



Bern, 1. Dezember 2009

Verfügung

der Eidgenössischen Kommunikationskommission ComCom

Zusammensetzung	Marc Furrer, Präsident, Christian Bovet, Vizepräsident, Monica Duca Widmer, Reiner Eichenberger, Andreas Bühlmann, Stephan Netzle	
in der Sache	Cablecom GmbH , Zollstrasse 42, Postfach, 8021 Zürich [...]	Gesuchstellerin
gegen	Swisscom (Schweiz) AG , 3050 Bern [...]	Gesuchsgegnerin
betreffend	Bedingungen des Zugangs zu den Kabelkanalisationen	



INHALTSVERZEICHNIS

I	PROZESSGESCHICHTE	4
II	ERWÄGUNGEN	6
1	VERFAHRENSVORAUSSETZUNGEN	6
1.1	Allgemein	6
1.2	Zuständigkeit	6
1.3	Verfahrensgegenstand	8
1.4	Vorangegangene Teilentscheide	8
1.5	Rechtsschutzinteresse	8
1.6	Verhandlungsfrist	9
1.7	Formular für Zugangsgesuche	9
1.8	Einigungsangebot	9
1.9	Fazit	10
2	PFLICHT ZUR GEWÄHRUNG DES ZUGANGS	10
2.1	Vorbemerkung	10
2.2	Zeitliche Angebotseinschränkung	11
2.2.1	Einleitung	11
2.2.2	Gesetzeslücke, qualifiziertes Schweigen und Auslegung	11
2.2.3	Auslegung von Art. 11 Abs. 1 lit. f FMG	12
2.3	Marktbeherrschung	15
2.3.1	Allgemeines	15
2.3.2	Angebot der Gesuchsgegnerin; einzelfallweise Überprüfung der Marktbeherrschung	15
2.3.3	Gutachten der Weko zur Marktbeherrschung	16
2.3.3.1	Marktdefinition	17
2.3.3.2	Beurteilung der Marktbeherrschung	17
2.3.4	Vorbringen der Gesuchsgegnerin	18
2.3.5	Beurteilung der Marktbeherrschung durch die ComCom	18
2.3.5.1	Allgemeines	18
2.3.5.2	Vorwurf der unvollständigen Sachverhaltsabklärung	19
2.3.5.3	Marktabgrenzung	19
2.3.5.4	Marktbeherrschung	22
2.3.6	Fazit	23



3 WEITERE ANTRÄGE	23
3.1 Einleitung	23
3.2 Untervermietung von Rohrkapazitäten	24
3.3 Untervermietung von Fasern („dark fibre“)	25
III KOSTEN	28



I Prozessgeschichte

Mit Datum vom 16. Oktober 2007 reichte Cablecom GmbH (Gesuchstellerin) beim Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) zuhanden der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom) ein Gesuch um Erlass einer Zugangsverfügung gegen Swisscom (Schweiz) AG (vormals Swisscom Fixnet AG, Gesuchsgegnerin) ein. Sie stellte darin zu verschiedenen gesetzlich vorgesehenen Zugangsformen Rechtsbegehren. Betreffend Zugang zu den Kabelkanalisationen stellte sie folgende Anträge:

[...]

4. *„Es seien die von der Gesuchsgegnerin festgelegten Regelungen betreffend Zugang zu den Kabelkanalisationen (zeitliche Angebotsbeschränkung und Ausschluss der Untervermietung) wie folgt aufzuheben:*

Ziffer 4.4.2. des Vertrages betreffen Kabelkanalisationen sei zu streichen.

Ziffer 5.4.2. zweiter Satz des Vertrages betreffen Kabelkanalisationen sei zu streichen.

5. *Unter Kostenfolge zu Lasten der Gesuchsgegnerin.*

Die Gesuchsgegnerin äusserte sich mit Stellungnahme vom 16. November 2007 zum Gesuch. Sie stellt bezüglich den fraglichen Klauseln aus dem Vertrag Kabelkanalisationen folgende Anträge:

[...]

5. *Die strittigen Bedingungen des Vertrags Kabelkanalisation FMG zwischen der Gesuchsgegnerin und der Gesuchstellerin seien wie folgt zu verfügen:*

Klausel 4.4.2 des Vertrags:

- a) *„Der Zugang zu Kabelkanalisationen FMG wird nur für Kabelkanalisationen gewährt, die im Zeitpunkt der definitiven Verabschiedung durch das Parlament (24. März 2006) bereits bestanden haben und von Swisscom auch selber genutzt werden.“*

Eventualiter sei Klausel 4.4.2 des Vertrags wie folgt zu verfügen:

„Der Zugang zu Kabelkanalisationen FMG wird nur für Kabelkanalisationen gewährt, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des teilrevidierten FMG (7. April 2007) bereits bestanden haben und von Swisscom auch selber genutzt werden.“

- b) *Klausel 5.4.2 (Satz 2):*

„Eine Überlassung der Kapazitäten in Kabelkanalisationen an Dritte sowie die Inanspruchnahme der Kabelkanalisationen für andere Zwecke als die Erbringung von Fernmeldediensten sind der FDA nicht gestattet.“



Für die Informationsbeschaffung im Hinblick auf die Begutachtung der Marktverhältnisse durch die Wettbewerbskommission Weko versandte das BAKOM am 11. März 2008 vierundvierzig verschiedenen Marktteilnehmerinnen - unter ihnen auch die Parteien des vorliegenden Verfahrens - Fragebogen zur Klärung der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse im Bereich Kabelkanalisationen.

Das BAKOM beauftragte am 16. Mai 2008 die Weko mit der Begutachtung der Marktverhältnisse hinsichtlich Kabelkanalisationen.

Die Weko liess dem BAKOM am 7. Juli 2008 das von ihr angefertigte Gutachten betreffend die Marktverhältnisse bei den Kabelkanalisationen zukommen.

Mit Datum vom 16. März 2009 reichte die Gesuchsgegnerin eine Stellungnahme zum Gutachten der Weko vom 7. Juli 2008 zu den Akten.

Am 3. September 2009 setzte das BAKOM den Parteien Frist zur Einreichung einer abschliessenden Stellungnahme.

Die Gesuchstellerin teilte am 24. September 2009 mit, dass sie im Sinne einer raschen Verfahrenserledigung den Erlass eines weiteren Teilentscheides begrüsse und keine Einwände dagegen habe. Im Übrigen halte sie vollumfänglich an den gestellten Anträgen fest.

Die Gesuchsgegnerin reichte am 9. Oktober 2009 eine ausführliche Schlussstellungnahme ein. Diese beinhaltete einen Antrag, sich allenfalls nochmalig zur Schlussstellungnahme der Gesuchstellerin äussern zu können.

Mit Schreiben vom 13. Oktober 2009 schloss das BAKOM Beweisverfahren und Schriftenwechsel.

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 2007 (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 BAKOM die Bedingungen des Zugangs. Streitigkeiten aus Vereinbarungen und Verfügungen über den Zugang werden hingegen durch die Zivilgerichte beurteilt (Art. 11b FMG).

Vorliegend sind sich die Parteien in ihren Vertragsverhandlungen betreffend die Bedingungen des Zugangs zu den Kabelkanalisationen (KKF) nicht in allen Punkten einig geworden. Sie haben in ihren am 16. und 19. Juli 2007 unterzeichneten Verträgen zwei Vertragspunkte explizit offen gelassen. Für diese beantragt die Gesuchstellerin die verfügungsweise Festlegung durch die ComCom. Dabei handelt es sich um Streitigkeiten über die Bedingungen des Zugangs gemäss Art. 11a FMG und folglich ist die ComCom für deren Beurteilung grundsätzlich zuständig.

Die Gesuchsgegnerin macht in ihrer Gesuchsantwort vom 16. November 2007 wie auch in ihrer Schlussstellungnahme vom 9. Oktober 2009 geltend, die ComCom dürfe auf den Antrag, Ziffer 5.4.2. zweiter Satz des Vertrages betreffend Kabelkanalisationen sei zu streichen, nicht eintreten. Sie führt aus, die Gesuchstellerin hätte Satz 1 von Klausel 5.4.2 einklagen müssen, wenn sie den Ausschluss der Abgabe von so genanntem "dark fibre" an andere FDA hätte bestreiten wollen. Durch den Verzicht auf die Einreichung eines entsprechenden Gesuchs sei Konsens eingetreten. Dies ergäbe sich aus der Ergänzung zum Vertrag Kabelkanalisationen FMG vom 16./19. Juli 2007. Dieser Konsens habe zur Folge, dass eine Regulierungsbefugnis der ComCom insofern nicht bestehe. Würde unter behördlicher Korrektur des von der Gesuchstellerin formulierten Rechtsbegehrens trotzdem ein Dissens angenommen und Satz 1 der Klausel geändert, würde dies die vertragliche Vereinbarung in gesetzwidriger Weise ausser Kraft setzen und zudem der Dispositionsmaxime widersprechen. Gemäss dieser lägen Einleitung und Gegenstand des Verfahrens in der Verfügungsmacht der Parteien.

Die Gesuchstellerin äussert sich nicht zu dieser Frage.

Es ist unstrittig, dass die Zuständigkeit der ComCom voraussetzt, dass sich die Parteien über einen der Regulierungsbehörde in einem Zugangsgesuch unterbreiteten Punkt nicht einig geworden sind. Besteht Konsens über eine Zugangsbedingung, so sind für deren Beurteilung die Zivilgerichte zuständig (Art. 11a FMG). Die Gesuchsgegnerin behauptet nun aber, dass zwischen ihr und der Gesuchstellerin bezüglich Satz 1 der Klausel 5.4.2 Konsens eingetreten sei, weil die Gesuchstellerin in ihrem diesbezüglichen Antrag im Gesuch vom 16. Oktober 2007 nur von Satz 2 spricht. Sie begründet dies damit, dass in Punkt 2 der Ergänzung zum Vertrag Kabelkanalisationen vom 16./19. Juli 2007 festgehalten sei, die entsprechende Ergänzung zum Vertrag falle ersatzlos dahin und es trete deshalb



Konsens ein, wenn die FDA nicht innert drei Monaten ab Scheitern der Einigung ein Zugangsgesuch einreicht. Die Gesuchsgegnerin bestreitet nicht, dass die Gesuchstellerin ein Zugangsgesuch eingereicht hat. Sie ist jedoch der Meinung, dieses betreffe nicht den von der Gesuchstellerin eigentlich bestrittenen Punkt.

Die Gesuchsgegnerin verkennt in ihrer Argumentation, dass ein Antrag immer im Lichte seiner Begründung zu interpretieren ist. Aus letzterer ergibt sich klar, dass die Gesuchstellerin damit nicht einverstanden ist, dass es ihr untersagt sein soll, eigene Fasern, welche sie in den Kabelkanalisationen der Gesuchsgegnerin gelegt hat, weiterzuvermieten (Abgabe von so genanntem „dark fibre“). Daran kann auch nichts ändern, dass die Gesuchstellerin in ihrem Gesuch vom 16. Oktober 2007 den Antrag stellt, es sei Satz 2 der Klausel 5.4.2 zu streichen, obwohl diese Frage nach Meinung der Gesuchsgegnerin in Satz 1 der fraglichen Vertragsbestimmung geregelt sein soll.

Klausel 5.4.2 des zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrages lautet folgendermassen:

Ein Anspruch auf (Mit-)Benutzung von Kabelkanalisationen besteht nur, wenn die FDA die Kabelkanalisationen ausschliesslich für den tatsächlichen aktuellen Bedarf zur Erbringung von Fernmeldediensten nutzt. Eine Überlassung der Kapazitäten in Kabelkanalisationen an Dritte sowie die Inanspruchnahme der Kabelkanalisationen für andere Zwecke als die Erbringung von Fernmeldediensten sind der FDA nicht gestattet.

Zu dieser Vertragsbestimmung ist festzuhalten, dass sie zahlreiche unbestimmte Begriffe enthält und bereits aus diesem Grund interpretationsbedürftig ist. Es erscheint auch der ComCom nicht absolut zwingend, dass die Abgabe von „dark fibre“ in Satz 1 und nicht in Satz 2 geregelt sein soll. Diese Lesart beruht einzig auf dem Verständnis, das die Gesuchsgegnerin der Vertragsbestimmung zugrunde legt. Dazu ist im Weiteren zu bemerken, dass das Vertragswerk, welches die Gesuchsgegnerin als marktbeherrschende Anbieterin den alternativen Anbieterinnen als Angebot unterbreitet, sehr komplex ist. Es ist von der Gesuchsgegnerin formuliert und zielt deshalb in erster Linie darauf ab, die Gesuchsgegnerin in ihrem Besitzstande so weit als möglich zu schützen. Die nachfragenden Anbieterinnen sind weder an der Erarbeitung der Struktur des Vertragswerkes noch an der Formulierung der einzelnen Bestimmungen beteiligt. Sind sie mit dem von der Gesuchsgegnerin unterbreiteten Angebot nicht zufrieden, können sie zwar versuchen, auf dem Wege der Verhandlung günstigere Konditionen zu bekommen. Da der Gesuchsgegnerin aber letztlich gar nicht zwingend daran gelegen sein muss, dass von ihr regulierte Produkte bezogen werden, ist es für sie auch unwesentlich, ob die nachfragenden Anbieterinnen mit ihrem Angebot einverstanden sind oder nicht. Diese bieten zudem auch nicht Dienstleistungen an, deren Bezug für die Gesuchsgegnerin Voraussetzung für ihre Geschäftstätigkeit wäre. Es besteht mithin in Bezug auf die Ausgestaltung der regulierten Produkte ein stark asymmetrisches Verhältnis zugunsten der Gesuchsgegnerin und es erscheint vor diesem Hintergrund befremdlich, dass die Gesuchsgegnerin vorbringt, zwischen ihr und der Gesuchstellerin herrsche bezüglich der Klausel 5.4.2 Konsens und dies damit begründet, dass die Gesuchstellerin sich gegen den falschen Satz in dieser Vertragsbestimmung zur Wehr setze.

Die Parteien haben in ihrer am 16. und am 19. Juli 2007 unterzeichneten Ergänzung zum Vertrag Kabelkanalisationen unter dem Titel „Ausschluss „Untervermietung / Verbot Wholesale-Aktivitäten“ (Vertragsurkunde Ziffer 5.4.2) vermerkt, die Gesuchstellerin sei mit der erwähnten Regelung im Basisangebot nicht einverstanden. Aus der Begründung des Gesuchs vom 16. Oktober 2007 ergibt sich ohne Weiteres, dass die Gesuchstellerin im Rahmen einer Wholesale-Aktivität „dark fibre“ an Dritte abgeben möchte. Die Gesuchstellerin hat mithin die Frage, ob dies im Rahmen der fernmelderechtlichen Rahmenbedingungen zulässig sein soll, der ComCom zur Beurteilung unterbreitet. Es kann deshalb auch nicht davon gesprochen werden, dass zwischen den Parteien in dieser Frage Konsens eingetreten sei. Auf den Antrag ist mithin einzutreten.

Sodann ist zu beachten, dass die Gesuchstellerin in ihrem Gesuch vom 16. Oktober 2007 die Aufhebung von Klausel 4.4.2 des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages über Kabelkanalisationen beantragt. Aus der Begründung dieses Antrags ergibt sich, dass die Gesuchstellerin damit nicht



einverstanden ist, dass die Gesuchsgegnerin eine zeitliche Angebotseinschränkung für den Zugang zu ihren Kabelkanalisationen vornehmen will. Dies lässt sich zudem auch der dem Gesuch beigelegten Vertragsergänzung entnehmen. Es kann deshalb davon ausgegangen werden, dass die Gesuchstellerin sich nicht gegen das ebenfalls in Klausel 4.4.2 vorgesehene Kriterium der Selbstnutzung wehrt, respektive in dieser Hinsicht zwischen den Parteien Konsens herrscht. Die ComCom hat deshalb vorliegend nicht darüber zu befinden, ob das von der Gesuchsgegnerin vorgesehene Kriterium der Selbstnutzung vor den gesetzlichen Bestimmungen standhält. Aufgrund der Einigung über die Einschränkung des Zugangs durch das Kriterium der Selbstnutzung würde die Zuständigkeit, darüber zu befinden, ob der Vertrag vor dem Hintergrund der obligationenrechtlichen Bestimmungen zwischen den Parteien Rechtswirkungen entfalten kann oder nicht (Art. 11b FMG), jedoch ohnehin bei den Zivilgerichten liegen.

1.3 Verfahrensgegenstand

Gegenstand eines Verwaltungsverfahrens sind die Rechtsbeziehungen, welche eine Behörde von Amtes wegen oder auf Begehren der beteiligten Personen regeln soll (vgl. THOMAS MERKLI/ARTHUR AESCHLIMANN/RUTH HERZOG, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 25 Rz 13). Das Zugangsverfahren gemäss den Bestimmungen des Fernmelderechts setzt ein entsprechendes Gesuch einer Partei voraus, von Amtes wegen kann es nicht angehoben werden. Folglich bestimmen auch in erster Linie die Rechtsbegehren der gesuchstellenden Partei den Verfahrensgegenstand, was sich unter anderem auf den Umfang des festzustellenden Sachverhalts und den Umfang der Rechtsanwendung von Amtes wegen auswirkt (vgl. ULRICH ZIMMERLI/WALTER KÄLIN/REGINA KIENER, Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrechts, 1997, S. 60).

Bezüglich der Rechtsbegehren, welche die Gesuchsgegnerin in ihrer Stellungnahme vom 16. November 2007 stellt, ist festzuhalten, dass diese keinen Einfluss auf den Verfahrensgegenstand haben und insoweit nur für die Verlegung allfälliger Verfahrenskosten relevant sein können. Zu dem von der Gesuchsgegnerin in ihrer Schlussstellungnahme vom 9. Oktober 2009 gestellten Antrag, sich allenfalls nochmals zu den Ausführungen in der Schlussstellungnahme der Gesuchstellerin äussern zu können, ist zu bemerken, dass die Gesuchsgegnerin ihr Begehren davon abhängig macht, ob die Gesuchstellerin sich zu ihrer Eingabe vom 16. März 2009 äussert. Für diesen Fall macht sie geltend, es sei ihr aus Gründen der Waffengleichheit im Verfahren zu gestatten, sich zu den Ausführungen der Gesuchstellerin in deren Schlussstellungnahme zu äussern. Da sich die Gesuchstellerin mit keinem Wort zur Eingabe ihrer Gegenpartei vom 16. März 2009 vernehmen liess, wird die Behandlung des Antrags der Gesuchsgegnerin obsolet.

1.4 Vorangegangene Teilentscheide

Die Gesuchstellerin stellte in ihrem Gesuch vom 16. Oktober 2007 Rechtsbegehren nicht nur bezüglich Kabelkanalisationen, sondern auch bezüglich TAL und KOL sowie bezüglich des Spektrum Managements (SPM).

Die ComCom hat mit Verfügungen vom 9. Oktober 2008 und vom 22. Mai 2009 die Bedingungen von TAL, KOL und SPM festgelegt. Mit den in der vorliegenden Verfügung zu regelnden Bedingungen des Zugangs zu den Kabelkanalisationen kann das Verfahren somit abgeschlossen werden.

1.5 Rechtsschutzinteresse

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 TSCHAN-NEN/ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. Bern 2005, § 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 das Gericht konkrete und nicht bloss theoretische Fragen entscheidet. Es dient damit der Prozessökonomie (vgl. BGE 114 Ia 131).

Die Gesuchstellerin hat zweifelsfrei ein aktuelles und praktisches und mithin schutzwürdiges Interesse an der Beurteilung ihrer Rechtsbegehren.

1.6 Verhandlungsfrist

Gemäss Art. 11a Abs. 1 FMG kann die ComCom grundsätzlich erst um eine Verfügung der Zugangsbedingungen angegangen werden, wenn die beteiligten Anbieterinnen sich vorgängig nicht innerhalb von drei Monaten einigen können. Der Gesetzgeber räumt damit der rechtsgeschäftlichen Einigung der Parteien Priorität gegenüber der behördlichen Festsetzung der Zugangsbedingungen ein (sog. Verhandlungsprimat). Bei dieser Dreimonatsfrist handelt es sich um eine eigenständige, spezialgesetzliche Prozess- und Eintretensvoraussetzung (BGE 2A.276/2006 vom 12. Juli 2006, E. 2.3).

Die Parteien schlossen am 16./19. Juli 2007 Verträge über die verfahrensgegenständlichen Zugangsformen und hielten darin die offen gebliebenen Vertragspunkte fest. Gleichzeitig akzeptierte die Gesuchstellerin eine Vertragsklausel, wonach sie die Dissenspunkte innerhalb von drei Monaten bei der ComCom anhängig machen müsse, andernfalls die Bedingungen des Basisangebots der Gesuchsgegnerin rückwirkend zu Anwendung gelangen. Die Gesuchstellerin reichte ihr Gesuch am 16. Oktober 2007 ein.

Die geforderte Verhandlungsfrist ist unter den gegebenen Umständen eingehalten.

1.7 Formular für Zugangsgesuche

Ein Gesuch um Erlass einer Zugangsverfügung hat nebst den Anträgen und den wesentlichen Tatsachen auch das vom BAKOM bereitgestellte Formular für Zugangsgesuche zu umfassen (Art. 70 Abs. 1 Bst. c der Verordnung über die Fernmeldedienste vom 9. März 2007 [FDV; SR 748.101.1]). Dieses bezieht sich in erster Linie auf die Frage der Marktbeherrschung und zielt darauf ab, das Verfahren durch das möglichst frühzeitige und strukturierte Sammeln aller vorhandenen, entscheidungsrelevanten Informationen zu beschleunigen. Das Formular ist für jeden Zugangsdienst auszufüllen, der Gegenstand des Verfahrens bildet und bei dem feststeht oder absehbar ist, dass die Gesuchsgegnerin die Marktbeherrschung bestreitet. Es soll die Vorarbeiten zur Erstellung des Gutachtens über die Marktbeherrschung durch die Eidgenössische Wettbewerbskommission (Weko) beschleunigen helfen. Das Einreichen des Formulars bildet hingegen keine absolute Eintretensvoraussetzung.

Die Gesuchstellerin hat vorliegend auf die Einreichung des Formulars verzichtet, was im Lichte der obigen Ausführungen nicht zu beanstanden ist. Hinzu kommt, dass die Instruktionsbehörde das ausgefüllte Formular von der Gesuchstellerin auch noch im Rahmen des Beweisverfahrens hätte einverlangen können, wenn sie dies als nötig erachtet hätte.

1.8 Einigungsangebot

Im Weiteren ist mit dem Gesuch um Erlass einer Zugangsverfügung grundsätzlich ein Angebot für eine Einigung einzureichen (Art. 70 Abs. 1 Bst. d FDV). Dieses kann gemäss Art. 70 Abs. 2 FDV allerdings auch spätestens bis zum Abschluss des Beweisverfahrens nachgereicht werden.



Die ComCom hat in ihrer Teilverfügung vom 14. Dezember 2007 in der Sache Verizon Switzerland AG vs. Swisscom Fixnet AG festgehalten, dass die von der Gesuchsgegnerin eingereichten Unterlagen zum Nachweis der Kostenorientierung der Preise der Gesuchstellerin in weiten Teilen nur in einer abgedeckten Version zur Kenntnis gebracht werden konnten, weil sie Geschäftsgeheimnisse enthielten. Die Gesuchstellerin sei deshalb weder im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung noch nach Abschluss des Beweisverfahrens selbst in der Lage gewesen, die Kostenorientierung der Preise nach Massgabe der Geschäftszahlen der Gesuchsgegnerin zu überprüfen. Es entspreche dem Regelfall, dass vor Einreichung eines Zugangsgesuchs keine Verhandlungen über ein konkretes Einigungsangebot zwischen den Parteien geführt würden und ein solches somit auch nicht vorgelegt werden könne. Im Rahmen des Instruktionsverfahrens könne das BAKOM eine Schlichtungsverhandlung durchführen, was angezeigt erscheine, wenn die Parteien ihren Verhandlungswillen glaubhaft darlegten und eine Einigung unter den Parteien möglich erscheine. Auch nach Abschluss des Beweisverfahrens könne aber von einer Gesuchstellerin nur dann das Einreichen eines Einigungsangebots verlangt werden, wenn die Parteien explizit die Durchführung einer Schlichtungsverhandlung zu den Preisen verlangten. Andernfalls mache ein Einigungsangebot verfahrensrechtlich keinen Sinn. Die Verordnungsbestimmung von Art. 70 Abs. 2 FDV sei dahingehend zu verstehen, dass ein allfälliges Einigungsangebot bis spätestens nach Abschluss des Beweisverfahrens dem BAKOM einzureichen sei. Das Einreichen des Einigungsangebots bilde deshalb keine absolute Eintretensvoraussetzung.

Diese Ausführungen können auch für das vorliegende Verfahren Geltung beanspruchen. Der Umstand, dass die Gesuchstellerin in ihrem Gesuch vom 16. Oktober 2007 kein Einigungsangebot aufführt, ist vor diesem Hintergrund unbedenklich.

1.9 Fazit

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die formellen Voraussetzungen erfüllt sind und auf das Gesuch eingetreten werden kann.

2 Pflicht zur Gewährung des Zugangs

2.1 Vorbemerkung

Die Gesuchstellerin führt in ihrem Gesuch vom 16. Oktober 2007 aus, die Gesuchsgegnerin beschränke in ihrem Standardvertrag den Zugang zu Unrecht auf Kabelkanalisationen, die im Zeitpunkt der definitiven Verabschiedung des teilrevidierten FMG bereits bestanden haben. Die zeitliche Begrenzung sei nirgends vorgesehen und die entsprechende Klausel sei deshalb rechtswidrig. Die Gesuchsgegnerin habe ihre diesbezügliche Position bereits im Gesetzgebungsverfahren vertreten. Die eidgenössischen Räte hätten diese jedoch verworfen.

Die Gesuchsgegnerin bestreitet in ihrer Gesuchsantwort vom 16. November 2007 ihre Marktbeherrschung betreffend Kabelkanalisationen nicht grundsätzlich, sondern nur für Kabelkanalisationen, welche nach dem 24. März 2006 (eventualiter nach dem 1. April 2007) erstellt wurden. Sie weist in diesem Zusammenhang auf Klausel 4.3.1 ihres Vertrags für Kabelkanalisationen hin, mit welcher sie sich vorbehalten will, die Frage der Marktbeherrschung im Einzelfall zu überprüfen und je nach dem eine Angebotspflicht zu verneinen. Die Argumentation hinsichtlich Marktbeherrschung bringt die Gesuchsgegnerin jedoch subsidiär vor. In erster Linie führt sie aus, sie könne für Kabelkanalisationen, welche nach dem 24. März 2006 (eventualiter nach dem 1. April 2007) gebaut wurden, nicht zur Zugangsgewährung verpflichtet werden, weil das Parlament in Art. 11 Abs. 1 lit. f FMG eine entsprechende zeitliche Angebotseinschränkung für den Zugang von Kabelkanalisationen vorgesehen habe. In ihrer Stellungnahme vom 16. März 2009 weicht die Gesuchsgegnerin jedoch von ihrer bisherigen Argumentati-



on ab. Sie bringt nun vor, da sie von Gesetzes wegen nur zu den Kabelkanalisationen Zugang gewähren müsse, welche vor dem 24. März 2006 (eventualiter vor dem 1. April 2007) bereits bestanden haben, könne sich die Frage der Marktbeherrschung bloss bezüglich dieser Kabelkanalisationen stellen. Die zeitliche Angebotseinschränkung habe mit der Frage der Marktbeherrschung keinen direkten Zusammenhang. Überdies führt die Gesuchsgegnerin in ihrer Eingabe vom 16. März 2009 aus, sie sei „der Ansicht, dass sie im Bereich der Kabelkanalisationen nicht marktbeherrschend“ sei.

Unabhängig von der wechselnden Argumentation der Gesuchsgegnerin hinsichtlich Marktbeherrschung ist nachfolgend vorab zu prüfen, ob der Gesetzgeber tatsächlich eine zeitliche Angebotseinschränkung bezüglich der Zugangsgewährung zu den Kabelkanalisationen einführt (Ziff. 2.2). Als dann ist zu klären, ob die Gesuchsgegnerin über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, so dass sie zur Zugangsgewährung gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. f FMG verpflichtet ist (Ziff. 2.3).

2.2 Zeitliche Angebotseinschränkung

2.2.1 Einleitung

Die Gesuchstellerin bringt vor, die Klausel 4.4.2 des Vertrages Kabelkanalisationen sei rechtswidrig und folglich zu streichen. Eine zeitliche Angebotseinschränkung sei weder im FMG noch in der FDV vorgesehen.

Die Gesuchsgegnerin vertritt demgegenüber in ihrer Stellungnahme vom 16. November 2007 die Auffassung, das Parlament habe in Art. 11 Abs. 1 lit. f FMG eine zeitliche Angebotsbeschränkung festgesetzt. Sie spricht von einem offenen Gesetzeswortlaut, welcher mit Blick auf den vom Gesetzgeber angestrebten Investitionsschutzgedanken einschränkend zu verstehen sei. Durch zweckgerichtete Interpretation sowie auf dem Wege der teleologischen Reduktion sei eine zeitliche Angebotseinschränkung für den Zugang zu Kabelkanalisationen vorzunehmen. Aus diesem Grund sei die bestrittene Klausel 4.4.2 ihres Basisangebotes gesetzeskonform.

Zwischen den Parteien ist somit strittig, ob der für den Zugang zu den Kabelkanalisationen massgebenden Bestimmung eine Beschränkung in zeitlicher Hinsicht zu entnehmen ist, obwohl eine solche im Wortlaut der Norm unbestrittenermassen nicht vorkommt. Die Gesuchsgegnerin behauptet dazu, im Fehlen einer ausdrücklichen Anordnung könne kein qualifiziertes Schweigen gesehen werden, sondern der Gesetzgeber habe die Frage der zeitlichen Angebotsbeschränkung positiv beantwortet, was sich mittels der Auslegungsmethode der teleologischen Reduktion belegen lasse. Nachfolgend ist zu klären, wie es sich mit diesen Argumenten verhält.

2.2.2 Gesetzeslücke, qualifiziertes Schweigen und Auslegung

Gesetzeslücke, qualifiziertes Schweigen und Auslegung stehen in folgendem Zusammenhang: Eine Lücke im Gesetz liegt vor, wenn sich eine gesetzliche Regelung als unvollständig erweist, weil sie auf eine bestimmte Frage keine (befriedigende) Antwort gibt. Bevor jedoch eine ausfüllungsbedürftige Lücke angenommen werden darf, ist durch Auslegung zu ermitteln, ob das Fehlen einer ausdrücklichen Anordnung nicht eine bewusst negative Antwort des Gesetzgebers (ein so genanntes qualifiziertes Schweigen) darstellt. Ist dies zu verneinen, bleibt zu prüfen, ob sich mit Hilfe der Auslegungsregeln dem Gesetz eine stillschweigende Anordnung entnehmen lässt. Erst nach Verneinung dieser Frage kann von einer Lücke gesprochen werden, welche von der rechtsanwendenden Behörde auszufüllen wäre (BGE 125 V 8 E. 3 S. 11 sowie PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. Bern 2005, § 30 Rz. 29).

Um die vorliegend strittige Frage zu klären, ist folglich durch Auslegung zu eruieren, ob es sich beim Fehlen einer ausdrücklichen Anordnung um ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers handelt oder ob die Auslegung von Art. 11 Abs. 1 Bst. f FMG ergibt, dass die Norm implizit eine zeitliche An-



gebotsbeschränkung enthält und Kabelkanalisationen, welche nach einem bestimmten Zeitpunkt erstellt wurden, von ihrem Geltungsbereich ausnimmt. Wäre beides zu verneinen, so läge eine Gesetzeslücke vor, welche die ComCom als rechtsanwendende Behörde zu schliessen hätte.

2.2.3 Auslegung von Art. 11 Abs. 1 lit. f FMG

Nach der Praxis des Bundesgerichts ist die rechtsanwendende Behörde in der Regel an den klaren und unzweideutigen Wortlaut einer Bestimmung gebunden. Abweichungen davon erklärt das höchste Gericht jedoch als zulässig oder sogar geboten, wenn triftige Gründe zur Annahme bestehen, dass der klare Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Sinn und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben. Eine Abweichung vom Wortlaut kann ferner dann angezeigt sein, wenn die wörtliche Auslegung zu einem Ergebnis führen würde, das der Gesetzgeber nicht gewollt haben kann (vgl. BGE 124 III 266 E. 4 S. 268).

Der Wortlaut von Art. 11 Abs. 1 Bst. f FMG enthält keine Angebotseinschränkung in zeitlicher Hinsicht. Die Norm hält einzig fest, dass eine marktbeherrschende Anbieterin den Zugang zu ihren Kabelkanalisationen zu gewähren hat, sofern diese über eine ausreichende Kapazität verfügt. Die Gesuchsgegnerin behauptet jedoch, Art. 11 Abs. 1 Bst. f FMG sei offen formuliert, respektive enthalte eine Angebotseinschränkung, was sich auf dem Wege der teleologischen Reduktion ergäbe. Die Norm ist gemäss der Gesuchsgegnerin folglich auslegungsbedürftig. Die Begründungspflicht als Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehörs gebietet, dass die ComCom sich mit dieser Argumentation auseinandersetzt und eine Auslegung der Gesetzesbestimmung vornimmt.

Die Auslegung einer Rechtsnorm ist im Sinne eines Methodenpluralismus nach den gängigen Auslegungstechniken vorzunehmen, wobei Ausgangspunkt der Wortlaut der Bestimmung bildet und keinem der verschiedenen Auslegungselemente a priori der Vorzug zu geben wäre (vgl. PIERRE TSCHANEN/ULRICH ZIMMERLI, a.a.O., § 25 Rz. 3). Als Methoden kommen primär die grammatikalische, die systematische, die historische, die zeitgemässe sowie die teleologische Auslegung in Frage.

In grammatikalischer Hinsicht ist die Norm klar: Art. 11 Abs. 1 Bst. f FMG enthält keine Einschränkung, wonach nur Kabelkanalisationen, welche zu einem bestimmten Zeitpunkt schon bestanden haben, der grundsätzlichen Angebotsverpflichtung unterliegen würden. Der Wortlaut ist weder zweideutig noch lässt er den Schluss zu, dass er bezüglich der bestehenden Einschränkung der Angebotspflicht aufgrund fehlender Kapazität weiter interpretiert werden müsste. Gemäss grammatikalischer Auslegungsmethode enthält Art. 11 Abs. 1 Bst. f FMG keine Beschränkung der Angebotspflicht auf Kabelkanalisationen, welche vor Verabschiedung respektive Inkrafttreten der neuen Bestimmungen bestanden haben. Ob das Fehlen einer solchen vom Gesetzgeber eine bewusste negative Antwort im Sinne eines qualifizierten Schweigens bedeutet, ergibt sich aus der Auslegung der Norm anhand der weiteren Methoden.

Es ist der Gesuchsgegnerin beizupflichten, dass bei der Auslegung von jüngeren Gesetzen dem entstehungsgeschichtlichen Kontext besonderes Augenmerk zu schenken ist. Dieser Umstand ergibt sich bereits daraus, dass bei der Analyse von Gesetzen neueren Datums zwei Auslegungsmethoden, nämlich die historische und die geltungszeitliche, praktisch zusammenfallen. Allerdings ist es bezüglich einer allfälligen zeitlichen Angebotseinschränkung für Kabelkanalisationen mehr als schwierig, den Willen des historischen Gesetzgebers zu eruieren, da sich in den Gesetzesmaterialien keine einzige Äusserung zu einer solchen finden lässt. Es scheint vielmehr, als dass der Zugang zu den Kabelkanalisationen in der parlamentarischen Debatte überhaupt nicht diskutiert wurde. Aus diesem Umstand ist primär zu schliessen, dass die vorgeschlagene Bestimmung in den Räten unbestritten war. Wäre sie bestritten gewesen, so wäre sie auch ausführlich diskutiert worden. Somit kann die von der Gesuchsgegnerin behauptete Einschränkung nur damit begründet werden, dass der Gesetzgeber in seinen Beratungen ohne weiteres davon ausgegangen ist, eine solche sei dem verabschiedeten Art. 11 Abs. 1 Bst. f FMG inhärent. Gegen eine solche Interpretation sprechen jedoch verschiedene Um-



stände: Erstens enthält Art. 11 Abs. 1 Bst. f FMG eine explizite Einschränkung der Zugangsgewährung hinsichtlich genügender Kapazität. Es wäre deshalb fraglich, warum der Gesetzgeber diese Begrenzung explizit in den Gesetzeswortlaut aufgenommen hat, diejenige hinsichtlich zeitlicher Einschränkung jedoch nicht. Zweitens enthält Art. 11 Abs. 1 Bst. b FMG hinsichtlich der Gewährung des Zugangs zum schnellen Bitstrom eine explizite Beschränkung in zeitlicher Hinsicht. Auch deshalb leuchtet nicht ein, weshalb das Parlament bei der Verabschiedung der Bestimmung über den Zugang zu den Kabelkanalisationen von einer zeitlichen Angebotseinschränkung ausgegangen sein soll. Schliesslich verfängt auch die Argumentation der Gesuchsgegnerin nicht, nach welcher sich aus dem vom Parlament verfolgtem Investitionsschutzgedanken ergebe, dass der Zugang auf bestehende Dienste und Infrastrukturen beschränkt sei. Es trifft zwar zu, dass Investitionen in die Telekommunikationsinfrastrukturen und deren Schutz in der parlamentarischen Debatte diskutiert wurden. Die Beratungen hatten aber den Investitionsschutz im Hinblick auf neuartige Technologien – mithin also die Frage der Technologieneutralität der Regulierung – zum Thema und nicht deren Beschränkung auf bestehende Kabelkanalisationen. Die von der Gesuchsgegnerin in ihrer Stellungnahme vom 9. Januar 2008 vorgebrachten Argumente hinsichtlich Investitionsschutzes beziehen sich denn auch auf die Fragestellung in der parlamentarischen Debatte, ob technologieneutral reguliert werden sollte oder nicht. Der Gesetzgeber hat sich bei der letzten Revision des FMG im Hinblick auf kommende Investitionen in Glasfaserprojekte entschlossen, den Zugang zu Teilnehmeranschlussleitungen auf solche zu beschränken, die auf der Kupfertechnologie beruhen. Damit hat er jedoch keineswegs gewisse Kabelkanalisationen von der Regulierung ausgenommen.

Auch die weiteren zur Verfügung stehenden Auslegungsmethoden führen zu keinem anderen Resultat. So lässt sich auch mit Blick auf die systematische Stellung der Norm über die Zugangsgewährung bei den Kabelkanalisationen nicht behaupten, dass der Gesetzgeber bei diesen eine Beschränkung auf bereits bestehende statuierte. Einen solchen Schluss lässt schliesslich auch die teleologische Auslegung nicht zu. Gemäss dieser ist nach dem Ziel zu fragen, das mit einer Rechtsnorm erreicht werden soll. Die teleologische Methode will also Sinn und Zweck einer rechtlichen Regelung eruieren. Die Gesuchsgegnerin bringt in diesem Zusammenhang vor, der zu weit gefasste respektive undifferenzierte Wortlaut von Art. 11 Abs. 1 Bst. f FMG sei auf dem Wege der teleologischen Reduktion auf den Anwendungsbereich zu reduzieren, welcher der ratio legis entspreche. Sie scheint dabei die ratio legis von Art. 11 Abs. 1 Bst. f FMG insbesondere darin zu sehen, dass die neuen Zugangsbestimmungen primär ihre eigenen künftigen Investitionen schützen sollen. Sie verkennt jedoch auch an dieser Stelle, dass die von ihr beschriebene ökonomische Grundausrichtung der parlamentarischen Debatte einzig die Frage betroffen hat, ob technologieneutral reguliert werden sollte oder nicht. Der Gesetzgeber hat sich bei der letzten Revision des FMG im Hinblick auf kommende Investitionen in Glasfaserprojekte bekanntlich entschlossen, die Regulierung auf die Kupferleitungen zu beschränken damit Investitionen in neuere Technologien nicht gebremst würden. Es kann jedoch nicht ernsthaft behauptet werden, dass in der gesetzgeberischen Diskussion jemals davon die Rede war, dass es ökonomisch sinnvoll wäre, Anreize zum Bau paralleler Kabelkanalisationsnetze zu schaffen. Bei Kabelkanalisationen ist klarerweise davon auszugehen, dass der Gesetzgeber gerade nicht wollte, dass es zu einer Verdoppelung der Infrastrukturen kommt. Auch die aktuellen Diskussionen über den Bau von neuen Glasfasernetzen zeigt, dass die beteiligten Akteure den parallelen Bau von Kabelkanalisationen zu vermeiden versuchen. Wesentlich ist, dass die Kabelkanalisationen der Gesuchsgegnerin für alternative Anbieterinnen unabdingbar sind, wenn diese eigene Telekommunikationsnetze verlegen wollen. Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber Kabelkanalisationen von marktbeherrschenden Fernmeldediensteanbieterinnen auch der Regulierung unterworfen. Zudem ist zu beachten, dass das FMG gemäss seinem Zweckartikel einen wirksamen Wettbewerb beim Erbringen von Fernmeldediensten ermöglichen will (Art. 1 Abs. 2 Bst. c FMG) und deshalb die marktbeherrschende Anbieterin verpflichtet wird, anderen Anbieterinnen Zugang zu ihren Einrichtungen und Diensten zu gewähren. Vor diesem Hintergrund erschiene eine Beschränkung der Zugangsgewährung auf die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens von Art. 11 FMG bestehenden Kabelkanalisationen unsinnig. Die Gesuchsgegnerin



verfügt über eine historisch gewachsene Netzinfrastruktur, deren Kernstück unter anderem die Kabelkanalisationen sind. Wer auf dem schweizerischen Fernmeldemarkt ernsthaft zur Gesuchsgegnerin in Wettbewerb treten möchte, ist darauf angewiesen, die gleiche Infrastruktur wie die marktbeherrschende Anbieterin benutzen zu können. Die Netztopographie der Infrastruktur der Gesuchsgegnerin ist ohne Zweifel für den schweizerischen Fernmeldemarkt absolut bestimmend. Eine Beschränkung des Zugangs auf Netzelemente, welche im März 2006 (oder im April 2007) bereits bestanden haben, würde potentielle Investoren massgeblich davon abhalten, in den schweizerischen Fernmeldemarkt zu investieren. Dies würde wiederum dem Zweck der neuen Zugangsbestimmungen zuwiderlaufen, weshalb eine entsprechende Regelung in den Räten intensiv diskutiert worden wäre. Daraus ergibt sich, dass der Gesetzgeber nicht stillschweigend davon ausging, dass der Zugang zu den Kabelkanalisationen in zeitlicher Hinsicht auf die bestehende Infrastruktur der Gesuchsgegnerin beschränkt sei, sondern im Gegenteil stillschweigend davon ausging, dass er es nicht ist. Folglich ergibt sich auch aus der teleologischen Auslegungsmethode, dass in der Nichtregelung einer zeitlichen Angebotseinschränkung ein qualifiziertes Schweigen liegt.

Aus diesen Gründen erweist sich die zeitliche Angebotseinschränkung in Klausel 4.4.2 des Standardvertrags Kabelkanalisationen als nicht gesetzeskonform und die Klausel ist bezüglich dieses Punktes aufzuheben. Ob die in Klausel 4.4.2 des Vertrages Kabelkanalisationen vorgenommene Einschränkung hinsichtlich Selbstnutzung im Bestreitungsfall vor den fernmelderechtlichen Zugangsbestimmungen standhalten würde, kann aufgrund vertraglicher Einigung zwischen den Parteien im Rahmen des vorliegenden Verfahrens nicht überprüft werden (siehe oben Ziff. 1.2).

Die ComCom hat in ihren Verfügungen vom 9. Oktober 2008 betreffend die Zugangsformen TAL, KOL und IC festgehalten, dass die Gesuchsgegnerin aufgrund des in Art. 11 FMG festgesetzten Gebotes der Nichtdiskriminierung eine als rechtswidrig festgestellte Klausel grundsätzlich aus allen ihren Verträgen zu entfernen hat. Die Gesuchsgegnerin führte dagegen Beschwerde und die Frage der Tragweite der so genannten Drittwirkung von Zugangsverfügungen ist zum heutigen Zeitpunkt vor Bundesverwaltungsgericht nach wie vor hängig. Vor diesem Hintergrund ist es opportun, in der vorliegenden Verfügung darauf zu verzichten, die Gesuchsgegnerin verfügungsweise zu verpflichten, die rechtswidrige Vertragsklausel aus all ihren Verfügungen zu entfernen. Die ComCom ist aber nach wie vor der gefestigten Überzeugung, dass das gesetzliche Diskriminierungsverbot ihren Entscheiden Drittwirkung verleiht. Gerade das Beispiel der von der Gesuchsgegnerin in ihren Verträgen unrechtmässig vorgesehenen zeitlichen Angebotseinschränkung belegt die Haltung der ComCom. Hätten ihre Entscheide keine Drittwirkung, so würde dies bedeuten, dass die Gesuchsgegnerin ihre neuen Kabelkanalisationen nur denjenigen FDA zur Mitbenutzung offerieren müsste, die sich durch Anhebung eines Zugangsverfahrens gegen die rechtswidrige Bestimmung zur Wehr gesetzt haben.

Folgt das Bundesverwaltungsgericht jedoch der ComCom und kommt es zum Schluss, dass diese zu Recht davon ausging, dass das Gebot der Nichtdiskriminierung von Art. 11 FMG auch eine Drittwirkung von Zugangsverfügungen beinhaltet, so hat die Gesuchsgegnerin die zeitliche Angebotseinschränkung aus all ihren Verträgen zu streichen. Diesfalls würde nämlich letztinstanzlich feststehen, dass die Drittwirkung in den massgeblichen Bestimmungen des FMG enthalten ist und die Gesuchsgegnerin wäre folglich von Gesetzes wegen verpflichtet, sämtliche ihrer Verträge entsprechend anzupassen. Für die Durchsetzung dieser Verpflichtung stünden nötigenfalls die aufsichtsrechtlichen Massnahmen von Art. 58 ff. FMG zur Verfügung.



2.3 Marktbeherrschung

2.3.1 Allgemeines

Nach Art. 11 Abs. 1 FMG müssen grundsätzlich nur marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen auf transparente und nicht diskriminierende Weise sowie zu kostenorientierten Preisen in den explizit aufgeführten Formen Zugang zu ihren Einrichtungen und Diensten gewähren. Voraussetzung für eine kostenorientierte Preisgestaltung im Sinne von Art. 11 Abs. 1 FMG ist somit das Vorliegen von Marktbeherrschung im relevanten Markt.

Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbietende oder Nachfragende in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz, KG; SR 251]). Zur Klärung dieser Frage ist einerseits der sachliche und andererseits der räumlich relevante Markt zu bestimmen. Der sachlich relevante Markt umfasst gemäss Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) alle Waren oder Dienstleistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden. Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite, die den sachlich relevanten Markt umfassenden Waren oder Dienstleistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU). Marktgegenseite bilden die Fernmeldedienstanbieterinnen, welche den in Frage stehenden Fernmeldedienst oder entsprechende Substitute nachfragen.

2.3.2 Angebot der Gesuchsgegnerin; einzelfallweise Überprüfung der Marktbeherrschung

Es ist eine zwingende Konsequenz des in der Schweiz geltenden Ex-post-Zugangsregimes, dass die vermeintlich marktbeherrschende Anbieterin vorerst selber darüber befinden kann, ob sie aufgrund einer marktbeherrschenden Stellung zu einem Angebot verpflichtet ist oder nicht. So hat die Gesuchsgegnerin beispielsweise bei Inkrafttreten der neuen Zugangsgewährungsbestimmungen im Jahr 2007 kein Angebot für den Zugang zum schnellen Bitstrom vorgelegt, obwohl Art. 11 Abs. 1 Bst. b FMG dies vorsah. Die Gesuchsgegnerin begründete ihr Vorgehen damit, dass sie über keine beherrschende Stellung auf dem relevanten Markt verfüge. Die marktbeherrschende Stellung der Gesuchsgegnerin wurde in der Folge von der ComCom festgestellt und die Gesuchsgegnerin wurde verpflichtet ein Angebot zu machen. Die dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesverwaltungsgericht am 12. Februar 2009 ab (Urteil BVGer A-109/2008) und die Gesuchsgegnerin veröffentlichte am 1. Juni 2009 ein Angebot für den Zugang zum schnellen Bitstrom. Vor diesem Hintergrund erscheint es eigenartig, dass die Gesuchsgegnerin seit Geltung der neuen FMG-Bestimmungen immer ein schweizweites Angebot für den Bezug von Kabelkanalisationen zu aus ihrer Sicht kostenorientierten Preisen gemacht hat, nun aber in ihrer Stellungnahme vom 16. März 2009 vorbringt, sie sei im Bereich der Kabelkanalisationen gar nicht marktbeherrschend. Es steht der Gesuchsgegnerin zwar theoretisch offen, auch für Bereiche, in denen sie über keine marktbeherrschende Stellung verfügt, Angebote zu kostenorientierten Preisen zu machen. Ein solches Vorgehen würde jedoch nicht nur ökonomischen Grundprinzipien, sondern auch den bisher im Rahmen der Zugangsregulierung gemachten Erfahrungen widersprechen. Daran ändert auch nichts, dass die Gesuchsgegnerin betont, ihr Angebot erfolge freiwillig. Zwischen dem Anbieten des Produkts Kabelkanalisationen zu kostenorientierten Preisen und der Bestreitung der Marktbeherrschung besteht ein grundsätzlicher Widerspruch, welcher auch nicht dadurch behoben wird, dass die Gesuchsgegnerin in ihren Verträgen festhält, der Dienst Kabelkanalisationen FMG stehe unter dem Vorbehalt einer marktbeherrschenden Stellung. Dies ergibt sich bereits aus dem Gesetz. Auch lässt der Widerspruch sich nicht dadurch auflösen, dass die Marktbeherrschung im Rahmen einer einzelfallspezifisch vorgenommenen Machbarkeitsabklärung für



nachgefragte Kabelkanalisationen-Teilstrecken abgeklärt werden könnte, wie dies die Gesuchsgegnerin in Klausel 4.3.1 ihrer Vertragsurkunde Kabelkanalisation FMG vorsieht.

Klausel 4.3.1 des Standardvertrags Kabelkanalisation lautet folgendermassen:

Der Dienst Kabelkanalisationen FMG muss von Swisscom Fixnet nur erbracht werden, wenn sie im sachlich und räumlich relevanten Markt für den Zugang zu Kabelkanalisationen über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Mit dem Abschluss der vorliegenden Vereinbarung ist keine Anerkennung der Marktbeherrschung verbunden und die FDA kann daraus keinen Anspruch oder irgendwelche Zusicherung in Bezug auf den einzelfallbezogenen Zugang zu einzelnen Kabelkanalisationen ableiten. Swisscom Fixnet behält sich vor, die Frage der Marktbeherrschung jeweils im Rahmen der Machbarkeitsabklärung im Einzelfall unter Berücksichtigung der spezifischen Gegebenheiten der konkreten Anfrage zu überprüfen.

Zur Klausel 4.3.1 des Standardvertrags Kabelkanalisationen ist festzuhalten, dass diese davon ausgeht, dass die Marktbeherrschung im Einzelfall bezüglich einer Kabelkanalisations-Teilstrecke geprüft werden könnte. Damit wird den rechtlichen Vorgaben der Zugangsregulierung keine Rechnung getragen. Für die Festlegung von Zugangsbedingungen und für die Feststellung einer allenfalls bestrittenen marktbeherrschenden Stellung ist gemäss den einschlägigen Bestimmungen des FMG die ComCom zuständig. Die Weko ist vom BAKOM im Rahmen des Instruktionsverfahrens zu konsultieren, wenn sich die Frage der Marktbeherrschung stellt (Art. 11a Abs. 2 FMG). Es fragt sich, ob die Gesuchsgegnerin mit der Formulierung im Standardvertrag meint, sie selber würde im Einzelfall ihre eigene Marktstellung überprüfen und gestützt darauf ein Projekt durchführen lassen oder nicht. Dies ist undenkbar. Wäre die Klausel 4.3.1 wirklich dahingehend zu verstehen, dass die Gesuchsgegnerin ihre eigene Marktbeherrschung überprüfen könnte, so wäre weiter davon auszugehen, dass die Frage einer marktbeherrschenden Stellung letztlich von Zivilgerichten überprüft würde, weil es sich dabei um eine Streitigkeit aus einer Vereinbarung handeln würde (Art. 11b FMG). Dies würde die vom FMG vorgesehene Zuständigkeitsordnung aushebeln und stände mit der gesamten Zugangsordnung im Widerspruch. Andererseits kann es aber auch nicht sein, dass die ComCom über den Zugang zu einzelnen Streckenabschnitten resp. über eine hinsichtlich dieser Streckenabschnitte bestehende Marktbeherrschung zu befinden hätte. Dies würde bedeuten, dass es der Gesuchsgegnerin theoretisch möglich wäre, für sämtliche Teilstrecken auf ihrem gesamten Kanalisationsnetz die Marktbeherrschung zu bestreiten. Dies würde dazu führen, dass die nachfragenden Anbieterinnen für die einzelnen Teilstrecken einzelne Zugangsgesuche stellen müssten, für welche im Instruktionsverfahren dann jeweils die Weko zu konsultieren wäre. Eine projektweise Überprüfung der Marktbeherrschung – wie sie der Gesuchsgegnerin vorschwebt – ist jedoch weder vom FMG vorgesehen noch wäre sie praktikabel. Die Marktbeherrschung ist vielmehr grundsätzlich abzuklären, wobei dem nicht entgegensteht, dass es sich unter Umständen rechtfertigen kann, den relevanten Markt in geographisch definierte Segmente aufzuteilen. Die Parteien können folglich auch nicht vertraglich vereinbaren, die Marktbeherrschung im Rahmen des Einzelfalls von der ComCom abklären zu lassen.

2.3.3 Gutachten der Weko zur Marktbeherrschung

Weil sich die Gesuchsgegnerin auf den Standpunkt stellte, sie könne sich vorbehalten, die Marktbeherrschung im Einzelfall zu überprüfen, führte das BAKOM in Zusammenarbeit mit der Weko im Jahr 2008 eine umfassende Marktbefragung bei Eigentümern von Kanalisationen durch. Befragt wurden dabei Fernmeldediensteanbieterinnen, Elektrizitäts-, Wasser- und Gaswerke, Kabelnetzbetreiber sowie die SBB. Mit Schreiben vom 16. Mai 2008 ersuchte das BAKOM die Weko, ein Gutachten zur Marktbeherrschung der Gesuchsgegnerin beim Zugang zu Kabelkanalisationen zu erstellen. Dem Schreiben beigelegt wurden die aus der Befragung resultierenden Antworten. Im Gutachten vom 7. Juli 2008 kam die Weko zum Schluss, dass die Gesuchsgegnerin beim Zugang zu Kabelkanalisationen, welche ihren Anfangs- oder Endpunkt in einem Swisscom-Standort haben, marktbeherrschend sei.



2.3.3.1 *Marktdefinition*

Gemäss dem Gutachten der Weko umfasst der relevante Markt sämtliche ober- oder unterirdischen Kanalisationen, in denen Kabel zum Zweck der Erbringung von Fernmeldediensten verlegt werden können. Die Eigentümerschaft kann bei Fernmeldediensteanbieterinnen, Kabelfernsehbetreibern, Elektrizitäts-, Gas- oder Wasserwerken oder der SBB liegen. Nicht zum relevanten Markt zählt die Weko noch nicht erstellte Kanalisationen, das Mieten von vorhandenen Leitungen und direkt ins Erdreich verlegte Leitungen.

Die Weko geht sodann von drei sachlich relevanten Märkten aus: Kabelkanalisationen im Bereich Anschlussnetz (exkl. solche, die ihren Anfangs- oder Endpunkt in einer Swisscom-Zentrale haben), Kabelkanalisationen im Bereich Fernnetz (exkl. solche, die ihren Anfangs- oder Endpunkt in einer Swisscom-Zentrale haben) und Swisscom-Kabelkanalisationen.

Mit Swisscom-Kanalisationen werden diejenigen Kanalisationen bezeichnet, welche ihren Anfangs- oder Endpunkt in einer Swisscom-Zentrale haben und entweder direkt bis zu einer Gebäudeeinführung oder bis zu einem Schacht verlaufen. Ein Kabelkanalisationsabschnitt gehört dabei solange zum Swisscom-Kabelkanalisationsnetz, als kein anderes Unternehmen mit seinen Kabelkanalisationen eine direkte Verbindung, ohne Bau- bzw. Grabarbeiten ausführen zu müssen, herstellen kann.

Im Gutachten vom 7. Juli 2008 wird ausgeführt, dass sich die Ausscheidung eines eigenen Markts für Swisscom-Kanalisationen dadurch rechtfertige, dass dieses Kabelkanalisationsnetz für alternative Anbieterinnen unvergleichbare Eigenschaften gegenüber anderen Kanalisationen aufweist. Um regulierte Leistungen der Gesuchsgegnerin beziehen zu können, muss eine alternative FDA Zugang zu deren Zentralen haben. Die Swisscom-Zentralen sind jedoch nur über die Swisscom-Infrastruktur erreichbar, Alternativen gibt es nicht. Zudem ist das Swisscom-Netz das einzige Kanalisationsnetz, das schweizweit im Anschluss- und im Fernnetzbereich existiert und nahezu jedes einzelne Gebäude erschliesst.

Da Kabelkanalisationen in der ganzen Schweiz nachgefragt und angeboten werden, geht die Weko von einem räumlich relevanten Markt aus, der das ganze Gebiet der Schweiz umfasst.

2.3.3.2 *Beurteilung der Marktbeherrschung*

Die Weko bemerkt, dass insbesondere Kanalisationen von anderen FDA, aber auch solche von Kabelfernsehanbietern, von Elektrizitätswerken, von der SBB entlang des Schienennetzes und eingeschränkt auch solche von Gaswerken, grundsätzlich zur Verlegung von Kabeln geeignet seien. Die Infrastruktur-Eigentümer böten Kabelkanalisationen jedoch nicht oder nur punktuell zum Verlegen von Kabeln für Dritte an, da unter anderem die Rohranlagen nur für eigene Bedürfnisse konzipiert worden seien respektive keine Kapazitäten mehr vorhanden seien. Bei Gaswerken und der SBB bestünden Angebote für die Mitbenutzung von Kabelkanalisationen im Fernnetzbereich, sofern Kapazitäten vorhanden seien, was bei der SBB häufig bei neuralgischen Punkten wie Brücken und Bahnhöfen nicht der Fall sei. Bei Gasleitungen im Anschlussbereich sei eine Mitbenutzung aus Sicherheitsgründen nicht möglich. In jedem Fall müssten FDA, welche Kabelkanalisationen von Dritten mitbenutzen wollten, einen Anschluss ans eigene Netz herstellen, was unter Umständen mit erheblichen (Bau-)Kosten verbunden ist.

Namentlich bei Kabelkanalisationen, welche einen Anfangs- oder Endpunkt in einer Swisscom-Zentrale hätten, gebe es für FDA keinen Zugang zu alternativen Kabelkanalisationen.

Die Weko kommt sodann zum Schluss, dass Swisscom im Bereich Anschlussnetz (exkl. Swisscom-Kabelkanalisationen) und im Bereich Fernnetz (exkl. Swisscom-Kabelkanalisationen) keine marktbeherrschende Stellung einnehme.



Im Markt für Swisscom-Kabelkanalisationen wird die Frage der Marktbeherrschung für die Gesuchsgegnerin hingegen bejaht. Für sämtliche Swisscom-Kabelkanalisationen, unabhängig von deren Beschaffenheit oder dem Zeitpunkt der Erstellung, bestünden keine hinreichenden Alternativen, um die Gesuchsgegnerin in ihrem Marktverhalten zu disziplinieren. FDA, welche Swisscom-Zentralen an ihr eigenes Netz anschliessen wollten, seien auf die Kabelkanalisationen von Swisscom angewiesen. Weiter sei die Gesuchsgegnerin das einzige Unternehmen, welches sowohl im Anschluss- wie auch im Fernnetz über ein schweizweit flächendeckendes Netzwerk von Kabelkanalisationen verfüge, das nahezu alle Gebäude in der Schweiz erschliesse. Im Markt der Swisscom-Kabelkanalisationen sei die Gesuchsgegnerin die einzige Anbieterin, welche derartige Dienstleistungen bereitstellen könne und es bestehe deshalb kein aktueller Wettbewerb im Bereich der Kabelkanalisationen von Swisscom. Da bei den Swisscom-Kabelkanalisationen eine Duplizierung der vorhandenen Infrastruktur nicht sinnvoll und wirtschaftlich unrentabel wäre, sei auch potenzieller Wettbewerb bei den Swisscom-Kabelkanalisationen auszuschliessen. Ausserdem betont die Weko, die Frage der Marktbeherrschung sei nicht vom Zeitpunkt der Erstellung einer Kanalisation abhängig.

Zusammenfassend hält die Weko fest, dass aufgrund des fehlenden aktuellen und potenziellen Wettbewerbs Swisscom in der Lage sei, sich auf dem Markt der Swisscom-Kanalisationen von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Swisscom sei daher im Markt der Swisscom-Kabelkanalisationen als marktbeherrschendes Unternehmen gemäss Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren, womit auch eine Marktbeherrschung im Sinne von Art 11 Abs. 1 FMG zu bejahen sei.

2.3.4 Vorbringen der Gesuchsgegnerin

Die Gesuchsgegnerin nimmt in ihrer Eingabe vom 16. März 2009 ausführlich Stellung zum Gutachten der Weko. Sie bringt insbesondere vor, dass der Sachverhalt, welchen die Weko ihrer Beurteilung zugrunde gelegt hat, nicht den tatsächlichen Gegebenheiten entspreche und ihre Marktstellung in einem anderen als dem von der Weko als sachlich relevant bezeichneten Markt untersucht worden sei. Weiter enthalte die Marktabgrenzung methodische Fehler, die aktuellen Marktbedingungen seien zu wenig differenziert analysiert worden und das Gutachten lasse sich nicht widerspruchsfrei interpretieren. Auch sei die Weko fälschlicherweise davon ausgegangen, dass allfällige Kapazitätsrestriktionen und fehlende Angebote anderer Anbieter relevant seien. .

Die Gesuchsgegnerin ist deshalb der Meinung, dass in Anbetracht der von ihr behaupteten Mängel die ComCom nicht an das Gutachten der Weko gebunden sei. Überdies bemerkt sie in ihrer Eingabe vom 16. März 2009, sie sei ihrer Ansicht nach im Bereich der Kabelkanalisationen nicht marktbeherrschend.

In ihrer Schlussstellungnahme vom 9. Oktober 2009 erörtert die Gesuchsgegnerin ausserdem weitere Produkte der Swisscom als Ausweichmöglichkeiten der Zentralenerschliessung, welche seit 2008 die Verbindung von Kollokationsstandorten in Swisscom-Zentralen zwischen verschiedenen FDAs ermöglichen. Sie stellt sich anschliessend auf den Standpunkt, dass genügend Ausweichmöglichkeiten zur Zentralenerschliessung bestehen und diese Ausweichmöglichkeiten von der Weko nicht berücksichtigt wurden.

Die Gesuchstellerin äusserte sich nicht zum Gutachten der Weko.

2.3.5 Beurteilung der Marktbeherrschung durch die ComCom

2.3.5.1 Allgemeines

Ist im Rahmen eines Zugangsverfahren die Frage der Marktbeherrschung zu beurteilen, so konsultiert das BAKOM als Instruktionsbehörde die Weko (Art. 11a Abs. 2 FMG). Diese Bestimmung hat vorab zum Zweck, eine Zersplitterung der wettbewerbsrechtlichen Rechtsprechung für gleiche Tatbestände zu verhindern (vgl. die Botschaft zum revidierten Fernmeldegesetz vom 10. Juni 1996 in BBl 1996 III



1427, CLEMENS VON ZEDTWITZ, Interkonnektion von Telekommunikationsnetzen, Zürich 2007, S. 195 sowie RETO A. HEINZMANN, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, Diss. ZH 2005, S. 22). Die Zuständigkeit über die Marktbeherrschung einer Anbieterin zu befinden liegt bei der ComCom. Diese würdigt grundsätzlich sämtliche Beweismittel nach freier Überzeugung (Art. 19 VwVG i.V.m Art. 40 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess [BZP; SR 273]). Eine erhöhte Zurückhaltung gilt es jedoch zu wahren bei Gutachten von Sachverständigen im Sinne von Art. 12 Bst. e VwVG. Auch wenn die Weko nicht ausschliesslich zu reinen Sachfragen Stellung nimmt, obliegt der Rechtsentscheid, ob die Gesuchsgegnerin betreffend einer Zugangsform marktbeherrschend ist, zwingend der ComCom. Dabei darf diese nicht ohne triftige Gründe von Gutachten der Weko abweichen und muss Abweichungen begründen. Ein Abweichen ist nur dann zulässig, wenn die Glaubwürdigkeit des Gutachtens durch die Umstände ernsthaft erschüttert ist. Dies gilt umso mehr in jenen Fällen, in welchen wie in Art. 11a Abs. 2 FMG das Gesetz den Beizug einer Expertenmeinung zwingend vorschreibt (BGE 101 IV 129, 130). Bei der Würdigung des Gutachtens respektive der Stellungnahmen der Parteien ist dies gebührend zu berücksichtigen.

2.3.5.2 Vorwurf der unvollständigen Sachverhaltsabklärung

Für die ComCom ist nicht ersichtlich, warum sich das Weko-Gutachten vom 7. Juli 2008 auf falsche Tatsachen stützen sollte oder warum die aktuellen Marktbedingungen darin zu wenig differenziert analysiert worden wären. Die Expertise stützt sich auf eine umfassende Marktbefragung mit insgesamt 42 antwortenden Infrastrukturbetreibern wie anderen Fernmeldediensteanbieterinnen, Elektrizitäts-, Wasser- und Gaswerken, Kabelfernsehbetreibern und der SBB. Die Gegebenheiten und die aktuellen Marktbedingungen wurden sorgfältig und einwandfrei abgeklärt.

2.3.5.3 Marktabgrenzung

Die Gesuchsgegnerin bemängelt, die Weko habe in ihrem Gutachten bestehende Ausweichmöglichkeiten zu ihren Kabelkanalisationen, insbesondere die Kanalisationen der Elektrizitätswerke, ungenügend berücksichtigt. Dies würde aus einzelnen Antworten der Marktbefragung hervorgehen.

Die diesbezüglich von der Gesuchsgegnerin zitierten Aussagen erscheinen jedoch als aus ihrem Gesamtzusammenhang gerissen und sie betreffen zudem auch Bestandteile von Antworten, die explizit darauf hinweisen, dass die zitierten Anbieterinnen über keine Erfahrung beim Mieten oder Bauen von Kabelkanalisationen haben. Aus den Aussagen der befragten Anbieterinnen geht zweifelsfrei hervor, dass diese sich einig sind, dass es zur Kabelkanalisation der Gesuchsgegnerin keine echten Substitute mit vergleichbaren Eigenschaften gibt. Im Weiteren ist es auch nicht zutreffend zu behaupten, die Feststellung der Weko, wonach bei den Elektrizitätswerken der Zugang zu den Kanalisationen regelmässig nicht möglich sei, decke sich nicht mit den Ergebnissen der Marktbefragung. Die Weko behauptet nicht, dass Stromkabel-Kanalisationen zur Verlegung von Fernmeldekabeln grundsätzlich nicht geeignet seien. Sie bemerkt einzig, dass der Zugang zu diesen Kabelkanalisationen infolge fehlender Kapazitäten und Angebote und infolge fehlender Verfügbarkeit von Informationen (Kanalisationsverlauf, Kapazität, Preis) nur sehr beschränkt möglich sei. Ausserdem verkennt die Gesuchsgegnerin, dass Elektrizitätswerke nur lokale Infrastrukturen haben und somit auch nicht mit dem schweizerweiten Netz im Fern- und Anschlussbereich der Swisscom-Kabelkanalisation verglichen werden können. Alternative Kanalisationen weisen andere Eigenschaften als Swisscom-Kanalisationen auf und können deshalb nicht ohne weiteres als Substitute betrachtet werden.

Die ComCom teilt im Weiteren die Auffassung der Weko, dass Mietleitungen aufgrund der unterschiedlichen Wertschöpfungstiefe und der daraus resultierenden Kostenstruktur (variable und fixe Kosten) und dem unterschiedlichen Abhängigkeitsgrad vom Anbieter keine Substitute zu Kabelkanalisationen darstellen. Ausserdem ist die Verlegung von eigenen Leitungen grundlegende Voraussetzung dafür, dass eine FDA den Kunden eigene Service Level Agreements anbieten und dafür Verant-



wortung übernehmen kann. Daneben ist auch zu beachten, dass der Gesetzgeber den Zugang zu Kabelkanalisationen und Mietleitungen explizit als Alternativen ins Gesetz aufgenommen hat. Die Gesuchsgegnerin hat nicht die Wahl, entweder das regulierte Produkt Mietleitungen oder das regulierte Produkt KKF anzubieten, mit der Begründung, die zwei Produkte seien Substitute. Wäre dem so, so wäre eine Marktbeherrschung entweder überall ausgeschlossen oder die Gesuchsgegnerin könnte praktisch wählen, bei welcher Zugangsart sie sich als marktbeherrschend betrachtet. Eine derartige Konsequenz widerspräche jedoch ganz offensichtlich dem gesetzgeberischen Willen.

Die Gesuchsgegnerin macht in ihrer Eingabe vom 16. März 2009 weiter geltend, die „Mitbenutzung und Bau“ sei ein hinreichendes Substitut für die Mitbenutzung von Kabelkanalisationen. So könne eine FDA beispielsweise den Abschnitt von der Swisscom-Zentrale zum ersten Schacht der Swisscom mieten und dann in diesem ersten Schacht eine Verbindung zu einem Schacht eines anderen Netzes mittels baulichen Massnahmen herstellen.

Die Gesuchsgegnerin verkennt dabei jedoch die – im Vergleich zur Mitbenutzung – sehr hohen Kosten des Baus eines neuen Kanalisationsabschnittes um zwei Schächte verschiedener Infrastrukturanbieter zu verbinden. Zudem sind solche Verbindungen oftmals mit praktischen Schwierigkeiten, wie verschiedenen technischen Beschaffenheiten oder Sicherheitsvorschriften verbunden, oder es bestehen rechtliche Hürden, wie etwa das Durchführen von Baubewilligungsverfahren. Ausserdem verursachen unterschiedliche Eigentumsverhältnisse praktische Schwierigkeiten bei einer allfälligen Suche nach Defekten respektive deren Reparatur. Insbesondere ist nicht sichergestellt, dass ein für die Mitbenutzung geeignetes alternatives Kabelkanalisationsnetz genügend nahe verläuft und dass dieses wirklich direkt zum gewünschten Endpunkt führt. Auch die Gesuchstellerin argumentiert in ihrer Eingabe vom 8. Oktober 2009 in diese Richtung. Sie äussert sich insbesondere auch dahingehend, dass sich der Bau eigener Kanalisation in den allermeisten Fällen aufgrund der hohen Kosten nicht rechne und keine Alternative zur Mitbenutzung von Swisscom-Kabelkanalisationen darstelle. Diese Ausführungen zeigen, dass die Kombination „Mitbenutzung und Bau“ im Vergleich zur Mitbenutzung von Kabelkanalisationen andere Eigenschaften aufweist und kein hinreichendes Substitut darstellt.

Die Gesuchsgegnerin hält in ihrer Stellungnahme zum Weko-Gutachten vom 16. März 2009 überdies fest, dass das Nichtvorhandensein der Möglichkeit, Swisscom-Zentralen mit fremden Kanalisationen zu erschliessen, nicht auf das Kriterium reduziert werden könne, dass die Swisscom-Zentralen aufgrund der Vorgaben der Gesuchsgegnerin nur via deren Infrastruktur erreichbar seien. Dazu ist zu bemerken, dass es wohl tatsächlich zu kurz greifen würde, wenn lediglich darauf abgestützt würde, dass die Gesuchsgegnerin die Erschliessung ihrer Zentralen via ihre eigene Infrastruktur verlangt. Die Gesuchsgegnerin bringt jedoch selber vor, dass hinter ihrer Vorgabe technische und wirtschaftliche Gründe, wie beispielsweise erhebliche bauliche Massnahmen und Sicherheitsvorschriften stünden, weshalb die Möglichkeit der Erschliessung mit alternativen Kabelkanalisationen in der Regel nicht verfügbar sei. Hinter der Vorgabe, Swisscom-Zentralen nicht über eine fremde Kabelkanalisation zu erschliessen, stehen folglich praktische Gründe. Wenn solche realen Gegebenheiten vorliegen, spielt es eine untergeordnete Rolle, ob die Weko in ihrem Gutachten die Vorgabe der Gesuchsgegnerin, welche aufgrund in der Realität vorhandener Hindernisse besteht, und nicht die realen Gegebenheiten selber in das Zentrum ihrer Ausführungen stellte. Es kann deshalb auch nicht davon gesprochen werden, der Weko sei bei der Marktabgrenzung ein methodischer Fehler unterlaufen. Dies gilt auch für den Vorwurf der Gesuchsgegnerin, die Weko habe die Beziehung zwischen der Frage der Marktbeherrschung bei Kabelkanalisationen und der Kollokation fehlerhaft interpretiert. Auch hier ist nicht ersichtlich, inwiefern die Weko von Prämissen ausgegangen sein soll, welche ihr Gutachten fehlerhaft erscheinen liessen.

Die Gesuchsgegnerin kritisiert in ihrer Stellungnahme vom 16. März 2009 zudem, die Weko habe den Begriff „Swisscom-Kabelkanalisationen“ bei der Abgrenzung der sachlich relevanten Märkte und bei der Beurteilung der Marktstellung nicht gleich verwendet. In der Tat scheint der Weko bei der Marktdefinition eine terminologische Ungenauigkeit unterlaufen zu sein, indem sie im Rahmen der Marktab-



grenzung bei den „Swisscom-Kabelkanalisationen“ von Anfangs- resp. Endpunkten in „Swisscom-Zentralen“ spricht, bei der Beurteilung der Marktbeherrschung jedoch von „Swisscom-Standorten“. Aus dem Gesamtzusammenhang des Gutachtens vom 7. Juli 2008 und insbesondere der Systematik der von der Weko vorgenommenen Marktabgrenzung ergibt sich jedoch, dass die Weko bei der Markt- abgrenzung von „Swisscom-Standorten“ ausgegangen ist, und den sachlich relevanten Markt der Swisscom-Kabelkanalisationen nicht auf Kabelkanalisationen, die ihren Anfangs- oder Endpunkt in einer „Swisscom-Zentrale“ haben, beschränkt. Folglich ist bei der Markt- abgrenzung von den Begriffen auszugehen, welche die Weko auch bei der Beurteilung der Marktbeherrschung verwendet hat. Mithin sind unter „Swisscom-Kabelkanalisationen“ Kabelkanalisationen zu verstehen, die zur Verlegung von Kabeln zwecks Erbringung von Fernmeldediensten geeignet sind und einen Anfangs- oder Endpunkt in einem Swisscom-Standort (Orts-, Knoten-, oder Transitzentrale, Quartierverteilerkästen, andere Swisscom-Gebäude oder reine Swisscom-Schächte) haben und entweder direkt bis zu einer Gebäude- einföhrung oder bis zu einem Schacht verlaufen.

Die beiden weiteren von der Weko abgegrenzten Märkte für Kabelkanalisationen im Fernnetz und Kabelkanalisationen im Anschlussnetz unterscheiden sich gemäss dieser Terminologie hinsichtlich der Swisscom-Kabelkanalisationen, als diese Kabelkanalisationen keinen Anfangs- oder Endpunkt an einem Swisscom-Standort haben. Dabei gilt es zu beachten, dass sich der Anfangs- resp. Endpunkt auf die von einer FDA nachgefragten Kanalisationsabschnitte bezieht. Somit können Swisscom-Kanalisationen nicht gleichzeitig zum Markt für Kabelkanalisationen im Bereich Anschluss- resp. Fernnetz gehören, wie die Gesuchsgegnerin in ihrer Stellungnahme vom 16. März 2009 behauptet. Sobald ein Swisscom-Standort betroffen ist, kann die nachgefragte Strecke nicht zum Markt An- schlussnetz respektive Fernnetz gehören, da die Definition dieser beiden Märkte die Swisscom-Kabelkanalisationen ausschliesst.

Wie die Weko treffend feststellt, gehört ein Kabelkanalisationsabschnitt mit Anfangs- oder Endpunkt in einem Swisscom-Standort damit solange zum Swisscom-Kabelkanalisationsnetz, als kein anderes Unternehmen mit seinen Kabelkanalisationen dieselbe, direkte Verbindung herstellen kann, ohne dass Bauarbeiten ausgeführt werden müssten. Die Gesuchsgegnerin bringt vor, dass in diesem Falle alle von ihr betriebenen Kabelkanalisationen zum relevanten Markt für Swisscom-Kabelkanalisationen gehören würden. Dies ist zutreffend und es ist nicht ersichtlich, warum dieser Schluss nicht möglich, unlogisch oder widersprüchlich wäre.

Hinsichtlich der räumlichen Markt- abgrenzung teilt die ComCom die Meinung, dass von einem nationa- len Markt auszugehen ist, da die Dienstleistungen im abgegrenzten Markt schweizweit angeboten und nachgefragt werden. Die Gesuchsgegnerin ist das einzige Unternehmen, welches sowohl im An- schluss- als auch im Fernnetz über ein flächendeckendes, engmaschiges Kabelkanalisationsnetz ver- fügt und damit anderen FDA in der ganzen Schweiz allenfalls freie Kapazitäten anbieten kann. Dem- entsprechend scheint auch die Gesuchsgegnerin von einem nationalen Markt auszugehen und folge- richtig hat sie ein schweizweites einheitliches Basisangebot gemacht. Vor diesem Hintergrund er- scheint ihre Aussage, sie mache das Angebot freiwillig und dieses stehe unter dem Vorbehalt der Überprüfung der Marktbeherrschung im Einzelfall, als fragwürdig.

Die vom FMG eingeföhrte Zugangsregulierung betrifft naturgemäss den schweizerischen und nicht den internationalen Markt. Folglich ist ersterer zu berücksichtigen. Die von der Gesuchsgegnerin gel- tend gemachte Notwendigkeit einer räumlichen Markt- abgrenzung von Ort zu Ort hätte zur Folge, dass die Marktbeherrschung resp. die Ausweichmöglichkeiten für jede einzelne theoretisch mögliche Stre- cke analysiert werden müsste. Dies würde bedeuten, dass jede nachgefragte Strecke ein Markt für sich wäre, was kein praktikabler Ansatz ist (vgl. dazu oben Ziff. 2.3.2). Schliesslich sei an dieser Stelle der Hinweis erlaubt, dass die nationale Markt- abgrenzung wie auch das Verfügen von nationalen Durchschnittspreisen der bisherigen Praxis der ComCom entsprechen und von der Gesuchsgegnerin z.B. bei der Entbündelung der Teilnehmeranschlussleitungen nicht in Frage gestellt wurde.



2.3.5.4 Marktbeherrschung

Wie die Weko zu Recht feststellt, kommt den Swisscom-Zentralen für die Geschäftstätigkeit der anderen FDA eine zentrale Rolle zu. So hat beispielsweise eine FDA, die eine Teilnehmeranschlussleitung nutzen respektive darauf aufbauend Produkte für Endkundinnen und Endkunden anbieten möchte, keine andere Wahl, als eine Verbindung mit der entsprechenden Swisscom-Zentrale herzustellen, da die Teilnehmeranschlussleitung in einer Swisscom-Zentrale ihren Anfangspunkt hat. Gleichzeitig erscheint die Erschliessung einer Swisscom-Zentrale über andere als deren Kabelkanalisationen in der Praxis aus technischen und wirtschaftlichen Gründen regelmässig nicht sinnvoll.

In ihrer Schlussstellungnahme vom 9. Oktober 2009 weist die Gesuchsgegnerin auf weitere eigene Produkte hin, welche seit dem Jahr 2008 die Zentralenerschliessung durch Verbindung von Kollokationsstandorten in Swisscom-Zentralen zwischen verschiedenen FDAs ermöglichen. Sie stellt sich anschliessend auf den Standpunkt, dass es sich dabei um zusätzliche Ausweichmöglichkeiten zur Zentralenerschliessung handle und diese von der Weko nicht berücksichtigt worden seien. Die Gesuchsgegnerin nennt ihre Produkte Inhouse-KKF-Verbindungen, Fiber Inhouse Service und Fiber Inhouse Service Plus.

Tatsächlich wurden die Möglichkeiten gemeinsamer Zuführungen in die Kollokation sowie die Verbindung von Anlagen verschiedener Fernmeldediensteanbieterinnen in Zentralen nicht im Weko-Gutachten gewürdigt, da diese Möglichkeiten erst nach Erstellung des Gutachtens Realität wurden. Es erstaunt jedoch, dass die Gesuchsgegnerin diese neuen Produkte erst in ihrer Schlussstellungnahme vom 9. Oktober 2009 aufführt und nicht schon zu einem früheren Zeitpunkt, etwa im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 16. März 2009, in welcher sie sich ausführlich zum Weko-Gutachten geäussert hat. Unabhängig davon ist die Gesuchsgegnerin nun der Meinung, es wäre möglich, dass sie sich mit ihren eigenen Produkten auf dem Markt der Swisscom-Kabelkanalisationen selbst disziplinieren könnte. Diese Auffassung ist jedoch illusorisch und zudem unlogisch. Es ist nicht ersichtlich, wie die von der Gesuchsgegnerin genannten Ausweichmöglichkeiten der Zentralenerschliessung, welche notabene in ihren Zentralen und von ihr selbst angeboten werden, einen disziplinierenden Effekt im Markt für Swisscom-Kabelkanalisationen haben sollten. Die Möglichkeiten der Verbindung von Anlagen in einer Zentrale mit einer anderen Fernmeldediensteanbieterin bestehen einschränkend nur dann, wenn bereits eine Fernmeldediensteanbieterin in dieser Zentrale einen Kollokationsstandort betreibt. Wenn nun die Weko in ihrem Gutachten die Meinung vertritt, dass Fernmeldediensteanbieterinnen, welche Swisscom-Zentralen an ihr eigenes Netz anschliessen wollen, auf die Kabelkanalisationen von Swisscom angewiesen seien, erscheint diese Formulierung vor dem Hintergrund der von der Gesuchsgegnerin neu angebotenen Lösungen zwar überholt. Dem ungeachtet bleiben die Fernmeldediensteanbieterinnen beim Anschluss einer Swisscom-Zentrale von der Infrastruktur respektive von Produkten der Gesuchsgegnerin abhängig, da nur über diese die Zentralenerschliessung realisiert werden kann. Dadurch entstehen keine disziplinierenden Effekte auf das Verhalten der Gesuchsgegnerin auf dem Markt für Swisscom-Kabelkanalisationen. Die Gesuchsgegnerin könnte noch so viele Möglichkeiten respektive kommerzielle Angebote zur Zentralenerschliessung machen – es ist nicht einzusehen, inwiefern solche dafür sorgen könnten, dass sie sich auf dem vorliegend relevanten Markt nicht mehr unabhängig verhalten könnte.

Die alternativen Fernmeldediensteanbieterinnen sind grundsätzlich von der Netztypologie der Gesuchsgegnerin abhängig; sie müssen an den 18 resp. 36 Points of Interconnection (POI) für die Netzzusammenschaltung und darüber hinaus auch in den Ortszentralen der Gesuchsgegnerin präsent sein, um ein Gebiet im entsprechenden Anschlussbereich erschliessen zu können. Dabei sind die POI durchgehend einzig durch die Kabelkanalisationen der Gesuchsgegnerin mit den Swisscom-Ortszentralen verbunden. Ausserdem ist das Kabelkanalisationsnetz der Gesuchsgegnerin das einzige Netz, das praktisch alle Gebäude in der Schweiz erschliesst. Ist eine FDA im Kabelkanalisationsystem der Gesuchsgegnerin mit eigenen Kabeln zugegen, hat sie im Vergleich zur Mitbenutzung von weiteren Swisscom-Kanalisationen unverhältnismässig hohe Wechselkosten, um für einen Strecken-



abschnitt in ihr eigenes oder in ein anderes Netz zu gelangen. Eine FDA hat demnach keine echten Auswahlmöglichkeiten, ab dem ersten Swisscom-Schacht problemlos in ein anderes Kanalisationssystem zu wechseln, um den gewünschten Standort zu erschliessen. Dies wäre nur unter Inkaufnahme von unverhältnismässig hohen Kosten für bauliche Massnahmen möglich, welche zudem oftmals mit praktischen oder rechtlichen Hürden verbunden sind. Die Kosten und praktischen Schwierigkeiten beim Bau von (Teil-)Strecken verhindern eine Disziplinierung der Gesuchsgegnerin.

Auch wenn eine Fernmeldedienstanbieterin punktuell tatsächlich die Möglichkeit hat, vom Swisscom-Kabelkanalisationsnetz in ein alternatives Kabelkanalisations-Netz zu gelangen, kann noch nicht von hinreichenden Wettbewerbsverhältnissen gesprochen werden. Insbesondere nicht in einem Markt wie demjenigen für Kabelkanalisationen, in welchem geringe Transparenz bezüglich Kanalisationsverlauf, Kapazität und Preisen herrscht und alternative Netzbetreiber in den wenigsten Fällen überhaupt die Möglichkeit des Zugangs zu Kabelkanalisationen anbieten, falls ihre Kabelkanalisationen überhaupt über freie Kapazitäten verfügen. Bestehen alternative Angebote, verbinden diese nur ausnahmsweise die von einer nachfragenden Fernmeldedienstanbieterin gewünschten Anfangs- und Endpunkte. Vereinzelte und isolierte Ausweichmöglichkeiten können aber nicht dazu führen, dass die Gesuchsgegnerin ihre beherrschende Stellung im relevanten Markt verliert.

Diese Ausführungen illustrieren, dass die sehr schwachen Wettbewerbskräfte und die allenfalls partiell vorhandenen Ausweichmöglichkeiten die Gesuchsgegnerin, als einzige Anbieterin mit einem flächendeckenden, engmaschigen und zusammenhängenden Netz, welches die Netztypologie für Fernmeldedienste in der ganzen Schweiz bestimmt, nicht disziplinieren können und sich die Gesuchsgegnerin in diesem Markt deshalb weitgehend unabhängig von den anderen Marktteilnehmern verhalten kann.

2.3.6 Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Gesuchsgegnerin bei allen Kanalisationsabschnitten marktbeherrschend ist, bei welchen der Anfangs- oder Endpunkt in einem Swisscom-Standort liegt und für welche keine direkte Alternative existiert, ohne Bauarbeiten ausführen zu müssen. Dies bedeutet faktisch, dass die Gesuchsgegnerin ihr gesamtes Kabelkanalisationsnetz zu kostenorientierten Bedingungen zur Mitbenutzung anzubieten hat, soweit freie Kapazitäten vorhanden sind (Art. 11 Abs. 1 Bst. f FMG).

3 Weitere Anträge

3.1 Einleitung

In ihrem Gesuch vom 16. Oktober 2007 stellt die Gesuchstellerin das Rechtsbegehren, Satz 2 von Ziffer 5.4.2 sei zu streichen. Sie begründet diesen Antrag damit, dass die Gesuchsgegnerin mit dieser Bestimmung Wholesale-Aktivitäten der Konkurrenz verhindern wolle. Während der Verhandlungen habe die Gesuchsgegnerin ausdrücklich erklärt, dass auch eine Untervermietung von Fasern, die im Eigentum der Gesuchstellerin stünden, nicht zulässig sei. Die Gesuchstellerin erklärt, sie sei der Ansicht, dass die von der Gesuchsgegnerin vorgesehene Bestimmung eine klare Diskriminierung anderer Fernmeldedienstanbieterinnen darstelle und jeglicher Grundlage entbehre.

Die Gesuchsgegnerin stellt sich demgegenüber in ihrer Gesuchsantwort vom 16. November 2007 auf den Standpunkt, die Klausel 5.4.2 sei rechtmässig. Die Vermietung von Fasern sei in diesem Sinne nicht eine Erbringung von Fernmeldediensten, sondern stelle eine reine Infrastrukturleistung dar. Die strittige Vertragsbestimmung umfasse das Verbot, die Rohrkapazitäten Dritten zu überlassen und das Verbot, die Kabelkanalisation für andere als für Fernmeldezwecke in Anspruch zu nehmen. Sie bezeichnet diese Inhalte als „Verbot der Untervermietung von Raum“ und als „Verbot der Zweckentfremdung“.



Klausel 5.4.2 des Vertrags Kabelkanalisationen lautet wie folgt:

Ein Anspruch auf (Mit-)Benutzung von Kabelkanalisationen besteht nur, wenn die FDA die Kabelkanalisationen ausschliesslich für den tatsächlichen aktuellen Bedarf zur Erbringung von Fernmeldediensten nutzt. Eine Überlassung der Kapazitäten in Kabelkanalisationen an Dritte sowie die Inanspruchnahme der Kabelkanalisationen für andere Zwecke als die Erbringung von Fernmeldediensten sind der FDA nicht gestattet.

3.2 Untervermietung von Rohrkapazitäten

Bezüglich der Zulässigkeit eines Verbotes der Untervermietung von Rohrkapazitäten erscheint nicht ganz klar, ob sich diese Frage im vorliegenden Verfahren überhaupt stellt. Die Gesuchstellerin beantragt zwar die Aufhebung von Satz 2 der Klausel 5.4.2, spricht in ihrem Gesuch vom 16. Oktober 2007 explizit aber einzig davon, dass die Gesuchsgegnerin eine Untervermietung von Fasern nicht zulassen wolle. Von der Untervermietung von Rohrkapazitäten ist eigentlich erst in der Gesuchsantwort der Gesuchsgegnerin vom 16. November 2007 die Rede. Vor diesem Hintergrund erscheint es angezeigt, in der gebotenen Kürze auf die Zulässigkeit der Weitervermietung von Rohrkapazitäten einzugehen.

Die ComCom hatte bereits in den Verfahren hinsichtlich Festlegung der Bedingungen der Kollokation vom letzten Jahr über eine analoge Vertragsklausel zu befinden. Diese lautete folgendermassen:

Die FDA darf die Kollokation ausschliesslich für den tatsächlichen aktuellen Bedarf zur Erbringung von Fernmeldediensten nutzen. Der FDA ist es nicht gestattet, die Kollokation FDV Dritten zur Nutzung zu überlassen. Die Nutzung für andere als Fernmeldedienste ist der FDA nicht gestattet.

In den Verfügungen vom 9. Oktober 2008 bezüglich der Bedingungen der Kollokation hat die Regulierungsbehörde befunden, dass die Gesuchsgegnerin als Eigentümerin oder Besitzerin der Kollokationsstandorte ein berechtigtes Interesse habe, mit allen ansässigen Fernmeldediensteanbieterinnen vertragliche Beziehungen zu unterhalten. Die Möglichkeit der Untervermietung von Kollokationsfläche durch eine bereits ansässige FDA würde diesem Interesse, welches sich unter anderem auch auf Gründe der Sicherheit und der Schadenshaftung stützen kann, nicht Rechnung tragen. Es sei demnach nicht zu beanstanden, dass die Gesuchsgegnerin ein Untervermietungsverbot für Kollokationsfläche vorsehen wolle. Im Weiteren hat die ComCom, wie sie dies bereits in ihrer Verfügung vom 10. März 2008 in der Sache VTX SA vs. Swisscom erstmals getan hat, das Wort „aktuellen“ aus dem Text der Vertragsbestimmung gestrichen. Sie hat dies damit begründet, dass der einschlägige Art. 52 Abs. 4 FDV der Gesuchsgegnerin zwar erlaube, eine Bestellung zurückzuweisen, wenn begründete Zweifel daran bestehen, dass sie dem tatsächlichen Bedarf der anderen Anbieterin nicht entspreche. Die Bestimmung knüpfe aber nicht an die Voraussetzung der Aktualität an, weshalb dies von der Gesuchsgegnerin auch nicht so vorgesehen werden dürfe.

Die ComCom hat die Klausel 5.4 des Vertrags Kollokation aus diesen Gründen am 9. Oktober 2009 mit folgendem Wortlaut verfügt:

Die FDA darf die Kollokation FDV ausschliesslich für den tatsächlichen Bedarf zur Erbringung von Fernmeldediensten nutzen. Der FDA ist es nicht gestattet, die Kollokation FDV Dritten weiterzuvermieten. Die Nutzung für andere als Fernmeldedienste ist der FDA nicht gestattet.

Die Argumentation hinsichtlich der Weitervermietung von Kollokationsfläche kann analog für die vorliegend interessierende Frage der Weitervermietung von Kapazitäten in den Kabelkanalisationen Geltung beanspruchen und es ist der Gesuchsgegnerin zuzustimmen, dass es nicht im Sinne des FMG sein könne, wenn alternative FDA Rohrkapazitäten in Kabelkanalisationen zu kostenorientierten Preisen beziehen und anschliessend zu kommerziellen Bedingungen weitervermieten könnten. Ausserdem macht die Gesuchsgegnerin auch im Bereich der Kabelkanalisationen zu Recht geltend, dass sie ein legitimes Interesse daran habe, diejenigen Unternehmen zu kennen, welche Kabel in ihrer Infrastrukturen verlegen. Es ist folglich auch nicht zu beanstanden, dass die Gesuchsgegnerin die Weiter-



oder Untervermietung von Kapazitäten in ihren Kabelkanalisationen vertraglich ausschliessen will. Der Klarheit halber und um allfälligen Missverständnissen entgegenzuwirken erscheint es jedoch auch bezüglich Kabelkanalisationen angezeigt, die Klausel, mit welcher die Gesuchsgegnerin die Weitervermietung von Rohrkapazitäten verhindern will, in diesem Sinne zu präzisieren. Hinsichtlich des Wortes „aktuell“ ist dieses aus den oben genannten Gründen ebenfalls aus der Vertragsbestimmung bezüglich Kabelkanalisationen zu streichen.

Analog zur rechtskräftig verfügten Klausel 5.4 des Vertrags Kollokation ist deshalb vorliegend der folgende Wortlaut zu verfügen:

Ein Anspruch auf (Mit-)Benutzung von Kabelkanalisationen besteht nur, wenn die FDA die Kabelkanalisationen ausschliesslich für den tatsächlichen Bedarf zur Erbringung von Fernmeldediensten nutzt. Eine Weitervermietung von Rohrkapazitäten in Kabelkanalisationen an Dritte sowie die Inanspruchnahme der Kabelkanalisationen für andere Zwecke als die Erbringung von Fernmeldediensten sind der FDA nicht gestattet.

3.3 Überlassung von Fasern („dark fibre“)

Dem Gesuch vom 16. Oktober 2007 lässt sich entnehmen, dass die Gesuchstellerin die Streichung von Satz 2 von Klausel 5.4.2 verlangt, weil sie im Verbot, einzelne Fasern zu vermieten, eine Diskriminierung der alternativen Fernmeldedienstanbieterinnen sieht. Die Gesuchstellerin möchte mithin anderen FDA nicht beschaltete Fasern in den Kanalisationen der Gesuchsgegnerin zur Benutzung anbieten dürfen.

Die Gesuchsgegnerin lehnt diese Forderung ab und spricht von einer Zweckentfremdung, da die Abgabe einzelner Fasern eines von der Gesuchstellerin in eine Kabelkanalisation der Gesuchsgegnerin eingezogenen Glasfaserkabels an andere FDA keinen Fernmeldedienst im Sinne von Art. 3 Bst. b FMG darstelle. Bei „dark fibre“ handle es sich um eine reine Infrastrukturdienstleistung.

Es trifft selbstredend zu, dass eine Zweckentfremdung von Kabelkanalisationen der marktbeherrschenden Fernmeldedienstanbieterin nicht von den Bestimmungen des FMG gedeckt wäre. So wäre beispielsweise ausgeschlossen, dass die Gesuchsgegnerin ihre Kabelkanalisationen zu regulierten Bedingungen Elektrizitätswerken zum Einzug von Elektrokabeln zur Verfügung stellen müsste. Das Einziehen von Kabeln mit zusätzlichen, aktuell nicht benötigten Glasfasern und deren Überlassung an Dritte lässt sich damit jedoch nicht vergleichen; „dark fibre“ kann im Endeffekt nur für Fernmeldedienstleistungen genutzt werden. Art. 11 FMG regelt die Gewährung des Zugangs zu den Einrichtungen und Diensten einer marktbeherrschenden Anbieterin von Fernmeldediensten. Es ist klar, dass eine solche nur zur Zugangsgewährung verpflichtet werden kann, wenn der Zugang den alternativen Anbieterinnen dazu dient, Fernmeldedienstleistungen zu erbringen. So müssen auch Kabelkanalisationen nur zur Mitbenutzung im Hinblick auf die Erbringung von Fernmeldediensten angeboten werden. Glasfasern werden in Kabelkanalisationen verlegt, damit mit ihnen Daten übertragen werden können. Dies gilt auch für unbeschaltete Fasern. Auch diese werden deshalb letztlich zur Erbringung von Fernmeldediensten eingezogen. Ob dieser Fernmeldedienst von derjenigen FDA erbracht wird, welcher das in die Kabelkanalisationen der Gesuchsgegnerin verlegte Kabel gehört oder ob es sich dabei um eine Dritte FDA handelt, spielt keine Rolle. Bei der Abgabe von „dark fibre“ kann aus diesen Gründen nicht von einer unzulässigen Zweckentfremdung von Kabelkanalisationen gesprochen werden.

Die Abgabe von „dark fibre“ in den Kabelkanalisationen der Gesuchsgegnerin wird gesetzlich nirgends ausgeschlossen. Der Gesuchsgegnerin selbst steht es jederzeit offen, den alternativen FDA „dark fibre“ abzugeben und es scheint, dass sie dies in Zukunft auch tun möchte. Im Zusammenhang mit dem Ausbau der Glasfaseranschlussnetze und den „Fibre-to-the-home“-Diskussionen propagiert sie ein Mehrfasermodell, mit welchem vier Fasern pro Haushalt respektive Geschäftskunde verlegt werden sollen. Die Gesuchsgegnerin würde von diesen vier Fasern eine exklusiv nutzen wollen, während sie die anderen ihren Konkurrentinnen zur Miete oder zum Kauf anbieten will. Dadurch wird es der



Gesuchsgegnerin unter anderem ermöglicht, die Kosten in den Ausbau ihrer Glasfaserinfrastruktur mit interessierten Konkurrentinnen zu teilen. Art. 11 FMG und in Art. 52 FDV verlangen, dass die marktbeherrschende Anbieterin diskriminierungsfreien Zugang zu ihren Einrichtungen gewährt. Mit anderen Worten muss sie ihrer Konkurrenz im Rahmen der Zugangsgewährung grundsätzlich die gleichen Möglichkeiten gewähren, die sie selber auch wahrnehmen kann. Wenn nun die Gesuchsgegnerin in ihren Kabelkanalisationen im Rahmen des Glasfaserausbau vier Fasern legen will, von denen sie nur eine selber nutzt und die anderen als „dark fibre“ abgeben will, so ist nicht einzusehen, warum dies die Gesuchstellerin nicht tun dürfen sollte. Will die Gesuchsgegnerin diese Möglichkeit anderen Anbieterinnen untersagen, so verstösst sie gegen das Gebot der diskriminierungsfreien Zugangsgewährung und behindert überdies den Wettbewerb, da sie der Gesuchstellerin verunmöglicht deren Investitionen in neue Technologien mit anderen FDA zu teilen, während sie selbst dies ohne weiteres tut.

Wenn eine FDA die Kanalisation der Gesuchsgegnerin beansprucht und ein Kabelzugprojekt ausführt, ist deshalb nicht ersichtlich, warum ihr verwehrt werden könnte, auch zusätzliche Glasfasern – die sie zurzeit nicht benötigt – einzuziehen. Es wäre der alternativen FDA überdies auch nicht zuzumuten, allenfalls später nochmals die Kosten für ein erneutes Kabelzugprojekt tragen zu müssen, wenn sie zu einem späteren Zeitpunkt weitere Fasern für ihren Gebrauch in die Kabelkanalisationen der Gesuchsgegnerin einziehen will.

Hinsichtlich Kapazität der Kabelkanalisationen bemerkt die Gesuchsgegnerin in ihrer Eingabe vom 16. November 2007, dass der Zugangsanspruch allen FDA gleichermaßen zustehe und eine „Besetzung“ der Kapazitäten mittels Einziehens von zu gross dimensionierten Kabeln durch eine einzige FDA entgegenstehen würde. Dazu ist festzuhalten, dass die gesetzlichen Vorgaben nirgends vorsehen, dass die Kabelkanalisationen der Gesuchsgegnerin nur für die Verlegung von bestimmten Kabeln mitbenutzt werden dürfte. Folglich könnte es einer alternativen Anbieterin auch nicht verwehrt werden, Kupferkabel in den Kabelkanalisationen der Gesuchsgegnerin zu verlegen. Diese haben jedoch einen ungleich grösseren Durchmesser als Glasfaserkabel und beanspruchen dementsprechend ein Mehrfaches an Kapazität. Gemäss Angaben der Gesuchsgegnerin, welche sie im Rahmen von anderen Verfahren hinsichtlich der Preisberechnung gemacht hat, beträgt der Durchmesser für ein Glasfaserkabel mit 24 Fasern 10.2 mm. Demgegenüber weist bereits ein Kupferkabel mit lediglich sechs Doppeladern mit 11.4 mm einen grösseren Durchmesser auf, ein solches mit hundert hat bereits einen Durchmesser von 22.6 mm. Ein Glasfaserkabel von einem solchen Durchmesser hat hingegen Platz für über 288 Fasern. Die Argumentation der Gesuchsgegnerin, aus Kapazitätsgründen sei es gerechtfertigt, der Gesuchstellerin den Einzug von aktuell nicht beanspruchten Fasern und die Weitervermietung von Fasern zu untersagen, kann vor diesem Hintergrund nicht gehört werden. Eine zusätzliche Glasfaser vergrössert ein Kabel nur sehr geringfügig, demgegenüber nimmt eine zusätzliche Glasfaser, welche einzeln als Kabel eingelegt wird, infolge ihrer Schutzhülle deutlich mehr Platz ein. Die Möglichkeit der Abgabe von „dark fibre“ erscheint deshalb hinsichtlich Zugangsanspruch aller FDA sogar als sinnvoll.

In Bezug auf die Behauptung, dass es sich bei der Abgabe von „dark fibre“ nicht um einen Fernmeldedienst im Sinne des Gesetzes handle und die Gesuchstellerin in Klausel 1.2 des Vertrages Kabelkanalisationen vorbehaltlos anerkannt habe, dass ein Zugangs- und Mitbenutzungsrecht nur zur Erbringung von Fernmeldediensten gewährt werde, kann grundsätzlich auf die Ausführungen unter Ziff. 1.2 verwiesen werden. Die Argumentation, die Gesuchstellerin habe sich damit einverstanden erklärt, dass sie nur Fernmeldedienste erbringen könne und es sich bei der Abgabe von „dark fibre“ nicht um solche handle, stützt sich einzig auf die Interpretation, welche die Gesuchsgegnerin in Bezug auf ihre eigenen Verträgen respektive auf den Begriff Fernmeldedienste vornimmt. Vor dem Hintergrund, dass in der Ergänzung zum Vertrag vom 16./19. Juli 2007 unter dem Titel „Ausschluss Untervermietung / Verbot Wholesale-Aktivitäten“ (Vertragsurkunde Ziffer 5.4.2) vermerkt ist, die Gesuchstellerin sei mit der erwähnten Regelung im Basisangebot nicht einverstanden, kann nicht ernsthaft behauptet werden, die Gesuchstellerin sei gleichwohl damit einverstanden, weil sie grundsätzlich damit



einverstanden sei, dass das Mitbenutzungsrecht nur für die Erbringung von Fernmeldediensten im Sinne von Art. 3 Bst. b FMG gewährt werde.

Aus diesen Ausführungen ergibt sich, dass die Gesuchsgegnerin ihre Kabelkanalisationen nicht zur Mitbenutzung anbieten muss, wenn in ihr Dienste angeboten werden, welche keinen Zusammenhang zu Fernmeldediensten haben. Das Einziehen von Kabeln mit zusätzlichen Fasern, mit welchen künftige Bedürfnisse gedeckt oder Dritten „dark fibre“ angeboten werden können, ist jedoch nicht als Zweckentfremdung zu klassifizieren, deshalb erlaubt und vor dem Hintergrund von Art. 1 Abs. 2 Bst. c FMG auch erwünscht. Klausel 5.4.2 ist folglich dahingehend zu ergänzen, als dass die Überlassung von verlegter Infrastruktur an Dritte zur Erbringung von Fernmeldediensten ausdrücklich erlaubt ist.

Aus den unter 2.2.3 genannten Gründen verzichtet die ComCom darauf, die Gesuchsgegnerin verfügungsweise zu verpflichten, die Klausel 5.4.2 ihres Standardvertrages Kabelkanalisationen in all ihren Verträgen zu modifizieren. Die ComCom geht jedoch auch an dieser Stelle davon aus, dass die Gesuchsgegnerin die sämtliche ihrer Verträge entsprechend dem vorliegend strittigen modifizieren wird, wenn das Bundesverwaltungsgericht der ComCom darin folgt, dass das Gebot der Nichtdiskriminierung von Art. 11 FMG auch eine Drittwirkung von Zugangsverfügungen beinhaltet. Kommt die Gesuchsgegnerin diese Verpflichtung nicht nach, so würde diese aufsichtsrechtlich durchgesetzt.



III Kosten

[...]



Aus diesen Gründen wird verfügt:

1. Ziff. 4.4.2 der Vertragsurkunde des zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrags Kabelkanalisationen lautet per 1. April 2007 wie folgt:

Der Zugang zu Kabelkanalisationen FMG wird nur für Kabelkanalisationen gewährt, die von Swisscom selber genutzt werden.

2. Ziff. 5.4.2 der Vertragsurkunde des zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrags Kabelkanalisationen lautet per 1. April 2007 wie folgt:

Ein Anspruch auf (Mit-)Benutzung von Kabelkanalisationen besteht nur, wenn die FDA die Kabelkanalisationen ausschliesslich für den tatsächlichen Bedarf zur Erbringung von Fernmeldediensten nutzt. Die Überlassung von verlegter Infrastruktur an Dritte zur Erbringung von Fernmeldediensten ist ausdrücklich gestattet. Eine Weitervermietung von Rohrkapazitäten in Kabelkanalisationen an Dritte sowie die Inanspruchnahme der Kabelkanalisationen für andere Zwecke als die Erbringung von Fernmeldediensten sind der FDA nicht gestattet.

3. [...]

4. Diese Verfügung wird den Parteien schriftlich gegen Rückschein eröffnet.

Eidgenössische Kommunikationskommission ComCom

Marc Furrer
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
3000 Bern 14

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