin, das Gesuch sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf überhaupt einzutreten sei.

Die Gesuchstellerin bestätigt ihre Rechtsbegehren in ihrer Replik vom 5. April 2018, wobei sie sich auf Aufforderung der Instruktionsbehörde hin auch explizit zur Frage der Einhaltung der dreimonatigen Verhandlungsfrist äusserte.

In ihrer Duplik vom 18. Mai 2018 hält die Gesuchsgegnerin ebenso an ihren bisher gestellten Anträgen fest. Zudem beantragt sie, dass für den Fall, dass auf das Zugangsgesuch überhaupt eingetreten bzw. es nicht bereits aus anderen Gründen abgewiesen werden sollte, das Verfahren auf die Grundsatzfrage zu beschränken sei, ob der von der Gesuchstellerin verlangte Zugang über eine genügende gesetzliche Grundlage verfüge. Darüber sei in einem selbständig anfechtbaren Teilentscheid zu befinden.

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

## II Erwägungen

### 1 Verfahrensvoraussetzungen

#### 1.1 Allgemein

Als Verwaltungsverfahren vor einer Bundesbehörde sind die Zugangsverfahren nach Art. 11a des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10) gemäss den Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021) abzuwickeln, soweit das FMG spezialgesetzlich nicht nähere Bestimmungen enthält (Art. 1 Abs. 2 Bst. d und Art. 4 VwVG).



## 1.2 Zuständigkeit

Gemäss Art. 11a FMG verfügt die ComCom bei Streitigkeiten über den Zugang auf Gesuch einer Partei und auf Antrag des Bundesamtes für Kommunikation (BAKOM) dessen Bedingungen. Streitigkeiten aus Vereinbarungen und Verfügungen über den Zugang werden hingegen durch die Zivilgerichte beurteilt (Art. 11b FMG).

Vorliegend verlangt die Gesuchstellerin die verfügungsweise Festlegung einer spezifischen Angebotsverpflichtung in Bezug auf die in Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG gesetzlich vorgesehene Zugangsform „vollständig entbundelter Zugang zum Teilnehmeranschluss“.

Die ComCom ist gemäss Art. 11a FMG für die Behandlung des Gesuchs vom 7. Februar 2018 sachlich zuständig.

## 1.3 Schutzwürdiges Interesse

Der Anspruch auf Erlass einer Verfügung setzt ein schutzwürdiges Interesse voraus. Dies gilt nicht nur für den in Art. 25 VwVG explizit erwähnten Fall der Feststellungsverfügung, sondern analog auch für Gestaltungs- und Leistungsverfügungen (vgl. BGE 120 Ib 351 E. 3a S. 355; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. Bern 2014, § 30 Rz. 29). Das schutzwürdige Interesse muss nicht zwingend ein rechtliches sein; auch ein bloss tatsächliches kann genügen. Das geforderte Interesse muss aber grundsätzlich aktueller und praktischer Natur sein. Dieses Erfordernis soll sicherstellen, dass die Behörde konkrete und nicht bloss theoretische Fragen entscheidet, und es dient damit der Prozessökonomie (vgl. BGE 114 Ia 129 E. 1 S. 131).

Würde das Gesuch vom 7. Februar 2018 gutgeheissen, so müsste die Gesuchsgegnerin auf Vorleistungsstufe das von der Gesuchstellerin verlangte Produkt zu kostenorientierten Preisen anbieten. Damit besteht für die Gesuchstellerin ohne weiteres ein aktuelles, praktisches und damit schutzwürdiges Interesse an der Beurteilung ihres Gesuchs.

## 1.4 Verhandlungsfrist

Gemäss Art. 11a Abs. 1 FMG kann die ComCom Zugangsbedingungen nur auf Gesuch einer Partei, nicht aber von Amtes wegen verfügen. Der Gesetzgeber räumt damit der rechtsgeschäftlichen Einigung der Parteien Priorität gegenüber der behördlichen Festsetzung der Zugangsbedingungen ein (sog. Verhandlungsprimat). Die Bestimmung sieht weiter vor, dass die ComCom erst angerufen werden kann, wenn sich die beteiligten Anbieterinnen nicht innerhalb von drei Monaten über die Bedingungen einigen konnten. Bei dieser Dreimonatsfrist handelt es sich um eine eigenständige, spezialgesetzliche Prozess- und Eintretensvoraussetzung (BGE 2A.276/2006 vom 12. Juli 2006, E. 2.3).

Zwischen den Parteien ist vorliegend strittig, ob die Dreimonatsfrist von Art. 11a Abs. 1 FMG eingehalten wurde. Die Gesuchstellerin bringt hierzu vor, sie bemühe sich schon seit längerem um ein auf der Entbündelung der letzten Meile basierendes Vorleistungsprodukt, welches ihr ermögliche, von neueren Breitbandtechnologien zu profitieren. Am 17. Mai 2017 sei sie an die Gesuchsgegnerin gelangt und habe ihr Bedürfnis nach einem entsprechenden Vorleistungsprodukt wiederholt. Am 5. Juli 2017 habe sie anlässlich eines Treffens mit der



Gesuchsgegnerin die mögliche technische Ausgestaltung eines solchen Produkts in der Gestalt einer virtuellen Entbündelung der Teilnehmeranschlussleitung (VULA) präsentiert. Mit E-Mail vom 12. Juli 2017 habe die Gesuchsgegnerin das Ersuchen der Gesuchstellerin abgewiesen. An ihrem Standpunkt halte die Gesuchsgegnerin bis heute fest. Damit sei der Dissens ausgewiesen und auch die geforderte Verhandlungsfrist eingehalten.

Demgegenüber ist die Gesuchsgegnerin der Ansicht, das Vorgehen der Gesuchstellerin erfülle die spezialgesetzliche Prozessvoraussetzung nicht und auf das Gesuch sei daher mangels nachgewiesenem Dissens nicht einzutreten. In ihrer Duplik vom 18. Mai 2018 erklärt sie dazu, für die Frage, ob ein Dissens vorliege, käme es einzig darauf an, ob die Parteien über ein „reguliertes“ Angebot verhandelt haben. Gespräche im Zusammenhang mit Vorleistungsprodukten zwischen den Parteien seien hingegen nicht erheblich.

Die ComCom hatte schon mehrmals darüber zu befinden, ob die in Art. 11a Abs. 1 FMG vorgesehene Verhandlungsfrist eingehalten wurde oder nicht. Sie hat dabei bereits in ihrem Entscheid vom 21. November 2007 betreffend Zugang zum schnellen Bitstrom festgehalten, dass das Verhandlungsprimat resp. die Einhaltung der dreimonatigen Verhandlungsfrist nur zum Zuge kommen könne, wenn die um Gewährung des Zugangs ersuchte Fernmeldedienstanbieterin zu Verhandlungen über den Zugang überhaupt bereit sei. Lehne diese Verhandlungen ab, könne das Verhandlungsprimat keine Wirkung haben. Der nachfragenden Fernmeldedienstanbieterin müsse es in einem solchen Fall wegen der Unmöglichkeit einer Verhandlungsaufnahme unbenommen sein, die ComCom umgehend anzurufen (E. 2.2.). Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung kann letztlich offen bleiben, ob die Parteien drei Monate über die Bedingungen des Zugangs in Form von VULA verhandelt haben oder nicht. Aus ihrer E-Mail vom 12. Juli 2017 geht mit genügender Klarheit hervor, dass die Gesuchsgegnerin nicht gewillt ist, mit der Gesuchstellerin über die Implementierung von VULA weitere Verhandlungen zu führen. Es kann dabei auch keine Rolle spielen, ob die Parteien explizit von einem Angebot zu kostenorientierten Preise gesprochen haben. Wenn die Gesuchsgegnerin bereits Verhandlungen über ein weiteres (kommerzielles) Vorleistungsprodukt unmissverständlich eine Absage erteilt, kann nicht davon ausgegangen werden, dass sie bereit wäre, über ein „reguliertes“ Angebot zu verhandeln.

Weiter kann aus dem Umstand, dass die Gesuchstellerin daraufhin nicht umgehend mit einem Zugangsgesuch an die ComCom gelangt ist, nichts zu ihren Ungunsten abgeleitet werden. Dasselbe gilt auch für den Umstand, dass die Gesuchstellerin die Verhandlungsaufnahme dem BAKOM nicht angezeigt hat. Es besteht keine Vorschrift, die die Einreichung eines Gesuchs innerhalb einer bestimmten Frist nach erfolgloser Verhandlung zwischen den Parteien vorsehen würde und es kann angesichts des verstrichenen Zeitraums und der weiteren Umstände auch nicht gesagt werden, die Gesuchstellerin wäre aufgrund von Treu und Glauben verpflichtet gewesen, vor Einreichen ihres Gesuchs bei der Gesuchsgegnerin erneut deren Verhandlungsbereitschaft abzuklären. Art. 51 der Verordnung über Fernmeldedienste vom 9. März 2007 (FDV; SR 784.101.1) statuiert sodann keine Pflicht, Vertragsverhandlungen anzuzeigen, sondern lediglich eine Möglichkeit „zu Beweis Zwecken“. Insofern sind mit Bezug auf die Verfahrensvoraussetzungen auch keine Rechtsfolgen an die Nichteinhaltung dieser Bestimmung geknüpft.



Damit ist auch der spezialgesetzlich vorgesehenen Verfahrensvoraussetzung der dreimonatigen Verhandlungsfrist Genüge getan.

## **1.5 Fazit**

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die formellen Voraussetzungen grundsätzlich erfüllt sind und auf das Gesuch vom 7. Februar 2018 einzutreten ist. Zu prüfen ist, ob die Gesuchsgegnerin verpflichtet werden kann, den von der Gesuchstellerin geforderten Zugang zum vollständig entbündelten Teilabschnitt der Teilnehmeranschlussleitung in der Form der virtuellen Entbündelung in der Ortszentrale anzubieten.

## **1.6 Verfahrensanträge**

### **1.6.1 Beiladung**

Die Gesuchstellerin beantragt in ihrem Gesuch vom 7. Februar 2018 im Weiteren, sie sei in hängigen Zugangsverfahren (Drittverfahren) beizuladen, soweit diese den vorliegenden Verfahrensgegenstand beschlagen und sofern nicht Parallelität im Verfahrensablauf hergestellt werde.

Bei der ComCom ist zurzeit kein Zugangsverfahren hängig, das den gleichen Verfahrensgegenstand betrifft. Der Antrag auf Beiladung ist vor diesem Hintergrund obsolet.

### **1.6.2 Selbständig anfechtbarer Zwischenentscheid**

In ihrer Duplik vom 18. Mai 2018 stellt die Gesuchsgegnerin den Antrag, das Verfahren auf die Grundsatzfrage zu beschränken, ob der von der Gesuchstellerin verlangte Zugang über eine genügende gesetzliche Grundlage verfüge, und darüber in einem selbständig anfechtbaren Zwischenentscheid zu befinden. Dies für den Fall, dass auf das Zugangsgesuch überhaupt eingetreten bzw. es nicht bereits aus anderen Gründen abgewiesen werden sollte.

Vorliegend stellt die Gesuchstellerin den Antrag, die Gesuchsgegnerin sei zu einem spezifischen Angebot zu verpflichten. Ob dieses Rechtsbegehren gutgeheissen wird, hängt in materieller Hinsicht in erster Linie davon ab, ob die Frage nach der genügenden gesetzlichen Grundlage positiv beantwortet wird. Sodann wäre – falls diese bestritten ist – die Frage der marktbeherrschenden Stellung der Gesuchsgegnerin als Grundvoraussetzung für eine Regulierung zu prüfen. Dazu führt die Gesuchstellerin in ihrem Gesuch vom 7. Februar 2018 aus, „die Frage der Marktbeherrschung dürfte vorliegend unbestritten sein.“ Die Gesuchsgegnerin äussert sich in ihrer Stellungnahme vom 9. März 2018 nicht zu dieser Thematik. Hingegen widerspricht sie der Auffassung der Gesuchstellerin in ihrer Duplik vom 17. Mai 2018. Wie es sich mit den Positionen der Parteien zu dieser Frage genau verhält, wäre allenfalls zu einem späteren Zeitpunkt zu eruieren.

Die Frage nach der marktbeherrschenden Stellung stellt sich nämlich nur, wenn eine Fernmeldediensteanbieterin aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen überhaupt verpflichtet werden kann, den Zugang zu ihren Einrichtungen und Diensten in einer bestimmten Art und



Weise zu gewähren. Weil die Gesuchstellerin davon ausgeht, dass das geltende Zugangsregime eine virtuelle Entbündelung der Teilnehmeranschlussleitung umfasst und die Gesuchsgegnerin dies bestreitet, ist vorliegend zwischen den Parteien die Zugangsgewährung im Grundsatz umstritten. Vorab ist deshalb zu prüfen, ob das FMG überhaupt eine genügende gesetzliche Grundlage für das Rechtsbegehren der Gesuchstellerin enthält. Nur wenn dies bejaht wird, ist anschliessend die Frage der marktbeherrschenden Stellung der Gesuchsgegnerin zu klären.

Würde das Vorliegen einer genügenden gesetzlichen Grundlage bejaht, so könnte im Hinblick auf die Prüfung der Frage der Marktbeherrschung in der Tat bedeutender Aufwand an Zeit und Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren eingespart werden, wenn über die Grundsatzfrage im Rahmen einer selbständig anfechtbaren Zwischenverfügung befunden würde. Entsprechend hat die Gesuchsgegnerin ihren Verfahrens Antrag unter der Bedingung formuliert, dass auf das Gesuch eingetreten wird und dass es nicht abgewiesen wird.

Wie der vorliegende Entscheid verfahrensrechtlich auszugestalten ist, hängt mithin davon ab, ob die Grundsatzfrage der genügenden gesetzlichen Grundlage zu bejahen oder zu verneinen ist. Dies wird im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen geprüft.

## **2 Umfang der Verpflichtung gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG**

### **2.1 Positionen der Parteien**

Die Gesuchstellerin vertritt die Auffassung, dass mit Art. 11 i.V.m. Art. 3 Bst. d<sup>bis</sup> FMG eine klare und genügende formell-gesetzliche Grundlage für die geforderte virtuelle Entbündelung des kupferbasierten Teilnehmeranschlusses mittels einer aktiven ethernet-basierten Schnittstelle in der Ortszentrale bestehe. Sie macht geltend, die hybriden Netze und die von der Gesuchsgegnerin eingesetzten neuen Breitband-Technologien würden dazu führen, dass es aus technischen, vertraglichen und ökonomischen Gründen nicht mehr möglich sei, den Teilnehmeranschluss vollständig zu entbündeln und die Gesuchsgegnerin deshalb aus Gründen der Nichtdiskriminierung verpflichtet sei, ein virtuelles Entbündelungsprodukt anzubieten.

Die Gesuchsgegnerin hält dem entgegen, die geltende rechtliche Ordnung sei bezüglich des Inhalts und des Umfangs der Zugangsregelung klar, etabliert und unbestritten. Er müsse daher nicht neu ausgelegt werden. Die Entbündelung des Teilnehmeranschlusses gemäss Art. 11 FMG sei ausdrücklich nur in Bezug auf das historische Kupfernetz vorgesehen.

### **2.2 Fragestellung**

Strittig ist, ob für die von der Gesuchstellerin geforderte Verpflichtung der Gesuchsgegnerin zum Anbieten eines Produkts zu einer virtuellen Entbündelung der Teilnehmeranschlussleitung eine gesetzliche Grundlage besteht.

Als rechtsanwendende Behörde hat die ComCom die von Parlament und Bundesrat erlassenen Bestimmungen des FMG und der FDV anzuwenden. Es ist deshalb auch ausge-



schlossen, dass im Rahmen einer Verfügung über ein Gesuch um Zugang gemäss Art. 11 FMG ausserhalb des abschliessend formulierten Katalogs eine neue Zugangsform eingeführt würde. Insofern ist der Gesuchsgegnerin beizupflichten, wenn sie in ihrer Duplik vom 18. Mai 2018 in diesem Zusammenhang auf die Botschaft zur Änderung des Fernmeldegesetzes vom 12. November 2003 verweist. Der Bundesrat ist damals von einer offenen Formulierung des Zugangs ausgegangen und hat unter dem Begriff "Zugang" grundsätzlich die Bereitstellung von Einrichtungen und/oder Diensten für eine andere Anbieterin von Fernmeldediensten zur Erbringung von Fernmeldediensten verstanden. In der vorgeschlagenen Konzeption hätte die ComCom die Kompetenz erhalten sollen, die Zugangsformen und ihre Ausgestaltung zu bestimmen. Das Parlament wollte demgegenüber keine offen formulierte Zugangsregulierung und hat die Delegation der Zuständigkeit an die ComCom abgelehnt respektive ein Netzzugangsregime beschlossen, welches sich durch einen abschliessenden Katalog an Zugangsformen charakterisiert. Dies wird auch von der Gesuchstellerin nicht in Frage gestellt, bringt sie in ihrer Replik vom 5. April 2018 doch vor, es gehe im vorliegenden Verfahren nicht um die Ausweitung des Netzzugangs im Anschlussbereich auf die Glasfasertechnologie, sondern um die Frage, wie die Gesuchsgegnerin den diskriminierungsfreien Netzzugang zur Kupfertechnologie sicherstelle.

Folglich ist zu prüfen, ob das geltende Recht neben der unbestrittenen Pflicht zur physischen Entbündelung auch eine Pflicht zur virtuellen Entbündelung der Teilnehmeranschlussleitung umfasst. Diese Frage ist anhand einer Auslegung von Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG zu klären, welcher die vollständige Entbündelung der Teilnehmeranschlussleitung vorsieht. Soweit die Gesuchstellerin vorbringt, sie werde aufgrund vertraglicher Vereinbarungen (z.B. im Bereich des Spektrum Management) diskriminiert, so können ihre Ausführungen höchstens im Rahmen der Prüfung der Frage nach der genügenden gesetzlichen Grundlage für den von ihr gestellten Antrag berücksichtigt werden. Weitere vertragliche Vereinbarungen mit der Gesuchsgegnerin hat sie nicht zum Gegenstand des vorliegenden Verfahrens gemacht.

## **2.3 Auslegung von Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG**

### **2.3.1 Einleitung**

Durch Auslegung soll der Sinn einer Gesetzesbestimmung ermittelt werden (ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Auflage, Zürich 2016, Rz. 80). Das Bundesgericht führt in ständiger Rechtsprechung aus, dass Ausgangspunkt jeder Auslegung der Wortlaut der Bestimmung bilde. Sei der Text nicht ganz klar und seien verschiedene Auslegungen möglich, so müsse nach seiner wahren Tragweite gesucht werden unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente, namentlich von Sinn und Zweck sowie der dem Text zugrunde liegenden Wertung. Wichtig sei ebenfalls der Sinn, der einer Norm im Kontext zukommt. Vom klaren, das heisst eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut dürfe nur ausnahmsweise abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür vorlägen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergebe. Solche Gründe könnten sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Sinn und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit andern Vorschriften ergeben (BGE 140 II 289 E. 3.3 S. 291).



Aktenzeichen: OS 41-00014

Weiter seien bei der Auslegung alle herkömmlichen Auslegungselemente zu berücksichtigen, wobei das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus befolge und es ablehne, die einzelnen Auslegungselemente einer Prioritätsordnung zu unterstellen (BGE 131 III 314 E. 2.2 S. 315).

### 2.3.2 Grammatikalische Auslegung

Bei der Auslegung ist grundsätzlich vom Wortlaut der Norm auszugehen. Ist dieser unklar oder bestehen Zweifel, ob der Wortlaut den Rechtssinn der Norm zutreffend wiedergibt, so ist er zu interpretieren. Vom klaren Wortlaut darf nur abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür bestehen, dass der rechtlich wahre Sinn der Bestimmung von diesem nicht wiedergegeben wird (PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, a.a.O., § 25 Rz. 3; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA THURNHERR, a.a.O., Rz. 92).

Art. 11 a Abs. 1 FMG lautet folgendermassen:

*<sup>1</sup> Marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten müssen anderen Anbieterinnen auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen in folgenden Formen Zugang zu ihren Einrichtungen und zu ihren Diensten gewähren:*

*a. den vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss;*

Im Rahmen der grammatikalischen Auslegung von Art. 11 a Abs. 1 FMG ist sodann der Wortlaut von Art. 3 d<sup>bis</sup> FMG zentral, welcher die Legaldefinition des vollständig entbündelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss enthält:

*d<sup>bis</sup> vollständig entbündelter Zugang zum Teilnehmeranschluss: Bereitstellung des Zugangs zum Teilnehmeranschluss für eine andere Anbieterin von Fernmeldediensten zur Nutzung des gesamten Frequenzspektrums der Doppelader-Metalleitung;*

Die Gesuchstellerin führt hierzu in ihrem Gesuch vom 7. Februar 2018 aus, der Gesetzgeber habe die Legaldefinition von Art. 3 d<sup>bis</sup> FMG bewusst offen verfasst. Diese lasse ohne weiteres zu bzw. verlange sogar, dass der Zugang zu möglichst gleichen oder vergleichbaren Konditionen als aktive Dienstleistung angeboten werde, wenn das physische Produkt nicht oder zumindest nicht diskriminierungsfrei angeboten werden könne. Auch Art. 11 FMG stehe dieser Sichtweise nicht entgegen. Im Gegenteil werde die marktbeherrschende Anbieterin in Absatz 1 angehalten, den Zugang zu ihren Einrichtungen und zu ihren Diensten auf nicht nichtdiskriminierende Weise zu gewähren. Das bedeute, um dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung gerecht zu werden, müsse sie (nötigenfalls) auch die erforderlichen Dienste erbringen.

Demgegenüber vertritt die Gesuchsgegnerin in ihrer Stellungnahme vom 9. März 2018 die Auffassung, der geltende Rechtsrahmen bezüglich des Umfangs der Zugangsregelung in Art. 11 FMG sei klar und sehe eine virtuelle Entbündelung des Teilnehmeranschlusses nicht vor.



Wie es sich mit der Argumentation der Gesuchstellerin verhält, wonach es dem gesetzgeberischen Willen entspreche, dass der Zugang zu möglichst gleichen oder vergleichbaren Konditionen als aktive Dienstleistung angeboten werde, wenn das physische Produkt nicht oder zumindest nicht diskriminierungsfrei angeboten werden kann, ist im Rahmen der weiteren Auslegungsmethoden zu prüfen. Bezogen auf den Wortlaut der fraglichen Bestimmungen – wie er für sich allein steht – kann festgehalten werden, dass weder der Wortlaut von Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG noch derjenige von Art. 3 d<sup>bis</sup> FMG eine Einschränkung auf eine physische Entbündelung macht.

Weiter lässt sich aufgrund des Wortlauts auch nicht der Schluss ziehen, dass mit der Wendung „auf nicht diskriminierende Weise“ in Bezug auf die Gewährung des Netzzugangs bestimmte, konkrete Pflichten verbunden wären. Im Gesetzestext wird der diskriminierungsfreie Netzzugang lediglich statuiert, ohne dass der Text selber dazu weitere Ausführungen zu Umfang oder Inhalt der Pflicht machen würde. Hinsichtlich des Umstands, dass Art. 11 Abs. 1 FMG von Zugang zu *Einrichtungen und Diensten* spricht, erscheint die Argumentation der Gesuchsgegnerin in ihrer Duplik vom 18. Mai 2018 zutreffend: Mit Einrichtungen dürften die Kabelkanalisationen und die Teilnehmeranschlussleitungen gemeint sein, bei den Diensten dürfte es sich um die weiteren vom Gesetz genannten Zugangsformen handeln. Vorliegend ist dies jedoch nicht von Belang: Die Gesuchstellerin verlangt, dass sie aufgrund einer Diskriminierung beim Zugang zu einer Einrichtung den Zugang zu einem Dienst erhält. Der Wortlaut der auszulegenden Bestimmung steht diesem Ansinnen nicht entgegen.

Aus diesen Gründen ist festzuhalten, dass der Wortlaut der auszulegenden Norm zwar nicht explizit vorsieht, dass die Pflicht zur diskriminierungsfreien Gewährung des vollständig entbündelten Zugangs zum Teilnehmerausschluss auch in virtueller Form erfüllt werden könnte respektive müsste. Er schliesst dies aber auch nicht zwingend aus. Der Normsinn ist folglich anhand der weiteren Auslegungselemente zu ermitteln.

### **2.3.3 Historische Auslegung**

Die historische Auslegungsmethode fragt nach der Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Mit Hilfe der Gesetzesmaterialien soll dabei eruiert werden, welchen Sinn der historische Gesetzgeber einer Norm beigemessen hat respektive welche Tragweite eine Norm vor dem allgemeinen Hintergrund ihrer Entstehungszeit hatte (GIOVANNI BIAGGINI/THOMAS GÄCHTER/REGINA KIENER, Staatsrecht, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2015, § 26 Rz. 14; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/ DANIELA THURNHERR, a.a.O., Rz. 101 ff.). Vor allem bei jüngeren Erlassen ist der historischen Auslegung ein grosses Gewicht beizumessen (vgl. BGE 136 I 297 E. 4.1 S. 300).

In ihrem Gesuch bemerkt die Gesuchstellerin im Zusammenhang mit ihren Ausführungen zum Verordnungsrecht, dass der vollständig entbündelte Zugang zum Teilnehmeranschluss von der Regulierung ursprünglich primär als physisches bzw. passives Produkt („nackter Draht“) konzipiert worden sei, was insbesondere in den Materialien zum Ausdruck käme. Weitergehende Ausführungen zum entstehungsgeschichtlichen Auslegungselement macht sie nicht.



Die Gesuchsgegnerin äussert sich in ihrer Duplik vom 18. Mai 2018 zwar zum Willen des historischen Gesetzgebers. Ihre Ausführungen haben aber insbesondere zum Ziel aufzuzeigen, dass das Parlament bei Erlass der geltenden Bestimmungen einen abschliessenden, durch die ComCom oder den Bundesrat nicht erweiterbaren Katalog an Zugangsformen beschlossen hat (vgl. oben Ziff. 2.2). Darüber hinaus äussert auch sie sich nicht explizit zu den Intentionen des Gesetzgebers bezüglich Umfang von Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG.

Vorliegend stellt sich die Frage, ob es Anhaltspunkte dafür gibt, dass der historische Gesetzgeber im Rahmen der Diskussionen zur vollständig entbündelten Teilnehmeranschlussleitung davon ausging, dass neben der physischen auch eine virtuelle Entbündelung vorgesehen ist. Dies ist zu verneinen. Weder in der Botschaft des Bundesrates noch in den Protokollen zu den Debatten im Rat finden sich Stellen, die die Haltung der Gesuchstellerin belegen würden, wonach der Gesetzgeber die Absicht hatte, für den Fall, dass eine physische Entbündelung nicht möglich wäre, eine virtuelle Entbündelung einzuführen.

In den Materialien ist die Entbündelung des Teilnehmeranschlusses in Form eines aktiven, virtuellen Produktes zwar durchaus prominent angesprochen. Dies aber ausschliesslich bezüglich der Einführung einer eigenständigen Zugangsform „Bitstrom-Zugang“ und nicht als Alternative innerhalb der Zugangsform „vollständige Entbündelung des Teilnehmeranschlusses“. So sah der bundesrätliche Vorschlag damals folgendes vor: „Während der Bundesrat wie bisher verantwortlich dafür ist, die Grundsätze für den Zugang zu präzisieren, ist die ComCom als dem Fernmeldemarkt nahe stehende unabhängige Behörde dafür zuständig, auf dem Verordnungsweg die Verpflichtungen für die Bereitstellung des Zugangs festzulegen, die effektiv für die marktbeherrschenden Fernmeldediensteanbieterinnen gelten (...). Neben dem im Gesetz definierten entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss könnte sie bei Bedarf und soweit dies technisch machbar ist auch den vollständig entbündelten Zugang und den gemeinsamen Zugang zum Teilnehmeranschluss auf anderen Infrastrukturen als der Doppelader-Metalleitung auferlegen, zum Beispiel auf Kabelnetzen, Glasfaserkabeln oder Funkverbindungen wie dem WLL (Wireless Local Loop). Im Sinne einer weniger starken Beherrschung der konkurrierenden Anbieterinnen in der Wertschöpfungskette könnte die ComCom ebenfalls den schnellen Bitstromzugang auferlegen (Bitstream Access)“ (BBI 2003 7951 ff. S. 7969). Bereits der Vorschlag des Bundesrates ist also davon ausgegangen, dass ein virtueller Zugang zum Teilnehmeranschluss eine selbständige Zugangsform wäre, die von der ComCom im Rahmen der vorgesehenen Kompetenz auf generell-abstrakter Ebene eingeführt werden könnte. Vor diesem Hintergrund wurden auch die Diskussionen in den Räten geführt.

Dass der Zugang zum Teilnehmeranschluss dereinst aufgrund des Nichtdiskriminierungsgebots von Art. 11 Abs. 1 FMG – unabhängig davon, ob der Gesetzgeber eine „virtuelle“ Zugangsform in seinen Katalog aufnimmt – auch eine virtuelle Entbündelung umfassen könnte, wurde in den damaligen Diskussionen nicht in Betracht bezogen. Mit anderen Worten ist der historische Gesetzgeber davon ausgegangen, dass die physische und die virtuelle Entbündelung des Teilnehmeranschlusses als alternative Zugangsformen Eingang ins Gesetz finden sollen. Davon geht auch das Bundesverwaltungsgericht aus, wenn es in seinem Entscheid vom 12. Februar 2009 zum Zugang zum schnellen Bitstrom ausführt „TAL



und Bitstromzugang haben als Alternativen Eingang ins Gesetz gefunden. Stellte der TAL ein Substitut zum schnellen Bitstromzugang dar, würde er diesen disziplinieren und eine Marktbeherrschung ausschliessen. Dies dürfte aber – wie schon die Vorinstanz festgestellt hat – nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen sein“ (BVGE A-109/2008 E. 8.4.5).

Die historische Auslegung von Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG deutet folglich nicht darauf hin, dass der Gesetzgeber bei Erlass der Norm vorsehen wollte, dass aus Gründen der Nicht-diskriminierung die virtuelle anstelle der physischen Entbündelung tritt, wenn die physische Entbündelung aus irgendwelchen Gründen nicht möglich ist. Vielmehr hat der Gesetzgeber damals die virtuelle Entbündelung gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. b FMG als separate Zugangsform „Zugang zum schnellen Bitstrom“ vorgesehen. Das Verhältnis dieser beiden Zugangsformen ist im Rahmen der systematischen Auslegung zu untersuchen.

#### **2.3.4 Systematische Auslegung**

Bei der systematischen Auslegung soll der Normsinn durch eine Untersuchung des Verhältnisses der Bestimmung zu anderen Rechtsnormen sowie des systematischen Zusammenhangs des Gesetzes, in dem sich die Bestimmung befindet, ermittelt werden (ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA THURNHERR, a.a.O., Rz. 97 ff.).

Die Gesuchstellerin bringt vor, Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG umfasse auch eine Pflicht zur virtuellen Entbündelung. Da das geltende FMG nach wie vor eine Bestimmung enthält, welche einen virtuellen Zugang vorgesehen hatte, ist das Verhältnis der beiden Normen zu prüfen.

Dabei ergibt sich ein weiteres Indiz, dass der Gesetzgeber im Rahmen des geltenden Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG einzig die physische Entbündelung vor Augen hatte und bei dieser Zugangsform nicht vorgesehen ist, dass sie auch virtuell erbracht werden muss: Gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. b FMG müssen marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen während vier Jahren den schnellen Bitstromzugang gewähren. Der schnelle Bitstrom-Zugang wird in Art. 3 Bst. d<sup>ter</sup> FMG definiert als „Herstellung einer Hochgeschwindigkeitsverbindung zur Teilnehmerin oder zum Teilnehmer von der Anschlusszentrale zum Hausanschluss auf der Doppelader-Metalleitung durch eine Anbieterin von Fernmeldediensten und Überlassung dieser Verbindung an eine andere Anbieterin zur Bereitstellung von Breitbanddiensten“. Diese Zugangspflicht ist seit dem 1. April 2007 in Kraft und besteht folglich zum heutigen Zeitpunkt nicht mehr. Nachdem die Entbündelung des Teilnehmeranschlusses in Form der Bereitstellung eines Datenstroms als eigenständige, auf vier Jahre beschränkte Zugangsform ausgestaltet wurde, erschiene es widersprüchlich, wenn der Gesetzgeber mit der vollständigen Entbündelung des Teilnehmeranschlusses auch eine virtuelle Entbündelung in Form der Bereitstellung eines Datenstroms vorgesehen hätte. Damit der gegenteiligen Meinung der Gesuchstellerin gefolgt werden könnte, müssten sich vor diesem Hintergrund ausdrückliche Hinweise für einen entsprechenden gesetzgeberischen Willen finden lassen, ansonsten die gewählte Systematik keinen Sinn macht. Solche existieren jedoch nicht.



Im systematischen Kontext mit den weiteren Bestimmungen innerhalb von Art. 11 FMG ist deshalb davon auszugehen, dass Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG ausschliesslich die physische Entbündelung der Anschlussleitung zum Gegenstand hat respektive eine virtuelle Entbündelung nicht umfasst.

### **2.3.5 Zeitgemässe Auslegung**

Die zeitgemässe Auslegung fragt nach den gegenwärtigen tatsächlichen Gegebenheiten und den im Zeitpunkt der Rechtsanwendung herrschenden Wertvorstellungen. Sie steht in einem gewissen Spannungsverhältnis zur historischen Auslegung und kommt insbesondere auch in technischen, einem starken Wandel unterworfenen Bereichen zur Anwendung. Die geltungszeitliche Auslegungsmethode weist Parallelen zur teleologischen Auslegung auf (ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA THURNHERR, a.a.O., Rz. 114 ff.).

Hierzu ist einleitend zu bemerken, dass es sich beim Fernmeldegesetz zweifelsfrei um einen Bereich handelt, der in den letzten Jahren einen enormen Wandel durchgemacht hat. Andererseits ist aber auch zu beachten, dass die vorliegend strittige Norm erst mit der letzten Teilrevision des FMG im Jahre 2007 eingeführt wurde und es sich dabei mithin um eine relativ junge Bestimmung handelt. Das Spannungsverhältnis zwischen der historischen und der geltungszeitlichen Auslegung lässt sich somit nicht einfach zugunsten des einen oder des anderen Ansatzes auflösen.

Zwischen den bei Erlass von Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG und den heute vorherrschenden Gegebenheiten, bestehen erhebliche Unterschiede. Die Technologie und die damit einhergehenden fernmelderechtlichen Möglichkeiten haben sich in den letzten Jahren rasant weiterentwickelt und stellen sich heute mit Sicherheit anders dar als zum Zeitpunkt der Diskussionen um die vollständige Entbündelung des Teilnehmeranschlusses während der letzten Revision der entsprechenden Bestimmungen. Allerdings waren die heute auf dem Markt relevanten Technologien, mit Ausnahme der Hybridtechnologien, schon damals bekannt. Bereits der Vorschlag des Bundesrates in der Botschaft zur Änderung des FMG vom 12. November 2003 sprach die Möglichkeit an, dass die ComCom „bei Bedarf und soweit dies technisch machbar ist auch den vollständig entbündelten Zugang und den gemeinsamen Zugang zum Teilnehmeranschluss auf anderen Infrastrukturen als der Doppelader-Metallleitung auferlegen, zum Beispiel auf Kabelnetzen, Glasfaserkabeln oder Funkverbindungen“ und „im Sinne einer weniger starken Beherrschung der konkurrierenden Anbieterinnen in der Wertschöpfungskette (...) ebenfalls den schnellen Bitstromzugang (Bitstream Access)“ auferlegen könnte (BBl 2003 7951 ff. S. 7969). Es kann deshalb davon ausgegangen werden, dass dem historischen Gesetzgeber bekannt war, dass unter anderem die Glasfasertechnologie für die künftige Infrastruktur relevant sein würde und dass auch eine Entbündelung in virtueller Form denkbar wäre. Wie weit die technologischen Entwicklungen aber konkret gehen würden und inwiefern sich aus der Möglichkeit hybrider Netze im Bereich der vollständigen Entbündelung des Teilnehmeranschlusses Zielkonflikte ergeben könnten, war dem historischen Gesetzgeber wohl nicht bewusst.



Weiter ist zu prüfen, ob Unterschiede dazu bestehen könnten, wie der Gesetzgeber die Frage der Diskriminierungsfreiheit des Netzzugangs damals sah und ob sich diesbezüglich geltungszeitlich etwas geändert haben könnte. Wie bereits festgehalten, finden sich in den Materialien keine Hinweise darauf, dass die konkrete Ausgestaltung des Nichtdiskriminierungsgebots Thema der Diskussionen war. In diesem Lichte ist davon auszugehen, dass die Nichtdiskriminierung neben der Transparenz und der Kostenorientiertheit als Grundprinzipien der vorgesehenen Zugangsregulierung auf unbestrittene Akzeptanz gestossen ist. Zu wiederholen ist an dieser Stelle aber, dass die ComCom aufgrund der historischen Auslegung nicht davon ausgeht, dass der Gesetzgeber bei Erlass des Zugangsregimes im FMG eine potentielle Diskriminierung bei der physischen Entbündelung dadurch verhindern wollte, indem er in Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG die virtuelle Entbündelung miteingeschlossen hat (vgl. oben Ziff. 2.3.3).

Anhaltspunkte zum Umfang des Diskriminierungsverbotes, wie dieser entstehungsgeschichtlich verstanden werden könnte, finden sich im Weiteren lediglich in den Ausführungsbestimmungen zu Art. 11 FMG, namentlich in Art. 52 FDV. Wie sich die Parteien aber zu Recht einig sind, können die Verordnungsbestimmungen grundsätzlich nicht zur Auslegung der Gesetzesnorm herangezogen werden, auf die sie sich stützen. Sie können allenfalls aber im Rahmen der teleologischen Auslegung Hinweise auf Sinn und Zweck einer Norm geben (dazu sogleich Ziff. 2.3.6).

Ob dem Nichtdiskriminierungsgebot in Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG in der heutigen Zeit eine Tragweite zukommen soll, die eine Pflicht zur virtuellen Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen verlangt, deren physische Entbündelung aus technischer, ökonomischer oder juristischer nicht mehr möglich ist, lässt sich nicht abschliessend beantworten. Der Begriff der Nichtdiskriminierung hat in juristisch-abstrakter Hinsicht in den letzten Jahren keine Änderung bezüglich seiner inhaltlichen Bedeutung erfahren. Unter einem ungleichen, diskriminierenden Verhalten wird auf abstrakter Ebene immer noch dasselbe verstanden. In Anbetracht der fortgeschrittenen technologischen Entwicklung der Netze und den damit verbundenen Schwierigkeiten für die im Gesetz vorgesehene physische Entbündelung der Teilnehmeranschlüsse lässt sich demgegenüber aber nicht vollständig verneinen, dass eine konsequente Umsetzung der Prämisse des nicht diskriminierenden Netzzugangs heute allenfalls die von der Gesuchstellerin beschriebene Problematik berücksichtigen müsste.

Gemäss der höchstrichterlichen Rechtsprechung können im Rahmen der geltungszeitlichen Auslegung schliesslich auch Vorarbeiten zu Gesetzesentwürfen, die noch nicht in Kraft getreten sind, bei der Interpretation einer Norm berücksichtigt werden. Dies soll insbesondere gelten, wenn diese Vorarbeiten Rückschlüsse auf das bisherige Verständnis der Norm zulassen (BGE 131 II 13 E. 7.1 S. 32). Vor diesem Hintergrund sind die Ausführungen der Gesuchstellerin in ihrer Replik vom 5. April 2018 bezüglich der Rolle der ComCom zu relativieren. Die ComCom hat zwar in der Tat als unabhängige Regulierungsbehörde das geltende Recht anzuwenden. Sie kann aber bei der Auslegung geltender Bestimmungen nicht vollständig ausser Acht lassen, dass der Bundesrat in seiner Botschaft zur Änderung



des Fernmeldegesetzes vom 6. September 2017 an verschiedenen Stellen klarerweise davon ausgeht, dass eine virtuelle Entbündelung der Teilnehmeranschlussleitung unter dem geltenden Recht nicht möglich ist (BBl 2017 6559 ff. z.B. S. 6580, S. 6587, S. 6593 f. oder S. 6614).

Nicht zuletzt gestützt auf die Ausführungen des Bundesrates zur laufenden Gesetzesrevision führt auch die geltungszeitliche Auslegung von Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG – trotz anerkannter Problematik – nicht dazu, dass von einer genügenden gesetzlichen Grundlage für eine Gutheissung des Antrags der Gesuchstellerin auszugehen wäre.

### **2.3.6 Teleologische Auslegung**

Die teleologische Auslegung stellt darauf ab, welche Zweckvorstellung mit einer Rechtsnorm verbunden ist (ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA THURNHERR, a.a.O., Rz. 120 ff.) Der Normsinn hat sich dabei aus dem Zusammenspiel sämtlicher Auslegungselemente zu ergeben (GIOVANNI BIAGGINI/THOMAS GÄCHTER/REGINA KIENER, a.a.O., § 26 Rz. 15).

In ihrem Gesuch vom 7. Februar 2018 führt die Gesuchstellerin aus, die Gesuchsgegnerin verweigere der Konkurrenz in zunehmenden Mass systematisch den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss durch eine Kombination von technischen und ökonomischen Gegebenheiten und vertraglichen Restriktionen. Konkret beschränke sie die den Wettbewerbern rechtlich zustehende freie und umfassende Nutzung des Frequenzspektrums der Kupfer-Doppelader des Anschlussnetzes durch den Vertrag zum Spektrum Management in dreifacher Hinsicht. So beschränke sie die freie Nutzung des Frequenzspektrums für ADSL2+, verbiete den Wettbewerbern den VDSL-Ausbau ab Ortszentrale und verunmögliche deren VDSL-Betrieb durch ihren eigenen Vectoring-Betrieb. Diese Situation sei eine unzulässige schleichende Aushöhlung der vom Gesetzgeber geschaffenen Entbündelungspflicht auf der zu Monopolzeiten gebauten kupferbasierten letzten Meile, die eine sich zuspitzende folgenschwere Diskriminierung der Konkurrenz darstelle. Es dürfe nicht sein, dass die Gesuchsgegnerin den vom Parlament im Rahmen der letzten FMG-Revision eingeführten erweiterten Netzzugang im Zusammenhang mit der Weiterentwicklung der Übertragungstechnologien, durch einseitig aufgestellte Regeln und unter Ausnutzung der Grösenvorteile bzw. der marktbeherrschenden Stellung ausheble. Vielmehr habe die marktbeherrschende Anbieterin die technische Umsetzung und Weiterentwicklung so vorzunehmen, dass den gesetzlichen Vorgaben (diskriminierungsfreie Mitbenutzung des kupferbasierten Anschlussnetzes) und dem Gesetzeszweck stets genüge getan sei. In diesem Sinn komme der marktbeherrschenden Anbieterin auch im Rahmen der technischen Entwicklung die Pflicht zu, die Entbündelung weiterhin zu ermöglichen. Dabei hält die Gesuchstellerin das Angebot eines Zugangsprodukts auf Basis der virtuellen Entbündelung für den einzigen Weg, um dem Entbündelungsgebot für Kupferanschlussleitungen gemäss Fernmeldegesetz weiter zu entsprechen, das Nutzungspotential moderner Aufrüstungstechnologien des Kupfernetzes auszuschöpfen, den Freiheitsgrad der Gesuchsgegnerin bei der Technikwahl nicht einzuschränken sowie Wettbewerb und Innovation auf Basis konkurrier-



render Technik- und Dienstplattformen im Festnetz zu ermöglichen. Die virtuelle Entbündelung stelle die wettbewerbliche Wirkung der heute stark eingeschränkten physischen Entbündelung der Kupferkabel funktional annähernd wieder her.

Die Gesuchsgegnerin hält dem in ihrer Duplik vom 18. Mai 2018 entgegen, es könne nicht sein, dass der geltende Rechtsrahmen und explizit auch das FMG selber vorsähen, dass hybride Netze wie kupferbasierte Netze zu behandeln seien. Dadurch würden nicht nur der abschliessende Zugangskatalog von Art. 11 FMG und die vom Bundesgericht bezüglich genügender gesetzlicher Grundlage klar gezogenen Grenzen vollständig aufgeweicht bzw. obsolet, sondern es würde auch der Wille des Gesetzgebers selber missachtet. Darüber hinaus müssten nach ihr die von der Gesuchstellerin kritisierten angeblichen Interessen- und Zielkonflikte im Zusammenhang mit der bestehenden Entbündelungsregulierung vielmehr, wie vom Bundesrat vorgesehen, im Rahmen der anstehenden FMG-Revision debattiert und allenfalls korrigiert werden.

Der Zweck der Zugangsregulierung im Allgemeinen und der Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen im Besonderen ist die Erzielung von Wettbewerb. Hierüber herrscht Einigkeit. Art. 11 FMG beinhaltet dergestalt eine konkretisierende Umsetzung des Zweckartikels des FMG: Art. 1 Abs. 2 Bst. c FMG zählt das Ermöglichen von wirksamem Wettbewerb beim Erbringen von Fernmeldediensten zu den namentlich genannten Mechanismen, mittels welcher der in Art. 1 Abs. 1 FMG genannte Hauptzweck erreicht werden soll. Hinsichtlich Wettbewerb zwischen den Fernmeldediensteanbieterinnen stellt das FMG Regeln auf, welche den Übergang der ehemaligen Monopolsituation zu einem liberalisierten Markt fördern respektive erst ermöglichen (MATTHIAS AMGWERT, Netzzugang in der Telekommunikation, Diss. Zürich 2008, S. 78). Diese äussern sich einerseits zu den Formen, in denen Zugang zu gewähren ist, und andererseits zu der Art und Weise, wie dies zu geschehen hat – nämlich transparent, nichtdiskriminierend und zu kostenorientierten Preisen. Mit dem Nichtdiskriminierungsgebot soll dabei namentlich verhindert werden, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen andere Anbieterinnen schlechter stellt als Geschäftseinheiten, Tochterfirmen oder andere Partnerinnen (vgl. Art. 52 FDV). Der Zugang zum Anschlussnetz ist dabei ein zentrales Instrument für die Marktöffnung, da er alternativen Anbieterinnen ermöglicht, die Anschlüsse in gleichem Umfang zu nutzen, wie die ehemalige Monopolistin (MATTHIAS AMGWERT, a.a.O., S. 121).

Somit lässt sich festhalten, dass Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG dazu dienen soll, im Bereich der Teilnehmeranschlüsse eine Marktsituation zu schaffen, in welcher die Betreiberinnen möglichst gleiche Bedingungen wie die ehemalige Monopolistin vorfinden. So hält auch die Botschaft zur Revision des Fernmeldegesetzes vom 12. November 2003 in allgemeiner Weise folgendes fest: „Diese Zugangsformen erlauben den alternativen Anbieterinnen, sich von der einseitigen Abhängigkeit vom Grosshandelsangebot der beherrschenden Anbieterin zu befreien, Investitionen in die aus ihrer Sicht besten Technologien zu tätigen und einen direkten Kontakt zu den Kundinnen und Kunden zu pflegen, indem sie ihnen eine eigene Dienstpalette anbieten. Sie sollten das Aufkommen von vielfältigen, neuartigen und vorteilhaften Angeboten im Breitbandbereich fördern, die für die spezifischen Bedürfnisse der



Kundschaft massgeschneidert sind. Die stärkere Konkurrenz auf der Ebene des Anschlussnetzes wird sich für die privaten und geschäftlichen Nutzerinnen und Nutzer positiv auswirken und die Verwendung von Breitbanddiensten durch einen grossen Teil der Bevölkerung ankurbeln. Die Attraktivität des Wirtschaftsstandorts Schweiz sollte dadurch erheblich verbessert werden. Die marktbeherrschende Anbieterin wird nicht etwa dem Wettbewerb geopfert, sondern sollte ebenfalls von dieser Dynamik profitieren, wie das die Öffnung des Mobilfunkmarktes gezeigt hat.“ (BBl 2003 7951 ff. S. 7970). Diese mit Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG verbundene Zweckvorstellung gilt nach wie vor.

Die bis hierhin durchgeführte Auslegung von Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG deutet darauf hin, dass die Netzzugangsregulierung im geltenden Recht technologisch auf die Doppelader-Metalleitung beschränkt ist. Diese Technologie ist jedoch unbestrittenermassen veraltet. Moderne Anschlussnetze basieren entweder ganz auf Glasfasertechnologie oder auf hybriden Technologien, mittels derer Teilabschnitte des bestehenden Netzes aus Doppelader-Metalleitungen weiterhin genutzt werden können, und deren Ausbau deshalb signifikant weniger Kosten mit sich bringt. Bei hybriden Teilnehmeranschlüssen besteht nur noch der letzte Teilabschnitt zur Kundin oder zum Kunden hin aus der Kupferleitung. Davor basiert die Leitung auf Glasfasertechnologie. Hybride Technologien gewinnen zunehmend an Bedeutung, während die rein kupferbasierten Anschlüsse aufgrund der niedrigen Bandbreiten, die auf ihnen erzielt werden können, immer weniger relevant sind. Die Gesuchsgegnerin setzt sehr stark auf die neuen Breitbandanschlusstechnologien FTTS (Fibre to the Street), FTTB (Fibre to the Building) und FTTC (Fibre to the Curb).

Wie die Gesuchstellerin in ihrem Gesuch richtig darstellt, führt der Ausbau der Anschlussnetze mit hybriden Technologien bezogen auf die physische Entbündelung der Teilnehmeranschlüsse zu Problemen, weil bei hybriden Teilnehmeranschlussleitungen mit einem Glasfaser- und einem Kupferabschnitt aus technischen Gründen keine eigentliche Entbündelung der Leitung ab der Anschlusszentrale vorgenommen werden kann. Daneben verhindern Platzmangel in den Quartier- und Strassenverteiltern sowie fehlende wirtschaftliche Tragbarkeit ein Ausbau durch die Wettbewerber. Es ist der Gesuchstellerin deshalb zuzustimmen, wenn sie ausführt, dass der Einsatz von hybriden Technologien im Anschlussbereich durch die Gesuchsgegnerin dazu führt, dass alternative Anbieterinnen das durch das Fernmeldegesetz zugesicherte Recht der Entbündelung bzw. der Teilentbündelung von Kupferdoppeladern faktisch nicht mehr in Anspruch nehmen können.

Die Problematik wird auch von der Gesuchsgegnerin nicht in Abrede gestellt. Sie vertritt jedoch in ihrer Duplik vom 18. Mai 2018 die Ansicht, dass technische Einschränkungen, die der Netzausbau und die technologische Entwicklung mit sich gebracht haben mögen, nicht als Diskriminierungstatbestände aufgefasst werden können und selbst wenn vorliegend von einer Diskriminierung gesprochen werden könnte, was nicht der Fall sei, vermöchte diese für sich allein genommen keine Zugangsverpflichtung zu begründen. Zugangsverpflichtungen bestünden vielmehr nur für die in Art. 11 FMG abschliessend aufgezählten Zugangsformen.



Wie unter Ziff. 2.2 erläutert, ist im vorliegenden Verfahren zu prüfen, ob Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG neben der Pflicht zur physischen Entbündelung auch eine Pflicht zur virtuellen Entbündelung der Teilnehmeranschlussleitung umfasst. Die Gesuchstellerin vertritt diese Haltung gestützt auf das in Art. 11 Abs. 1 FMG festgehaltene Gebot der Nichtdiskriminierung. Insofern geht es vorliegend nicht darum, dass Zugangsverpflichtungen ausserhalb des abschliessenden Katalogs geschaffen werden sollen. Zutreffender ist demgegenüber die Auffassung der Gesuchsgegnerin, dass technische Einschränkungen, die aufgrund der technologischen Entwicklung entstehen, nicht als ungerechtfertigte Diskriminierungstatbestände aufgefasst werden können. Ansonsten könnte die technologische Entwicklung gebremst werden, was sicherlich nicht im Sinne der Zugangsregulierung wäre. Die Frage bleibt jedoch, wie mit solchen Umständen umzugehen ist respektive was der Gesetzgeber für solche Fälle vorgesehen hat. Diesbezüglich kommt die ComCom bei der teleologischen Auslegung von Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG zu einem anderen Schluss, als bei den bisher angewandten Auslegungsmethoden.

Der Ausbau der Teilnehmeranschlussnetze mit hybriden Übertragungsmedien und die Einführung neuer Übertragungstechnologien durch die Gesuchsgegnerin führt dazu, dass der Gesetzeszweck, der mit der Vorschrift der Pflicht zur vollständigen Entbündelung des Teilnehmeranschlusses verbunden ist, nicht mehr erfüllt werden kann. Die Wettbewerber der ehemaligen Monopolistin befinden sich dadurch in einer Situation, in der es ihnen verunmöglicht ist, eigenständig gleichwertige Produkte am Markt anbieten zu können. Wollen sie ihrer Kundschaft vergleichbare Endprodukte zur Verfügung stellen, sind sie gezwungen, dafür von der Gesuchsgegnerin nicht regulierte Vorleistungsprodukte zu beziehen. Sie werden damit bei Innovation und Wertschöpfung benachteiligt, was dem Gesetzeszweck von Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG widerspricht.

Das teleologische Element der Auslegung spricht folglich für die Gutheissung des Antrags der Gesuchstellerin. Mit einer Pflicht der Gesuchsgegnerin, das von der Gesuchstellerin verlangte virtuelle Entbündelungsprodukt anzubieten, könnte dem Normzweck der vollständigen Entbündelung des Teilnehmeranschlusses auch im Bereich der hybriden Netzen Nachachtung verschafft werden. Insofern ergibt die teleologische Auslegungsmethode, dass für den Fall, dass die Pflicht zur vollständigen Entbündelung gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG physisch nicht umgesetzt werden kann, eine virtuelle Entbündelung Platz greifen müsste.

### **2.3.7 Zwischenfazit**

Der Wortlaut von Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG schliesst nicht zwingend aus, dass aufgrund des Nichtdiskriminierungsgebots Zugang in Form der vollständigen Entbündelung des Teilnehmeranschlusses unter Umständen auch mittels eines virtuellen Produkts gewährt werden müsste. Er spricht aber auch nicht zwingend dafür. Die historische und die systematische Auslegung widersprechen der von der Gesuchstellerin vertretenen Rechtsposition. Das zeitgemässe Auslegungselement anerkennt zwar die Problematik, die sich mit der technologischen Entwicklung für die Zugangsregulierung ergibt. Gleichzeitig geben die Vorarbeiten zur laufenden Gesetzesrevision aber Rückschlüsse auf das bisherige Verständnis der Norm, welches gerade nicht davon ausgeht, dass Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG auch eine



virtuelle Entbündelung umfasst. In teleologischer Hinsicht ist schliesslich jedoch der Normzweck der Ermöglichung des Wettbewerbs zu berücksichtigen, welcher dafür spricht, dass Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG auch eine Pflicht für eine virtuelle Entbündelung umfasst.

Es stellt sich nun die weitere Frage, ob die betroffene Gesetzesbestimmung im Lichte der erkannten Probleme und der Regulierungsziele bei der Entbündelung von hybriden Anschlussleitungen in extensiver Weise dahingehend ausgelegt werden kann, als dass eine virtuelle Entbündelung ab Ortszentrale der gesetzlichen Zugangspflicht beim Teilnehmeranschluss Nachachtung verschaffen müsste. Hierzu ist die bisher ergangene Rechtsprechung des Bundesgerichts für die ComCom massgebend.

#### **2.4 Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichts**

Das Bundesgericht hatte verschiedentlich Gelegenheit, sich zur Frage der genügenden gesetzlichen Grundlage im Zusammenhang mit der Zugangsregulierung zu äussern. Im so genannten Comcare-Entscheid (BGE 2A.503/2000 vom 3. Oktober 2001) war zu beurteilen, ob die ComCom den Interkonnektionsbegriff zu Recht weit interpretierte und gestützt darauf die Gesuchsgegnerin zu einem Mietleitungsangebot verpflichtete. Das Bundesgericht führte dazu aus, dass sich eine Interkonnektionspflicht für Mietleitungen und sogar Übertragungsmedien gegenüber einem marktbeherrschenden Anbieter allenfalls rechtfertigen liesse, wenn einzig auf das Liberalisierungsziel des Fernmeldegesetzes abgestellt würde. Dafür bräuchte es indessen eine extensive Auslegung des Gesetzes- und Verordnungstextes (E. 6b). Im Weiteren hielt das Gericht indessen fest, dass es sich bei der Interkonnektionspflicht um einen erheblichen Eingriff in die Rechtsstellung der davon berührten Fernmeldedienstanbieterin handeln würde. Die Interkonnektionspflicht bedürfe einer genügenden gesetzlichen Grundlage, die so bestimmt zu sein habe, dass sie den Fernmeldedienstanbieterinnen ermögliche, verlässlich festzustellen, welche Dienste zu Interkonnektionsbedingungen zu erbringen seien (E. 7a). Nach umfassenden Erwägungen entschied sich das Bundesgericht gegen eine Unterstellung von Mietleitungen unter das Interkonnektionsregime. Es führte dabei aus, die ComCom habe zwar die Funktion eines weitgehend unabhängigen Regulators des Fernmeldemarktes; sie sei aber weder Gesetz- noch Verordnungsgeber, sondern bleibe trotz allem eine Vollzugsbehörde, die an die Erlasse des Gesetzgebers und des Bundesrates gebunden sei und nur dort über Freiräume verfüge, wo ihr (...) ein Ermessen eingeräumt werde oder wo es um die Auslegung unbestimmter, in der Regel fachtechnischer Gesetzesbegriffe gehe. Im Hinblick auf die Bestimmung der Interkonnektionspflicht sei aber weder der eine noch der andere Fall gegeben (E. 11a).

Analoge Entscheide fällte das Bundesgericht hinsichtlich der Zugangsformen Entbündelung der Teilnehmeranschlussleitung (BGE 131 II 13) und Bitstrom-Zugang (BGE 132 II 47). Am Fazit des Bundesgerichts änderte auch nicht der Umstand, dass der Bundesrat zuvor die FDV mit der Absicht geändert hatte, durch Neuformulierung der Interkonnektionsordnung weitere Zugangsformen auf dem Verordnungsweg einzuführen. Das Gericht hielt dabei gleichermassen fest, es bedürfe einer ausreichenden Bestimmtheit der Interkonnektionspflicht im formellen Gesetz. Im Rahmen von dessen Auslegung kam es sodann zum Schluss, dass es den vom Bundesrat erlassenen Verordnungsbestimmungen gerade an dieser Voraussetzung mangle.



Aktenzeichen: OS 41-00014

Nicht um die Frage einer genügenden gesetzlichen Grundlage von Bestimmungen zum Netzzugang, sondern um die Frage der Rechtmässigkeit von Nebenbestimmungen in Interkonktionsvereinbarungen, ging es schliesslich in dem von der Gesuchstellerin zitierten BGE 132 II 284, in welchem das Bundesgericht ausführte, es erscheine zulässig, zwischen den Parteien eine gewisse Vertragsgerechtigkeit anzustreben. Die darin enthaltene Rechtsprechung ist für die vorliegend zu beurteilende Rechtsfrage deshalb nicht direkt relevant.

Vor dem Hintergrund der höchstrichterlichen Praxis kann Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG deshalb nicht auf dem Weg einer extensiven Auslegung dahin gehend gedeutet werden, als dass er eine genügende gesetzliche Grundlage für die Einführung einer Verpflichtung der Gesuchsgegnerin zur Gewährung des Netzzugangs im Sinne des Rechtsbegehrens des Gesuchs vom 8. Februar 2018 bieten würde. Dabei würde es sich um eine Normkorrektur handeln, die der ComCom als interpretierender Behörde nicht zusteht, sondern vom demokratischen Gesetzgeber vorzunehmen ist (PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, a.a.O., § 25 Rz. 1).

## **2.5 Fazit**

Für die ComCom steht fest, dass die technologischen Entwicklungen beim Bau der Anschlussnetze dazu führen, dass der Gesetzeszweck, der mit Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG verfolgt wird, nicht mehr erfüllt werden kann. Es ist ihr im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Frage der genügenden gesetzlichen Grundlagen von Bestimmungen im fernmelderechtlichen Netzzugangsbereich jedoch verwehrt, hier im Rahmen einer extensiven Auslegung der relevanten Norm einzugreifen. Es ist vielmehr Sache des Parlamentes im Rahmen der laufenden Revision des FMG darüber zu befinden, wie es die herrschenden Missstände beim Wettbewerb auf der „letzten Meile“ beheben will. Aus Sicht der ComCom wäre der Ansatz, der dem Gesuch vom 7. Februar 2018 zugrunde liegt, geeignet um dieses Ziel zu erreichen.

Aufgrund der vorangehenden Erwägungen kann jedoch nicht davon ausgegangen werden, dass der geltende Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG die Pflicht zur vollständigen Entbündelung des Teilnehmeranschlusses eine Pflicht zur virtuellen Entbündelung umfasst, falls die physische Entbündelung nicht möglich ist. Dafür fehlt es somit an einer gesetzlichen Grundlage. Das Gesuch vom 7. Februar 2018 ist folglich abzuweisen.

Bei diesem Ausgang muss auch nicht über den Antrag der Gesuchsgegnerin befunden werden, in einem selbständig anfechtbaren Zwischenentscheid über die Frage der genügenden gesetzlichen Grundlage zu befinden (vgl. oben Ziff. 1.6.2).

## **III Kosten**

[...]



Aktenzeichen: OS 41-00014

**Aus diesen Gründen wird verfügt:**

1. Das Gesuch wird abgewiesen.
2. [...]
3. Diese Verfügung wird den Parteien schriftlich gegen Rückschein eröffnet.

Eidgenössische Kommunikationskommission ComCom

Dr. Stephan Netzle  
Präsident

**Rechtsmittel**

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

Bundesverwaltungsgericht  
Postfach  
9023 St. Gallen

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